

INSTITUT BELGE DE DROIT COMPARÉ

REVUE
DE
DROIT INTERNATIONAL
ET DE
DROIT COMPARÉ

EXTRAIT

Année 2000

ÉTABLISSEMENTS ÉMILE BRUYLANT
RUE DE LA RÉGENCE, 67, BRUXELLES

d'autres textes dont ils tirent leur signification, et s'enracinent dans le mouvement du peuple palestinien poursuivant la réalisation de son droit à disposer de lui-même. La forme juridique qu'ils ont empruntée ne change rien à leurs conditions sociales de production.

LA BONNE FOI DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL (*)

PAR

FR. R. VAN DER MENSBRUGHE

Assistant

Faculté de droit de Namur (FUNDP)

« Il faut, à travers les analogies, saisir
la qualité différentielle »

Francis PONGE (1)

Dans une étude parue dans cette revue en 1999, consacrée aux migrations juridiques de la bonne foi », nous observions que des concepts anglo-américains, pour ne pas reproduire la bonne foi civiliste, n'en remplissaient pas moins des fonctions comparables (2).

Il en ressortait notamment qu'à la formation du contrat, le principe de bonne foi connaît des équivalences fonctionnelles au travers la *duty of disclosure*, *promissory estoppel*, ou encore la notion d'*unconscionability* (3). Plus loin dans nos investigations, nous

(*) Les commentaires sont les bienvenus. L'auteur peut être contacté à l'adresse suivante : Faculté de droit de Namur (F.U.N.D.P.), 5 Rempart de la Vierge, B-5000 Namur, Belgique, « francois.vandermensbrughe@fundp.ac.be ». Mes remerciements à Xavier Thunis pour sa relecture et commentaires. Naturellement, je suis seul responsable du contenu de ce texte. Il n'a pu être tenu compte dans cette contribution de la thèse soutenue par Jean-François Romain à l'U.L.B. en octobre 1998, et publiée en début d'année : *cf.* J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Bruxelles, Bruylant, 2000.

(1) F. PONGE, *Méthodes*, Paris, Gallimard (éd. Folio-Essais), 1989, p. 36 [d'abord publié en 1961].

(2) FR. R. VAN DER MENSBRUGHE, « Migrations juridiques de la bonne foi », *Revue de droit international et de droit comparé*, 1999, pp. 246-289.

(3) Sur la démarche fonctionnaliste en droit comparé, *cf.* entre autres : J. KROPHOLLER, « Comparative Law, Function and Methods », *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 10, Amsterdam, North-Holland, 1987, pp. 52-58 ;

remarquions qu'à l'instar de l'article 1134, alinéa 3 du Code civil, les Anglo-Américains reconnaissent dans la *duty to mitigate* un devoir de comportement loyal et honnête découlant de l'exécution du contrat, y compris l'obligation de modérer le dommage qui surviendrait de l'inexécution du contrat⁽⁴⁾. Les exemples d'analogies ne manquent pas dans cette matière. Du reste, l'expression même de *good faith* est abondamment employée en droit américain. Elle est mentionnée quelque quatre cents fois dans le *Uniform Commercial Code*⁽⁵⁾, qui énonce par ailleurs cette prescription générale : « Every contract or duty within this Act imposes an obligation of good faith in its performance or enforcement »⁽⁶⁾. L'expression est également utilisée par le législateur anglais⁽⁷⁾.

Au terme de ce travail comparatif, nous concluons que l'arsenal législatif et jurisprudentiel était à ce point développé en Angleterre et aux Etats-Unis qu'il y avait peu de raison de recourir à un principe supérieur de bonne foi comme celui rencontré en droit belge ou français. La cause était entendue : le droit anglais ou américain a « développé des solutions au cas par cas pour répondre aux problèmes manifestes d'injustice »⁽⁸⁾. A cela, rien de plus logique

K. ZWIEGERT and H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law* (Second Revised Edition), Oxford, Clarendon Press, 1992, p. 31.

(4) La *duty to mitigate* est reconnue depuis longue date en droit anglais : cf. *Vernie v. Bird* [1677] 3 Keble 766, 84 Eng. Rep. 1000. Pour un exemple en droit américain, cf. *Rockingham County v. Luten Bridge Co.*, 35 F. 2d 301 (1929).

(5) Cf. E.A. FARNSWORTH, « Good Faith in Contract Performance », in *Good Faith and Fault in Contract Law* (ed. J. BEATSON et D. FRIEDMANN), Oxford, Clarendon Press, 1995, pp. 153-170, p. 155.

(6) U.C.C. § 1-203. Cf. aussi § 1-201(19) qui donne cette définition de la *good faith* : « 'Good faith' means honesty in fact in the conduct or transaction concerned ». Cf. enfin § 2-103(1)(b), applicable aux *contracts of sale* qui énonce : « 'Good faith' in the case of a merchant means honesty in fact and the observance of commercial standards of fair dealing in the trade ».

(7) Cf. par exemple l'article 27(2) du *Hire-Purchase Act 1964* aux termes duquel : « Where the disposition... is to a private purchaser, and he is a purchaser of the motor vehicle in good faith without notice of the hire-purchase agreement... that disposition shall have effect as if the title of the owner or seller had been vested in the hirer [le crédit-preneur] or buyer immediately before that disposition ». Pour une application jurisprudentielle, cf. *Stevenson v. Beverley Ben-tinck Ltd.* [1976] 1 WLR 483, [1976] 2 All E.R. 606.

(8) Lord Justice Bingham dans *Interfoto Library Ltd. v. Shireline Ltd.* [1989] 1 QB 433 (traduction personnelle). Le passage en langue originale se lit : « English

puisque les Anglo-Américains privilégient le pragmatisme. Comme l'écrivait le juriste américain Benjamin Cardozo (1870-1938) : « Le *common law* ne fonctionne pas à partir de vérités préétablies d'une validité universelle et inflexible vers des conclusions qu'on y déduit. Sa méthode est inductive, et il tire ses généralisations de cas particuliers »⁽⁹⁾.

Ces allers-retours entre systèmes nationaux de droit illustraient, s'il en était besoin, le caractère indispensable du fonctionnalisme comme outil de compréhension des droits voisins.

Nos pérégrinations autour de la bonne foi ne s'arrêtent pas là. Les développements qui suivent entendent analyser comment les ordres juridiques internationaux — ou nationaux (c'est-à-dire, non étatiques) — peuvent exercer une influence sur la bonne foi dans les différents ordres juridiques nationaux, et comment, en sens inverse, ceux-ci permettent à la bonne foi d'émerger dans les ordres juridiques internationaux ou nationaux.

Afin de prolonger des questions abordées dans notre contribution précédente (la bonne foi dans la formation et l'exécution du contrat : comparaisons entre systèmes nationaux de droit), les développements qui suivent entendent se concentrer sur le droit du commerce international⁽¹⁰⁾. Deux approches sont ici envisagées.

law 'has developed piecemeal solutions in response to demonstrated problems of unfairness' ».

(9) B. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, New Haven-London, Yale University Press, 1921, pp. 22-23 (traduction personnelle). Le passage en langue originale se lit : « The common law does not work from pre-established truths of universal and inflexible validity to conclusions derived from them deductively. Its method is inductive, and it draws its generalizations from particulars ».

(10) Il ne sera pas question ici de la bonne foi en droit international public, laquelle reçoit une place substantielle. Outre l'article 2 § 2 de la Charte des Nations unies (sur le respect par les Etats membres de leurs obligations résultant de la Charte), mentionnons l'article 26 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (sur l'exécution de bonne foi des traités) entrée en vigueur le 27 janvier 1980). La Cour internationale de justice (ci-après, *C.I.J.*) considère que « l'un des principes de base qui préside à la création et à l'exécution d'obligations juridiques qu'elle qu'en soit la source est le principe de bonne foi » : C.I.J., *Essais nucléaires* (Australie/France, Nouvelle-Zélande/France), 20 décembre 1974 (fond), *Recueil des arrêts de la C.I.J.*, 1974, pp. 253-457, pp. 268 et 473. Cf. sur ce point R. KORB, « La bonne foi en droit international public », *Revue belge de droit international public*, 1998/2, pp. 661-732. Pour des

L'une consiste à analyser la bonne foi dans le droit du commerce international, d'origine internationale (I). L'autre consiste à examiner la bonne foi dans le droit du commerce international, d'origine non étatique ou anational (II).

I. — LA BONNE FOI ET LE DROIT DU COMMERCE INTERNATIONAL — D'ORIGINE INTERNATIONALE

Selon Gunther Teubner, la bonne foi serait mal accueillie, voire tout bonnement rejetée en Angleterre : « [l]a culture économique anglaise ne semble pas constituer un terrain fertile pour l'éclosion de la bonne foi continentale » (11). Loin de se fonder dans le tissu juridique et économique anglais, une transplantation de la bonne foi mènerait tout droit à un phénomène de répulsion (12). Les Anglais sont toutefois bien forcés de reconnaître cette notion aujourd'hui puisqu'ils ont dû transposer dans leur ordre juridique la directive du Conseil du 5 avril 1993 sur les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (13).

recours récents par la C.I.J. à la notion de bonne foi, cf. les deux avis consultatifs du 8 juillet 1996, relatifs à l'utilisation des armes nucléaires (et l'article VI du Traité de non-prolifération) : v. A.-S. MILLER, « Les avis consultatifs de la C.I.J. Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé. Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires », *Revue générale de droit international public* (R.G.D.I.P.), tome CI, 1997, pp. 141-175, p. 174. Plus récemment encore, dans l'affaire *Gabekovo-Nagyuros*, la Hongrie mettait en exergue la mauvaise foi la Tchécoslovaquie : v. Ph. WECKEL, « Convergence du droit des traités et du droit de la responsabilité internationale à la lumière de l'arrêt du 25 septembre 1997 de la Cour internationale de justice relatif au projet Gabekovo-Nagyuros », *Revue générale de droit international public* (R.G.D.I.P.), tome CII, 1998, pp. 647-684, p. 656.

(11) G. TEUBNER, « Legal Irritants : Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences », 61 *Modern Law Review* (January 1998), p. 27 (traduction personnelle). Le passage en langue originale se lit : « The British economic culture does not appear to be a fertile ground on which continental *bona fide* would blossom ».

(12) *Ibid.*

(13) Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *J.O.C.E.*, n° L 95/29 du 21.4.93.

Par-delà le droit européen, la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises (ci-après, *CVIM*), assigne aussi une place de choix à la bonne foi (14). Si le Royaume-Uni n'est pas partie à cette Convention, les Etats-Unis et d'autres Etats relevant du *common law* ont éprouvé infiniment moins de réticences à son égard. Ces deux instruments juridiques constituent les volets sur lesquels s'appuie notre analyse de la bonne foi en droit international d'origine internationale.

A. — La bonne foi dans la directive européenne sur les clauses abusives

Les Anglais sont-ils si éloignés de la bonne foi continentale ? En dépit de fortes réticences à l'importation de la bonne foi, la directive de 1993 porte la trace d'une forte influence anglaise. Son article 3 en est l'illustration. Aux termes de celui-ci : « une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat ». Cette disposition suscite deux remarques.

1° La bonne foi ne constitue pas le seul critère d'appréciation du caractère abusif d'une clause contractuelle. Il faut en plus que la clause produise un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, au détriment du consommateur. Lors de la discussion de la directive, des controverses importantes s'engagèrent sur le sens de ces conditions : leur applicabilité alternative ou cumulative, voire l'apposition de critères supplémentaires (telle la non-transparence de la clause contractuelle) (15). Devant le Parlement européen, un député espagnol insistait pour que la bonne foi

(14) La CVIM est entrée en vigueur, parmi les Etats parties à la Convention, le 1^{er} janvier 1988. Pour deux études d'ensemble récentes de la Convention, cf. *Annuaire de droit de Louvain*, 1998, n° 3, et Ph. KAHN, « Vente commerciale internationale », *Juristische* — *Droit international*, vol. IX, Fascicule 565-A-5. Cf. aussi les études de l'équipe de recherche des Universités de la Sarre et de Strasbourg, sous la conduite de M. Claude WITZ, D., 1997, *Somm.* pp. 217 et s.; D., 1998, *Somm.* pp. 307 et s.; D. 1999, *Somm.* pp. 355 et s.

(15) Sur ces controverses, cf. H. BIALLE, « Legislative Control of Fairness : the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts », in *Good Faith and Fault in Contract Law*, *op. cit.*, pp. 231-261, pp. 242-243.

figurât seule. En fin de compte, le Conseil adopta le critère cumulatif : du reste, cette formulation reprend en grande partie celle qui se trouve à l'article 9.1 de la loi allemande de 1976 intitulée *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz)* ⁽¹⁶⁾. La législation communautaire puise, bien évidemment, dans les droits des différents Etats membres qui composent l'Union ⁽¹⁷⁾.

2° L'article 3 de la directive européenne n'indique pas la manière d'apprécier la bonne foi. Le préambule, en revanche, se réfère à ce qu'on peut appeler un test dans son seizième paragraphe ⁽¹⁸⁾. Il est utile de comparer l'appréciation de la bonne foi telle qu'elle ressort du préambule de la directive avec les termes du *Unfair Contract Terms Act* adopté au Royaume-Uni en 1977 (ci-après, *UCTA*).

Le UCTA attache une importance particulière à l'exigence de « reasonableness » des clauses contractuelles (*requirement of reasonableness*) ⁽¹⁹⁾. Faute de satisfaire cette exigence, une clause limitative ou exonératoire de responsabilité ne pourra être considérée comme valide. Cette exigence « raisonnable » est explicitée, sous forme de test (*reasonableness test*), dans les articles 11 (pour l'Angleterre, le Pays de Galles et l'Irlande du Nord) et 24 (pour l'Ecosse) du UCTA. L'annexe 2 de la loi anglaise (*Schedule 2*) pose

(16) *Ibid.* : « It has been noted that the test adopted by the Directive is close in its wording to the German Act on Standard Contract Terms of 1976 » (p. 243). Sur cette loi allemande, cf. O. SANDROCK, « The Standard Terms Act of 1976 of West Germany », *American Journal of Comparative Law*, 1978 (vol. XXVI), pp. 551-572; K.G. WEIL et F. PUIS, « Le droit allemand des conditions générales d'affaires revu et corrigé par la directive communautaire relative aux clauses abusives », *Rev. Int. Dr. Comp.*, 1994, pp. 125-139.

(17) Une littérature abondante est consacrée à ce sujet. Cf., entre autres, M. HUF, « Comparative and European Law », *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 10, Amsterdam, North-Holland, 1987, pp. 45-49; T. KOOPMANS, « The Birth of European Law at the Crossroads of Legal Traditions », *American Journal of Comparative Law*, 1991 (vol. XXIX), pp. 493-507.

(18) Sur l'interprétation à accorder au préambule d'une directive, cf. C.J.C.E., 13 novembre 1990, *Marleasing SA c/ La Comercial Internacional de Alimentación*, aff. C-106/89, *Rec.* 1990, p. I-4135 (cf. en particulier le point n° 12 de l'arrêt, p. I-4160).

(19) La mesure de l'exigence raisonnable figure aux articles 2(2), 3(2), 4(1), 6(3) et 7(3) du UCTA.

des lignes directrices (*guidelines*) aux termes desquelles le juge aura égard à :

- « la force des positions respectives de négociation des parties » (« strength of the bargaining position of the parties relative to each other ») (*Schedule 2 (a)*);
- « la question de savoir si le consommateur a été encouragé à donner son accord à la clause » (« whether the customer received an inducement to agree to the term ») (*Schedule 2 (b)*);
- « si les biens ont été fabriqués, traités ou adaptés sur commande spéciale du consommateur » (« whether the goods were manufactured, processed or adapted to the special order of the customer ») (*Schedule 2 (c)*) ⁽²⁰⁾.

S'agissant de la directive européenne, j'ai considéré que le préambule exige que pour évaluer la bonne foi une attention particulière soit prêtée à une série de facteurs. Ces facteurs comprennent :

- « la force des positions respectives de négociation des parties »;
- « la question de savoir si le consommateur a été encouragé à donner son accord à la clause »;
- « si les biens ont été vendus ou fournis sur commande spéciale du consommateur ».

On le voit : la formulation de la directive européenne reprend, quasi-verbatim, les termes du *Unfair Contract Terms Act* de 1977. Hugh Beale considère que l'emprunt est direct ⁽²¹⁾. On peut dès lors conclure qu'il s'agit ici d'un domaine de fertilisation juridique croisée. Les Anglais font un apport significatif à la directive qui ensuite leur est applicable. Dans ces conditions, soutenir avec tant de conviction que : « [l]a clause de bonne foi demeurera une exception exotique dans le paysage britannique » ne paraît pas fondé ⁽²²⁾. N'est-ce pas ignorer le recours dans la construction

(20) Traductions personnelles.

(21) H. BEALE, « Legislative Control of Fairness : the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts », in *Good Faith and Fault in Contract Law*, *op. cit.*, pp. 231-261, p. 245.

(22) G. TEUBNER, « Legal Irritants : Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences », *op. cit.*, p. 27 (traduction personnelle). Le passage en langue originale se lit : « The good faith clause will remain an exotic exception in the British landscape ».

communautaire aux normes déduites de la comparaison des droits des Etats membres?

Ces constatations soulignent la justesse de la remarque selon laquelle : « pour la première fois, les deux traditions juridiques européennes — l'une d'origine romaniste et l'autre de souche anglaise — sont contraintes à une interaction effective dans le cadre des paramètres définis par le Traité de Rome »⁽²³⁾. Du reste, pour ce qui est de la France, on aurait pu croire que le législateur accueillit la bonne foi sans peine. N'y a-t-il pas là une notion qui fait presque partie intégrante du paysage juridique français? Ce serait caricaturer. L'équilibre de l'opération contractuelle n'est jamais absent. Tout en effectuant un décalque du droit européen, le législateur français omet la moindre mention à la bonne foi dans la loi du 1^{er} février 1995 qui transpose la directive. Pour certains auteurs, il a « fort sagement fait l'économie » de toute référence à cette notion « car elle n'aurait rien apporté en termes de protection et aurait un peu plus encore nui à l'impératif de sécurité juridique »⁽²⁴⁾.

B. — *La bonne foi et la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises*

La bonne foi se retrouve au centre de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, entrée en vigueur en Belgique en 1997⁽²⁵⁾.

1^o La bonne foi apparaît d'abord dans les méthodes d'interprétation prévues par l'article 7, alinéa 1^{er} de la Convention. Lorsqu'un juge ou un arbitre est appelé à statuer sur un différend né à l'occasion d'une vente, il est invité à tenir compte du caractère

(23) Pierre LÉGRAND, « Comparer », *Rev. Int. Dr. Comp.*, 1996, pp. 279-318, pp. 279-280.

(24) Fr. TERRÉ, Ph. SIMLER, et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 1996, p. 261, n° 307, citant D. MAZEAUD.

(25) Sur la CVIM en Belgique, cfr. Loi du 4 septembre 1996 portant assentiment à la Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, faite à Vienne le 11 avril 1980, *M.B.*, 1^{er} juillet 1997, p. 17471. Sur la CVIM en France, cfr. Décret n° 87-1034 du 22 décembre 1987, *J.O.R.F.*, 27 décembre 1987 (reproduit dans le *Journal du droit international* (Clunet), 1988, pp. 557-585, et dans le *Recueil Dalloz-Sirey* de 1988, Législation, pp. 30-36).

international de la convention, mais aussi — plus largement — du respect de la bonne foi dans le commerce international⁽²⁶⁾. La portée de cette disposition est controversée en doctrine. Selon d'auteurs, l'exigence de bonne foi prévue à l'article 7 se manifesterait seulement dans l'interprétation de la CVIM; les parties ne seraient pas tenues par une obligation générale de négocier ou d'agir de bonne foi. D'autres soutiennent, au contraire, que cette exigence a vocation à s'étendre de façon large. Elle couvrirait les droits et devoirs des parties au contrat, tant dans la phase de négociation du contrat que lors de son exécution. Disons-le d'emblée : « Cette terminologie [de la Convention] n'est pas le produit d'un dérapage verbal. Elle est le résultat de discussions prolongées au sein du groupe de travail, et durant la session plénière. Elle constitue un rejet définitif de propositions ambiguës visant à faire appliquer le principe de bonne foi aux obligations et comportement des parties eux-mêmes »⁽²⁷⁾. Ne peut-on néanmoins considérer que l'article 7 de la CVIM peut conduire juges et arbitres,

(26) La formulation de l'article 7 de la CVIM est reprise, quasi-verbatim, dans la Convention des Nations unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by, de 1996 (article 5). Cfr. aussi pour une application de la bonne foi dans cette Convention l'article 19 relative à l'exception à l'obligation de paiement. V.N. HORN, « The United Nations Convention on Independent Guarantees and the Lex Mercatoria », conférence prononcée devant le *Centro di studi e ricerche diritto comparato e straniero*, avril 1996, « <http://www.cn-ri/CRDCS/home.htm> ». La formulation de l'article 7 de la CVIM est également reprise dans la Convention Unidroit sur le leasing financier international, de 1988 (article 6(1)), ainsi que dans la Convention Unidroit sur le factoring international, également de 1988 (article 4(1)).

(27) P. SCHLECHTRIEM, « Good Faith in German Law and in International Uniform Laws », conférence prononcée devant le *Centro di studi e ricerche diritto comparato e straniero*, février 1997, « <http://www.cn-ri/CRDCS/schlechtriem.htm> » (traduction personnelle). Le passage en langue originale se lit : « This phrasing was not an inadvertent slip of the tongue; it was agreed upon only after lengthy discussions in the Working Group and the plenary session of the conference, and it was meant as a final rejection of more far-reaching proposals to apply the principle of good faith and fair dealing to the obligations and behaviour of the parties themselves ». Du reste, cfr. l'affaire n° 8611 de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, du 23 janvier 1997 : « Since the provisions of Art. 7(1) CISG concern only the interpretation of the Convention, no collateral obligation may be derived from the 'promotion of good faith' » : disponible sur Internet à « <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/97861111.html> ».

chargés de son interprétation, à promouvoir un comportement de bonne foi entre les parties? Prenons l'exemple de l'article 29, alinéa 1^{er} de la Convention qui prévoit qu'« un contrat peut être modifié ou résilié par accord amiable entre les parties ». Si un contractant profite de l'extrême faiblesse de l'autre (entendu en termes de dépendance au contrat), en vue d'extorquer un accord amiable, on peut penser que les juges et arbitres hésiteront à faire respecter pareil accord (sur la base de leur interprétation de l'article 29, non sur la base de leur interprétation du contrat⁽²⁸⁾). L'hypothèse que nous venons d'évoquer n'est pas traitée dans la Convention. Néanmoins, l'alinéa 2 de l'article 7 de la CVIM dispose :

« Les questions concernant les matières régies par la présente Convention et qui ne sont pas expressément tranchées par elle seront réglées selon les principes généraux dont elle s'inspire [...] » (nous soulignons).

2° La bonne foi trouve de multiples applications dans la CVIM⁽²⁹⁾. Limitons-nous ici aux articles 44 et 77 de la Convention. Le premier article donne à l'acheteur la faculté de réduire le prix ou de demander des dommages-intérêts en cas de défaut de conformité des marchandises au contrat. Encore faut-il que l'acheteur dénonce auprès du vendeur le défaut de conformité dans un délai raisonnable ou qu'il ait une excuse raisonnable pour n'avoir pas procédé à la dénonciation requise. La jurisprudence semble apprécier ces conditions sévèrement⁽³⁰⁾. L'on en veut pour preuve une affaire allemande, tranchée par le Tribunal régional supérieur de Coblenz (*Oberlandesgericht Koblenz*), en septembre 1998⁽³¹⁾. En l'occurrence, un acheteur marocain acquiert des substances chi-

miques auprès d'un vendeur allemand pour la fabrication de tubes en résine (PVC : poly-vinyl-chlorure). Les substances sont non conformes. La dénonciation est notifiée au vendeur trois semaines seulement après la livraison. A sa décharge, l'acheteur prétend que le retard serait dû à la construction de hangars destinés à la fabrication des tubes. La juridiction allemande n'en a cure. La désorganisation dans le chef de l'acheteur n'a pas à être prise en considération pour mettre en œuvre l'article 44 à son bénéfice.

L'article 77 constitue également une application ponctuelle de la bonne foi dans la Convention de Vienne. Aux termes de cette disposition, « La partie qui invoque la contravention au contrat doit prendre les mesures raisonnables, eu égard aux circonstances, pour limiter la perte, y compris le gain manqué, résultant de la contravention. Si elle néglige de le faire, la partie en défaut peut demander une réduction des dommages-intérêts égale au montant de la perte qui aurait dû être évitée ». Nous retrouvons bien dans cet article l'obligation de restreindre le dommage, bien connue du droit belge et français⁽³²⁾, et son pendant anglo-américain sous la *duty to mitigate*⁽³³⁾. Une affaire tranchée par Tribunal régional supérieur de Cologne (*Oberlandesgericht Köln*), en août 1997, illustre le jeu de l'article 77 de la Convention de Vienne⁽³⁴⁾. Un vendeur allemand livre de l'hydroxyde d'aluminium à un acheteur français pour la fabrication de verre. De nouveau, la marchandise est défectueuse, mais en poursuivant le mélange de produits sains avec des produits avariés, sans procéder à leur examen préalable,

(28) Certains auteurs considèrent que l'interprétation de la Convention ne peut être distinguée de l'interprétation du contrat. V. à ce sujet l'opinion du professeur Eörsi, citée dans B. NICHOLAS, « The United Kingdom and the Vienna Sales Convention : Another Case of Splendid Isolation », conférence prononcée devant le *Centro di studi e ricerche diritto comparato e stranieri*, mars 1993, « <http://www.cnr.it/CRDCS/frames9.htm> ».

(29) Ph. KAHN, « Vente commerciale internationale », *op. cit.*, n° 46.

(30) La banque de données de la Pace University (Etat de New York) fait état de vingt affaires relativement à l'article 44 de la CVIM (« <http://www.cis-law.pace.edu/> » ; au jour du 7 janvier 2000). Aucune affaire ne fait droit à une demande d'application de l'article 44 de la CVIM.

(31) Tribunal régional supérieur de Coblenz (*Oberlandesgericht Koblenz*), 11 septembre 1998, « <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980911g1.html> ».

(32) Comme nous l'écrivions dans notre article sur les « migrations juridiques de la bonne foi », cette obligation de restreindre le dommage est rattachée au principe de bonne foi posé à l'article 1134, alinéa 3 du Code civil : *op. cit.* (*supra*, note 2), pp. 283-284. Cfr. aussi S. STUNS, D. VAN GERVEN, et P. WÉRY, « Les obligations : des sources (1985-1995). Chronique de jurisprudence », *J.T.*, pp. 689-752, p. 703.

(33) Outre de vieux précédents en droit anglo-américain (*supra*, note 4), cfr. la Section 2-715(2)(a) du *Uniform Commercial Code* des Etats-Unis qui énonce : « Consequential damages resulting from the seller's breach include any loss resulting from general or particular requirements and needs of which the seller at the time of contracting had reason to know and which could not reasonably be prevented by cover or otherwise... ».

(34) Tribunal régional supérieur de Cologne (*Oberlandesgericht Köln*), 21 août 1997, « <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970821g1.html> ». V. commentaires de C. WITZ, in D. 1998, Somm. pp. 311-312.

l'acheteur a omis de prendre les mesures raisonnables qui lui auraient permis de limiter la perte. Dans ces conditions, l'acheteur doit payer le prix des marchandises, sans pouvoir réclamer des dommages-intérêts.

Le Royaume-Uni n'a toujours pas ratifié la CVIM. On peut penser que l'agacement anglais pour la notion de bonne foi explique ce retard⁽³⁵⁾. Sans doute faut-il y ajouter une forte réserve pour les « principes généraux » mentionnés à l'alinéa 2 de l'article 7 de la CVIM. Faut-il le rappeler : attaché au principe de sécurité dans les conventions, l'Anglais est, de surcroît, pragmatique et objectiviste. Il en résulte qu'il n'y a pas d'interprétations judiciaires anglaises de la Convention. Certains auteurs considèrent que la ratification s'impose de toute urgence afin que « l'expérience des juristes anglais et de la *English Commercial Court* puisse influencer la manière dont la Convention s'applique »⁽³⁶⁾. L'insularité des Anglais pourra-t-elle longtemps résister à ces appels et à l'essor de la Convention de Vienne? Cette question en appelle, curieusement, une autre : « can the United Kingdom afford to remain outside? » (nous soulignons)⁽³⁷⁾. Sous un autre angle, nous voyons le pragmatisme anglais à l'œuvre...

(35) Cfr. J.-P. BÉRAUDO, « Les Principes d'Unité relatifs au droit du commerce international », *La Semaine Juridique* [JCP], 1995, Ed. G., I, 3842, n° 7. L'attitude du Royaume-Uni à l'égard de la CVIM n'est pas claire. Dans le livre précité sur *Good Faith and Fault in Contract Law* (ed. J. BEATSON et D. FRIEDMAN), les éditeurs précisent que le droit anglais « semble tourner le dos à la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises » (p. 5). Plus loin, il est pourtant indiqué qu'il existe des « courants internationaux de changement » et que les « représentants du Royaume-Uni étaient parmi ceux qui ont approuvé la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises » (p. 400, note 5 : Friedmann citant Justice Steyn).

(36) B. NICHOLAS, « The United Kingdom and the Vienna Sales Convention : Another Case of Splendid Isolation », *op. cit.* (traduction personnelle). Le passage en langue originale se lit : « On the contrary, it is a ground for ratifying quickly, so that the experience of English lawyers and of the English Commercial Court may influence the way in which the Convention is applied ».

(37) *Ibid.*

II. — LA BONNE FOI ET LE DROIT DU COMMERCE INTERNATIONAL — D'ORIGINE ANATIONALE

Indépendamment de la CVIM et de la directive de 1993 sur les clauses abusives, la bonne foi connaît une fortune croissante dans le droit du commerce international d'origine anationale (le plus souvent associé à la *lex mercatoria*).

Composée de normes matérielles et de règles procédurales, la *lex mercatoria* est un droit spontané, d'origine non étatique (ou anationale), qui s'applique au commerce international⁽³⁸⁾. Quoique contestée, la *lex mercatoria* connaît aujourd'hui une importance pratique et doctrinale croissante⁽³⁹⁾. Du reste, certains auteurs se réfèrent au développement d'un véritable « 'common law international des contrats' »⁽⁴⁰⁾. Incontestablement, un nombre croissant de différends en matière de vente internationale sont portés devant des tribunaux arbitraux et traités par des arbitres qui, ne

(38) Sur la *lex mercatoria*, cfr. B. GOLDMAN, « Frontière du droit et *lex mercatoria* », *Archives de philosophie du droit*, Tome IX, Paris, Sirey, 1964, pp. 177-192 ; B. GOLDMAN, « La *lex mercatoria* dans les contrats et arbitrages internationaux : réalité et perspectives », *Journal du droit international (Clunet)*, 1979, pp. 475-505 ; P. MAYER, *Droit international privé*, Paris, Monchrestien, 1977, n° 23 et s. ; H. BATIFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, 7^e éd., Paris, L.G.D.J., 1981, n° 254 et n° 578 ; J.M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-L. PIERRE et R. FABRE, *Droit du commerce international*, Paris, Litec, 1997, pp. 72-80 ; F. OSMAN, *Les principes généraux de la *lex mercatoria**, Paris, L.G.D.J., 1992.

(39) Sur les critiques de la *lex mercatoria*, v. entre autres le jugement sévère de Fr. Rigaux qui déplore « l'impuissance de la contrainte étatique face aux contrats illicites » et qui dénonce l'occupation de l'« espace transnational » par les pouvoirs économiques privés : Fr. RIGAUX, *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Paris, Pedone, 1977 (pages 346 et 411 respectivement). Cfr. aussi Fr. RIGAUX, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale », *R.C.A.D.I.*, 1989, Tome 213, vol. 1^{er}, pp. 9-408. En tout état de cause, « si cette '*lex mercatoria*' peut utilement occuper le champ laissé à l'autonomie des sujets de droit par le droit étatique, interne ou international, compétent, elle ne peut se substituer, pour les enfreindre, aux dispositions impératives de ce droit. Qu'on pense aux questions monétaires ou de droits réels. C'est l'autorité de la loi qui est ici en cause » : H. BATIFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 254.

(40) Cfr. T.E. CARBONNEAU, « Etude historique et comparée de l'arbitrage : vers un droit matériel de l'arbitrage commercial international fondé sur la moitié des sentences », *Rev. Int. Dr. Comp.*, 1984, pp. 727-781, p. 774.

relevant d'aucune souveraineté nationale, font œuvre créatrice. Ces derniers se réfèrent en effet le plus souvent à des principes généraux du droit ou à certains contrats types plutôt qu'à des droits nationaux⁽⁴¹⁾. En termes de reconnaissance, les sentences arbitrales sont souvent assimilées par les jurisprudences nationales aux règles de droit étrangères au for étatique⁽⁴²⁾.

La bonne foi constitue un principe fondamental, voire « la clef de voûte » de ce système⁽⁴³⁾. Elle s'exprime en tant que telle, ou au travers des notions telles *fairness*, *equity*, *best efforts*, *reasonable efforts*, *due diligence*, ... Les expressions qui traduisent la bonne foi sont multiples.

Dans un premier temps, nous nous attacherons à examiner la bonne foi dans certains arbitrages internationaux. Ensuite, il s'agira d'analyser la notion dans les Principes d'Unidroit applicables aux contrats du commerce international.

A. — La bonne foi et les arbitrages internationaux

Les sentences arbitrales rendues ces vingt dernières années comportent des applications de la bonne foi aussi bien dans la période

(41) L'invocation des « principes généraux du droit » dans les sentences arbitrales est loin d'être convaincante. Le plus souvent, l'arbitre choisit « le droit applicable en fonction de la solution qu'il a, *a priori*, décidé d'apporter au litige dont il est saisi : 'les principes généraux du droit' ou 'données de la science juridique pure' sont-ils autre chose qu'un ornement surajouté à une décision déjà taillée avant qu'elle ne soit garnie de motifs prétendument juridiques? » : cfr. F. RIGAUX, « Le droit comparé comme science appliquée », *Revue de droit international et de droit comparé*, 1978, pp. 65-77, p. 74.

(42) Sur cette question, cfr. F. OSMAN, *Les principes généraux de la lex mercatoria*, op. cit., pp. 446 et s., citant les jurisprudences française, autrichienne, italienne, anglaise et hollandaise.

(43) F. OSMAN, *Les principes généraux de la lex mercatoria*, op. cit., p. 18, p. 19, p. 33 et p. 34. V. aussi la même idée chez G. HORSMANS, « L'interprétation des contrats internationaux », in *L'arbitrage commercial international. L'apport de la jurisprudence arbitrale (Séminaire des 7-8 avril 1986)*, Paris, Publications de la C.C.I., 1986, pp. 123-155, p. 153 (« la bonne foi est, en tout cas, au centre et au cœur de la majorité des sentences arbitrales. Elle constitue une règle d'interprétation et le guide de toute action comme de tout jugement »). Cfr. aussi Ph. KAHN, « Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international », *Journal du droit international (Clunet)*, 1989, pp. 305-327, p. 319.

de formation du contrat international (a) que dans celle de l'exécution des obligations découlant de ce contrat (b).

a) La bonne foi dans la formation du contrat international

De façon générale, les tribunaux arbitraux sont réticents à reconnaître les vices du consentement dans la formation des contrats internationaux. Ils veillent néanmoins « à ce que les contractants ne conservent pas par devers eux l'information qui aurait permis à leur partenaire de se prononcer en connaissance de cause »⁽⁴⁴⁾. Autrement dit, les tribunaux arbitraux s'assurent que les parties à un contrat international font toute la lumière sur les « circonstances de fait ou de droit qui peuvent influencer sur le consentement des parties. Nous revenons, en quelque sorte, en droit du commerce international, à ce qui a été développé dans notre contribution précédente sur l'existence d'un devoir de renseignement ou *duty of disclosure* »⁽⁴⁵⁾.

Tout naturellement, la bonne foi se trouve au cœur de ce dispositif du droit anational. Dans une sentence arbitrale rendue en 1976, la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (ci-après, *C.C.I.*) rattache explicitement l'obligation de renseignement à un devoir précontractuel « dicté par la bonne foi et l'équité »⁽⁴⁶⁾ ⁽⁴⁷⁾.

Un litige, soumis au Tribunal arbitral du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (ci-après, *C.I.R.D.I.*) en 1983, éclaire la portée de cette « obligation de

(44) Ph. KAHN, « Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international », *Journal du droit international (Clunet)*, 1989, pp. 305-327, p. 319.

(45) Op. cit. (supra, note 2), pp. 257-272.

(46) Sentence C.C.I. rendue dans l'affaire n° 2540 en 1976, *Journal du droit international (Clunet)*, 1977, pp. 943, obs. Y. DERAINS.

(47) Sur l'arbitrage de la C.C.I., cfr. Y. DERAINS, J.-J. ARNALDEZ, et D. HASCHER, « Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale — Chronique des sentences arbitrales », *Journal du droit international (Clunet)*, 1999, n° 4, p. 1060.

tout révéler à un partenaire »⁽⁴⁸⁾. En l'espèce, le litige naît de la mise sur pied d'une industrie d'engrais au Cameroun. L'édification de l'usine (clé en main), sur laquelle se greffent plusieurs contrats de gestion et la garantie du gouvernement camerounais, doit être assurée par un groupe allemand (Klöckner). Suite au non-paiement par la République du Cameroun de la totalité du prix de l'usine, et de la difficulté de mettre en jeu la garantie prévue au contrat, l'affaire est soumise à un arbitrage international.

A sa décharge, le Cameroun arguait que le groupe Klöckner s'était abstenu de lui révéler des éléments d'information qui, s'ils avaient été connus, auraient pu conduire le gouvernement à mettre fin à l'entreprise et à annuler le contrat avant la dépense de fonds — objet du litige. Le groupe Klöckner, bien entendu, soutenait qu'il n'en était rien. Pour les arbitres du C.I.R.D.I., il était manifeste qu'« une personne qui s'engage dans des rapports contractuels intimes fondés sur la confiance, doit traiter avec son collègue de façon franche, loyale et candide »⁽⁴⁹⁾. Dans l'affaire qui leur était soumise, les arbitres dégagèrent ce principe d'une comparaison du droit civil français et « des codes des nations dont nous avons connaissance. C'est là le critère qui s'applique dans les rapports entre partenaires dans de simples associations n'importe où »⁽⁵⁰⁾.

Finalement, les arbitres du C.I.R.D.I. conclurent que Klöckner n'avait pas traité de manière franche avec le Cameroun. L'information donnée par les Allemands lors de la période précontractuelle fut jugée défectueuse. Dans ces conditions, la faute lui incombant, Klöckner ne pouvait prétendre au paiement du prix total prévu au contrat. Notons que les arbitres du C.I.R.D.I. stigmatisèrent aussi l'information post-contractuelle du groupe allemand. Autrement dit, l'obligation de renseignement, prévue pour la période de formation du contrat, se retrouve lors de l'exécution dudit contrat, se transformant en une obligation de collaboration.

(48) Sentence du Tribunal arbitral du C.I.R.D.I., rendue dans l'affaire *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH, Klöckner Belge S.A. et Klöckner Handelsmaatschappij c/ République unie du Cameroun et Sté. camerounaise des engrais (SOCCAME)*, du 21 octobre 1983, *Journal du droit international (Clunet)*, 1984, pp. 409-440, p. 426.

(49) *Ibid.*

(50) *Ibid.*

Du reste, plus il s'exécute dans la durée, plus la nécessité d'informer son partenaire s'impose comme un devoir continu de bonne foi.

b) *La bonne foi dans l'exécution du contrat international*

Ainsi, la question de la bonne foi et du devoir de renseignement qui en dérive ne se pose pas uniquement lors de la formation du contrat. Les arbitres ont dégagé d'autres conséquences du devoir de renseignement. Une information défectueuse — lors de l'exécution du contrat — peut se voir sanctionnée de manière rigoureuse par un tribunal arbitral.

L'on en veut pour preuve une affaire soumise à la C.C.I. en 1973⁽⁵¹⁾. En l'occurrence, un vendeur roumain refusait de livrer du carburant à un acheteur français, motif pris de l'annulation par l'administration roumaine d'autorisations d'exportation dudit carburant. La décision de retrait de l'administration roumaine avait été prise le 10 mai 1973. Or elle n'avait été communiquée à l'acheteur « par l'entremise de la Cour d'arbitrage de la C.C.I., qu'en annexe à une lettre, datée du 29 novembre 1973 »⁽⁵²⁾. En conséquence de quoi, l'acheteur français réclamait des dommages et intérêts pour non-livraison du carburant.

Un des arguments avancés par le vendeur à sa décharge était que la décision de retrait des autorisations était constitutive d'un cas de force majeure et qu'il était par là-même exonéré de toute responsabilité contractuelle. Les arbitres refusèrent de toute raisonnablement, se fondant sur la communication tardive dans le chef du vendeur. Autrement dit, les circonstances de fait — non portées à la connaissance de l'acheteur — lui étaient impossibles. Tout en reconnaissant que : « [l']annulation des autorisations d'exportation par les autorités roumaines constituait] indiscutablement un cas de force majeure, aussi bien sur le plan des principes généraux du droit que sur celui de l'article 9 du contrat », les arbitres considérèrent que la partie qui l'invoquait ne pouvait s'en prévaloir, faute pour elle de « porter sans délai à la connaissance

(51) Sentence C.C.I. rendue dans l'affaire n° 2478 en 1974, *Journal du droit international (Clunet)*, 1975, pp. 925-929, obs. Y. DERAÏNS.

(52) *Ibid.*, p. 926.

de l'autre partie par écrit la survenance de la force majeure et les conséquences qu'elle entraînait en tirer »⁽⁵³⁾.

La bonne foi peut également intervenir pour évaluer la conduite des parties en cas de reprise d'activités consécutive à une interruption involontaire. Ainsi, un contrat de concession pétrolière — d'une durée de cinquante années — lie une société occidentale avec l'Etat libyen⁽⁵⁴⁾. Survient l'embargo des Etats-Unis à la suite d'une vague d'attentats terroristes imputés aux Libyens. Un accord est conclu entre les parties au contrat pour suspendre l'exploitation de la concession pétrolière pendant la durée des sanctions américaines. Puis, les Libyens signent un contrat avec un tiers, pour le développement d'un nouveau champ pétrolier. Ce dernier contrat est ressenti comme une action contraire aux intérêts du concessionnaire original, constitutive de mauvaise foi. L'affaire est soumise à l'arbitrage de la C.C.I.

Pour les arbitres, le concessionnaire original avait bien le droit d'être informé des négociations avec le tiers. « Cette conclusion toutefois n'autorise pas la demanderesse à réclamer, comme elle l'a fait, un droit de consentir au choix de l'opérateur, ce qui serait disproportionné avec la défense de ses intérêts »⁽⁵⁵⁾. Admettre le contraire reviendrait à bloquer toute action du défendeur libyen dans l'exploitation et la gestion de la concession. On le voit : la bonne foi intervient dans cette affaire à la fois pour évaluer la conduite de la partie qui a mené les négociations et conclu le contrat avec le tiers, et pour borner les prétentions de la partie qui s'estime lésée par ce contrat.

L'exception d'inexécution (aujourd'hui considérée comme un principe de la *lex mercatoria*⁽⁵⁶⁾) offre aussi une illustration intéressante de la bonne foi dans les arbitrages internationaux. En droit belge et français, il est communément admis que *l'exceptio non adimpleti contractus* est subordonnée à la bonne foi de l'exci-

(53) *Ibid.*

(54) Sentence C.C.I. rendue dans l'affaire n° 8035 en 1995, *Journal du droit international* (Clunet), 1997, pp. 1040-1046, obs. D. HASCHICK.

(55) *Ibid.*, p. 1041 (texte original de la sentence en langue anglaise).

(56) Sentence C.C.I. rendue dans l'affaire n° 3540 en 1980, *Journal du droit international* (Clunet), 1981, pp. 915-927, obs. Y. DERAÏNS.

piens⁽⁵⁷⁾. Qu'en pensent les arbitres internationaux ? Une sentence arbitrale, rendue par la C.C.I. en 1995, éclaire les conditions dans lesquelles pareille exception peut être invoquée⁽⁵⁸⁾. En l'espèce, une société française concède une licence de brevets à une société grecque. Survient une absence de paiement des redevances contractuelles par la société grecque. La société française qui avait concédé la licence est naturellement amenée à porter l'affaire devant les arbitres internationaux pour réclamer le montant des redevances qui lui serait dû. A sa décharge, la société grecque se prévaut de diverses violations de ses obligations par la société française pour justifier le recours à l'exception d'inexécution. Pour la C.C.I. dans cette affaire, deux conditions sont nécessaires pour invoquer pareille exception. En premier lieu, il importe que la partie qui invoque l'exception n'y ait pas renoncé. C'est parfaitement logique et en l'espèce, il était manifeste que la société grecque n'avait fait aucune renonciation. Ensuite, « [l']exception d'inexécution n'est [...] admissible que si elle est opposée de bonne foi, cette exigence conduisant à tenir compte tant du comportement de celui qui invoque l'exception que d'un équilibre dans les inexécutions »⁽⁵⁹⁾. Ici, les arbitres se montrent, à juste titre, sévères. Ils considèrent que, sous aucun de ces deux aspects, la société grecque ne justifiait sa bonne foi. Il était patent qu'elle avait invoqué l'exception d'inexécution à des fins dilatoires. Par ailleurs, la faute reprochée à la société française (des importations parallèles turques qui auraient violé la clause d'exclusivité du contrat de licence) « ne pouvait, quelle que fût la gravité de ses conséquences, justifier la retenue de la totalité des redevances »⁽⁶⁰⁾. On le voit, la bonne

(57) Sur la bonne foi comme condition d'application de *l'exceptio non adimpleti contractus*, cf. en droit belge H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II (Les incapables, Les obligations — 1^{re} partie), 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1966, pp. 829-830, n° 866; S. STUINS, D. VAN GERVEN, et P. WÉRY, « Les obligations : des sources (1985-1995). Chronique de jurisprudence », *op. cit.*, p. 718, n° 86; Bruxelles, 6 mars 1962, *Pas.*, II, pp. 273-279. Cf. en droit français M. STORCK, *Juristasseur Droit civil* [vol. « Art. 1156 à App. art. 1235 à 1270 »], Fasc. 49-3 (1994), n° 140; Fr. TERRÉ, Ph. SIMLER, et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, pp. 506-507, n° 617.

(58) Sentence C.C.I. rendue dans l'affaire n° 7539 en 1995, *Journal du droit international* (Clunet), 1996, pp. 1030-1037, obs. Y. DERAÏNS.

(59) *Ibid.*, p. 1032.

(60) *Ibid.*

foi de *l'excipiens* n'est pas affaire de vagues considérations abstraites. Elle est appréciée ici avec une dose importante de *common sense*.

Enfin, il est intéressant de constater que la bonne foi apparaît dans l'obligation des parties à un contrat international de modérer le dommage qui surviendrait de l'inexécution du contrat. Cette obligation peut prendre des formes diverses⁽⁶¹⁾. Le plus souvent, il s'agira de trouver un marché de substitution, à l'achat ou à la vente, mais bien d'autres cas sont envisageables. Il peut s'agir pour l'acheteur de subir une augmentation du prix contre son gré, imposée par le vendeur, afin de limiter l'ampleur du dommage. La sentence arbitrale examinée plus haut, opposant le vendeur roumain de carburant à son acheteur français, offre un exemple de ce cas de figure⁽⁶²⁾. Dans le calcul du préjudice de la demanderesse (l'acheteur français), le tribunal arbitral a clairement tenu compte du fait que le vendeur avait fait une offre d'augmentation du prix et que celle-ci a été refusée par l'acheteur. Pour les juges de la C.C.I., « la demanderesse, même si elle n'était pas d'accord sur cette augmentation du prix prévu au contrat, aurait dû accepter cette offre, afin de diminuer l'étendue du dommage, *quitte à recourir ensuite à l'arbitrage, en requérant le maintien du prix contractuel* » (nous soulignons)⁽⁶³⁾. Ainsi, la minimisation du dommage n'est pas tout. Les arbitres peuvent remettre en cause une modification contractuelle faite sous la contrainte (cfr. la notion anglaise de *economic duress*⁽⁶⁴⁾). Trois conclusions se dégagent de cette faculté que s'octroient les juges. Vraisemblablement, les arbitres ne pourraient annuler un nouvel accord que si la contrainte a été parfaitement illégitime, c'est-à-dire si le vendeur a de mauvaise foi (en l'espèce, tel n'était pas le cas). Encore faut-il qu'en plus, la deman-

(61) Pour de nombreux exemples, cfr. B. HANOTIAU, « Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans le droit de la responsabilité civile contractuelle et extracontractuelle », *op. cit.*, n° 32 et s.

(62) Sentence arbitrale rendue dans l'affaire n° 2478 en 1974, avec les observations de Y. DERAINS : *op. cit.*

(63) Notons que l'offre d'augmentation du prix proposée par le vendeur était raisonnable : le prix, quoique supérieur à celui prévu au contrat, restait inférieur à celui du marché.

(64) Cfr. *North Ocean Shipping Co. v. Hyundai Construction Co.*, Queen's Bench Division [1979] Q.B. 705; [1979] 3 W.L.R. 419; [1978] 3 All E.R. 1170; sub nom. *The Atlantic Baron*, [1979] 1 Lloyd's Rep. 89.

deresse agisse avec circonspection et diligence, c'est-à-dire que l'acheteur soit pleinement de bonne foi (aux yeux des arbitres de la C.C.I., celle-ci n'était pas vérifiée en l'espèce). Enfin, plus largement, on peut se demander si cette possibilité de remettre en cause une modification contractuelle ne risque pas d'accroître le nombre de litiges.

B. — *La bonne foi et Unidroit*

Le droit du commerce international, d'origine anationale, ne se réduit pas au droit spontané qu'est la *lex mercatoria*. L'Institut international pour l'unification du droit privé (ci-après, *Unidroit*) a arrêté et publié en 1994 des « Principes relatifs aux contrats de commerce international »⁽⁶⁵⁾. Ces principes, destinés à guider la formation, l'exécution et l'interprétation des contrats internationaux, ont été accueillis par d'aucuns comme une manifestation éclatante de la *lex mercatoria*⁽⁶⁶⁾. Cette appréciation est sans doute excessive. Les Principes d'Unidroit constituent davantage une œuvre doctrinale de systématisation du droit du commerce international, analogue aux *Restatements* américains, qu'un *corpus* de règles admises et pratiquées par la communauté économique

(65) Il existe une littérature abondante sur Unidroit et les Principes de 1994. Cfr., entre autres, J.-P. BÉRAUDO, « Les principes d'Unidroit relatifs au droit du commerce international », *op. cit.*; J.-P. BÉRAUDO, « Harmonisation du droit en vue de favoriser le développement économique — l'exemple d'Unidroit et de la CNUDCI », in *Le rôle de l'Etat dans le développement de l'économie*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 713-725; C. LARROUMET, « La valeur des Principes d'Unidroit applicables aux contrats du commerce international », *La Semaine Juridique* [JCP], 1997, Ed. G., I, 4011; B. FAUVARQUE-COSSON, « Les contrats du commerce international, une approche nouvelle : les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international », *Rev. Int. Dr. Comp.*, 1998, pp. 463-489; M.J. BONELL, « The Unidroit Principles in Practice — The Experience of the First Two Years », <http://www.unidroit.org/english/principles/pr/pr-exp.htm>. Sur la vision américaine des Principes d'Unidroit, cfr. J. GORDLEY, « An American Perspective on the Unidroit Principles », conférence prononcée devant le *Centro di studi e ricerche diritto comparato e stranieri*, mai 1996, <http://www.cnr.it/CRDSC/Gordley.htm>. Une deuxième édition des Principes d'Unidroit est en cours de préparation.

(66) G. BARON, « Do the Unidroit Principles of International Commercial Contracts Form a New Lex Mercatoria », <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/baron.html>.

internationale⁽⁶⁷⁾. Tout comme pour les *Restatements*, leur portée dépend en grande partie de l'autorité des rapporteurs qui ont participé à leur élaboration, de leur utilisation par les opérateurs du commerce international, et de leur application par les juges nationaux et les arbitres internationaux⁽⁶⁸⁾. Comme les *Restatements* aussi, chaque article des Principes d'Unidroit figure en caractères gras (*black-letter law*) et est suivi d'un commentaire, complété d'une ou plusieurs illustrations pratiques.

La bonne foi figure comme principe de base dans le travail des juristes d'Unidroit. Aux termes de l'article 1.7 des Principes :

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

(2) Elles ne peuvent exclure cette obligation ni en limiter la portée ».

D'après le commentaire, de nombreuses applications spécifiques de la bonne foi émaillent les Principes d'Unidroit⁽⁶⁹⁾. Nous ne pouvons toutes les expliciter ici. Limitons-nous à deux exemples. Ainsi, l'article 2.15 concerne la *culpa in contrahendo*, qui a trait aux fautes commises dans le cadre de pourparlers : communication d'informations inexactes ou de fausses données, rupture brutale et impulsive des négociations précontractuelles, etc. L'article 2.15 précise qu'une responsabilité précontractuelle peut voir le jour dans le chef de l'une des parties si elle fait preuve de mauvaise foi dans la conduite ou la rupture des négociations, et notamment si elle « entame des négociations sachant qu'elle n'a pas l'intention de parvenir à un accord » (article 2.15(3)). Le principe rappelle le concept de *misrepresentation*, bien connu des juristes du *common law*. En ce qui concerne la conduite des négociations, le commentaire fait expressément référence à l'hypothèse où une partie ne divulgue pas des faits qui, « eu égard à la nature des parties et/ou

(67) B. FAUVARQUE-COSSON, « Les contrats du commerce international, une approche nouvelle : les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international », *op. cit.*, pp. 481-482.

(68) Sur la nature des Principes d'Unidroit, on lira avec un intérêt particulier : C. KESSEDIAN, « Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international : les Principes proposés par Unidroit », *Rev. crit. dr. internat. privé*, 84 (4) octobre-décembre 1995, pp. 641-670.

(69) Cfr. articles 2.42(b), 2.15, 2.16, 2.18, 2.20, 3.5, 3.8, 3.19, 4.1(2), 4.2(2), 4.6, 4.8, 5.2, 5.3, 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, et 7.4.13.

du contrat, auraient dû être divulgués »⁽⁷⁰⁾. Une telle attitude, d'après le commentaire, serait constitutive de mauvaise foi. On le voit, nous ne sommes pas loin du devoir de renseignement civiliste ou de la *duty of disclosure* anglo-américaine. Quant à la rupture des négociations, l'exemple donné dans les Principes d'Unidroit reprend de façon extrêmement fidèle les circonstances de l'affaire *Hoffman v. Red Owl*, examinée dans notre précédente contribution en ce qui concerne la notion de *promissory estoppel*⁽⁷¹⁾.

L'article 3.10 des Principes d'Unidroit, quant à lui, traite de la question des déséquilibres grossiers issus de la *formation* du contrat, une partie ayant manifestement abusé de l'infériorité de son cocontractant⁽⁷²⁾. Nous avons vu cette question dans nos développements consacrés à la comparaison horizontale des notions de lésion qualifiée et d'*unconscionability*. Pour rappel, cette dernière notion, consacrée à l'article 2-302 du *Uniform Commercial Code* agit sur le contrat lors de sa formation, et permet à une juridiction d'intervenir dans le contrat afin de corriger une disproportion grossière dans les prestations respectives des parties et d'éviter que se produisent des résultats contraires à l'équité.

Selon certains auteurs, les Principes d'Unidroit dénotent une manque d'originalité manifeste. Le professeur Larroumet considère que l'obligation de se comporter avec bonne foi 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 »⁽⁷³⁾. D'autres sont convaincus que le juge français décèlera plus facilement la mauvaise foi que son homologue anglais, en rai-

(70) Traduction personnelle. Le passage en langue originale se lit : « Other instances [of negotiating in bad faith] are where one party has deliberately or by negligence misled the other party as to the nature or terms of the proposed contract, either by actually misrepresenting facts, or by not disclosing facts which, given the nature of the parties and/or the contract, should have been disclosed ».

(71) *Op. cit.* (supra, note 2), pp. 274-275. *Hoffman v. Red Owl Stores*, 26 Wis. 2d 683, 133 N.W. 2d 267 (1965). Pour un commentaire, cfr. E.A. FARNSWORTH, « Precontractual Liability and Preliminary Agreements : Fair Dealing and Fair Negotiations », 87 *Columbia Law Review* 217, at 236-39 (1987).

(72) V. aussi le problème de *hardship*, traité au chapitre 6.2 des Principes d'Unidroit.

(73) C. LARROUMET, « La valeur des principes d'Unidroit applicables aux contrats du commerce international », *op. cit.*, n° 20

son même de l'absence de reconnaissance par les Anglais d'un principe général de bonne foi⁽⁷⁴⁾. C'est là méconnaître que les Principes d'Unidroit, en particulier le principe de bonne foi, doivent s'interpréter au regard de « leur caractère international », de manière autonome (article 1.6). Il importe dans ces conditions que l'on ne fasse pas prévaloir des considérations purement nationales. Du reste, pareille recommandation rappelle l'article 7, alinéa 1 de la CVIM qui invite à tenir compte du caractère international de la Convention et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application⁽⁷⁵⁾. Puisqu'il n'existe pas de juridiction internationale pour interpréter les Principes d'Unidroit, les tribunaux nationaux et les arbitres internationaux disposent d'une compétence spéciale pour interpréter « la bonne foi dans le commerce international ».

Le commentaire offre des directives pour l'interprétation de cette expression. Il est prévu que « la bonne foi dans le commerce international » doit s'interpréter à la lumière des conditions spéciales du commerce international. Les « conditions spéciales » auxquelles il est fait référence renvoient au fait que la bonne foi s'interprète différemment selon les types de contrats et la branche commerciale considérée. N'est-ce pas faire preuve ici du pragmatisme si cher aux Anglais?

CONCLUSIONS

L'examen de la bonne foi en droit du commerce international suscite plusieurs constats. D'abord, l'inquiétude anglaise devant la bonne foi ne semble pas partagée par tous les pays qui ont subi l'influence de l'Angleterre. Plusieurs Etats du *common law* sont parties à la CVIM, dont les Etats-Unis, l'Australie, le Canada et la Nouvelle-Zélande⁽⁷⁶⁾. A elle seule, cette constatation va à l'encontre de la théorie de Gunther Teubner selon laquelle ces Etats

(74) B. FAUVARQUE-COSSON, « Les contrats du commerce international, une approche nouvelle : les principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international », *op. cit.*, pp. 470 et 471.

(75) Cfr. aussi l'article 9, alinéa 2 de la CVIM.

(76) Au mois de janvier 2000, 57 Etats étaient parties à la CVIM : cfr. *Multi-lateral Treaties Deposited with the Secretary-General*, United Nations, New York (ST/LEG/SER.E), as available on <http://www.un.org/Depis/Treaty> on 23 January 2000.

formeraient un groupe homogène qui ne peut accueillir la bonne foi. Qui plus est, des appels se font de plus en plus pressants en doctrine anglaise pour que le Royaume-Uni ratifie la CVIM, ne fût-ce que pour avoir son mot à dire dans l'interprétation qui en est donnée. Par ailleurs, lorsque l'on examine la bonne foi dans la Convention de Vienne ou dans les Principes d'Unidroit, on a tôt fait de constater que le dogmatisme n'est pas de mise dans cette matière. Ces instruments juridiques sont empreints de mesure et de pragmatisme, de renvois au « caractère international » des conventions, aux « conditions spéciales du commerce international », etc. On le voit : ce n'est pas une conception de la bonne foi, figée une fois pour toutes, qui s'impose. C'est une conception modérée qui se construit à l'ombre de l'expérience.

Plus fondamentalement, nos pérégrinations autour de la bonne foi, entre systèmes juridiques nationaux et dans le droit du commerce international, nous rappellent que la règle de droit n'est pas figée une fois pour toutes à l'intérieur des frontières nationales qui l'ont vu naître. Elle circule, s'adapte et s'adapte. Nul ne contestera que chaque règle de droit a ses assises avec la culture qui la fonde (et qu'elle produit), mais faut-il se résigner à constater avec Pierre Legrand que « le sens d'une règle de droit est intrinsèquement culturellement fondé; une règle de droit est *là* »⁽⁷⁷⁾? Le comparatiste doit-il se résoudre à être « celui qui s'engage à perdre »⁽⁷⁸⁾?

Poussées à l'extrême, de telles remarques sonnent le glas de la comparaison des règles de droit. Elles la pétrifient dans une démarche vaine, faite de pure curiosité, forcément mal assouvie. Les aspérités auxquelles s'accrocher de système juridique en système juridique volent en éclats, plongeant le comparatiste dans les abîmes de l'insatisfaction permanente. Dans ces conditions, le travail du comparatiste relèverait bien du labeur de Sysyphe quand il ne serait pas effectivement voué à « perdre »... Dans un aphorisme qui annonce le mystère et la fatalité, Pierre Legrand ajoute : « [l]oute comparaison est un chilogone », c'est-à-dire une figure géométrique de mille côtés...⁽⁷⁹⁾. Si on reconnaît volontiers que « [l]'eau du Pont Mirabeau n'a aucune commune mesure avec celle

(77) P. LEGRAND, « Sur l'analyse différentielle des jurisprudences », *Rev. Int. Dr. Comp.*, 1999, pp. 1053-1071, p. 1063, n° 40.

(78) *Ibid.*, p. 1060, n° 21.

(79) D'après le *Litté*.

de l'Arno du Ponte Vecchio »⁽⁸⁰⁾, sommes-nous pour autant condamnés à nous satisfaire de cette seule différence? Gommer l'analogie au profit de la reconnaissance de la seule différence revient à gommer la « qualité différentielle ». Seul subsiste un amoncellement de règles disparates, comme autant de pierres éparpillées dans une vaste carrière.

Cela ne se peut. Celui qui s'adonne à la recherche d'un dénominateur commun entre les droits n'est pas forcément ignorant de l'altérité. On ne peut non plus lui reprocher *a priori* d'oublier toute référence culturelle antérieure, voire de participer d'un discours utilitaire ou médiatique environnant. Le plus souvent il agit dans le respect de la différence, sans la dissoudre ni l'aggraver, œuvrant pour la compréhension des droits voisins, et comme on l'a vu avec la directive européenne de 1993, la Convention de Vienne ou les Principes d'Unidroit, pour une certaine harmonisation ou unification. Il n'y a ni perdants, ni vainqueurs.

Sans doute gagnerait-on à faire plus de considérations pratiques — et d'humilité — dans ces matières. Pour cela, il n'était sans doute pas inutile de revenir à la bonne foi/good faith/goede trouw/Treu und Glauben, cette « mer sans rives »⁽⁸¹⁾.

(80) J. GARELLI, *L'entrée en mesure*, Paris, José Corti, 1995, p. 63 [cité dans P. LEGRAND, *op. cit.*, p. 1071].

(81) S. DAVID-CONSTANT, « La bonne foi : une mer sans rives », in *La bonne foi* (sous la direction de M^{me} S. DAVID-CONSTANT), Liège, Editions du jeune barreau de Liège, 1990, pp. 7-16.

Information et Document

À LA RECHERCHE DE NOUVEAUX DROITS : L'ACTIVISME DE LA HAUTE COUR D'AUSTRALIE

La Haute Cour d'Australie, Cour fédérale suprême du *Commonwealth of Australia* fait montre d'un activisme peu commun depuis quelques années. Grâce au contrôle de constitutionnalité, elle peut découvrir de *nouveaux droits* dans la Constitution et être en phase avec les problèmes de la fédération et du peuple australien pour le troisième millénaire. Le contrôle de constitutionnalité *judicial review* a toujours fait partie de la tradition judiciaire australienne à cause du système fédéral de gouvernement et de l'appel possible au Comité judiciaire du Conseil privé. Depuis 1986, l'appel au Conseil privé a été abrogé et la Haute Cour est juridiction de dernier recours.

Le contrôle de constitutionnalité a un caractère non démocratique parce qu'il permet à des juges non élus d'invalidier des lois étatiques ou fédérales⁽¹⁾. Cependant la structure fédérale de l'Etat australien a fait que le contentieux constitutionnel s'est avant tout intéressé à la division des pouvoirs entre gouvernements fédéral et étatiques⁽²⁾. Les arrêts *ACTV* et *Nationwide* ont remis cela en

(1) J. TOONE, « A Government of Laws, and Not of Men? » (1993) 4 *PLR* 158 171-173.

(2) *Australian Capital Television v Commonwealth* (1992) 177 *CLR* 106 (ACTV) & *Nationwide News v Wills* (1992) 177 *CLR* 1 (Nationwide).