

UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN

FACULTÉ DE DROIT

CENTRE DE DROIT DES OBLIGATIONS

**Les principes d'Unidroit,
Guide de la rédaction des contrats internationaux**

par Marcel FONTAINE

Doc. 94/15

Rapport présenté à la conférence sur "Les contrats
commerciaux internationaux et les nouveaux
Principes Unidroit; une nouvelle Lex Mercatoria ?"
(Paris, C.C.I., 20-21 octobre 1994)

LES PRINCIPES D'UNIDROIT, GUIDE DE LA RÉDACTION DES CONTRATS INTERNATIONAUX

1. Dans l'introduction aux "Principes relatifs aux contrats du commerce international", qui viennent d'être publiés, le Conseil de Direction d'Unidroit se dit *"pleinement conscient du fait que les Principes ... ne constituent pas un instrument contraignant ... leur application dépendra de leur pouvoir de persuasion"*. Il souligne que les applications des Principes sont nombreuses et diverses, et que *"les plus importantes sont amplement décrites dans le Préambule"*.

Rappelons le texte de ce Préambule :

"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."

2. Curieusement, ce Préambule n'évoque pas directement le sujet du présent exposé, à savoir l'aide que les Principes peuvent apporter aux praticiens dans la rédaction de leurs contrats. Les Principes ne sont

présentés comme modèle que pour les législateurs nationaux et internationaux. D'autres fonctions énumérées dans le Préambule concernent des questions d'interprétation et de comblement de lacunes, missions revenant essentiellement aux arbitres et aux juges. L'aide à la rédaction n'apparaît que de manière indirecte, lorsqu'il est fait allusion à la possibilité de soumettre le contrat aux Principes, ou de se référer à ceux-ci pour donner un contenu aux "Principes généraux du droit" ou à la "lex mercatoria", auxquels les rédacteurs se seraient référés.

3. Nous examinerons cet aspect de l'intérêt des Principes pour les rédacteurs de contrats internationaux, mais nous soulignerons surtout que malgré le silence du Préambule, les Principes sont également appelés à jouer un rôle plus direct dans la rédaction des contrats internationaux.

Difficultés de la rédaction d'un contrat international

4. L'élaboration du texte d'un contrat est une tâche délicate.

La rédaction d'un contrat appelle des connaissances techniques que ne maîtrisent pas toujours les négociateurs, surtout s'ils ne sont pas juristes. Il s'agit d'abord de prévoir les circonstances très diverses susceptibles de conditionner l'exécution des obligations des parties, afin d'éviter d'être pris au dépourvu dans certaines éventualités. Il importe ensuite de formuler les différentes clauses avec la précision nécessaire, et d'organiser des mécanismes efficaces de mise en œuvre, propres à éviter toute difficulté d'interprétation le moment venu.

Les difficultés tiennent aussi à la nécessité de mettre au point un texte sur lequel les parties s'entendront, compte tenu de leurs positions de force respectives dans la négociation. La tendance de chacun est de limiter ses propres obligations et de renforcer celles du partenaire; il en va de même pour les sanctions correspondantes. La recherche d'un point d'équilibre peut être ardue. Si la partie la plus forte parvient à

imposer des clauses qui lui sont trop favorables, le bénéfice en sera illusoire si ces stipulations voient leur validité contestée en cas de litige.

5. La rédaction d'un contrat international confronte à certaines difficultés supplémentaires.

Sur le plan technique, le commerce international appelle la prise en compte de problèmes spécifiques, et la mise au point de solutions appropriées, que les droits nationaux ne fournissent pas.

Quant à la recherche d'un bon équilibre entre les intérêts respectifs des parties, elle s'accompagne ici du souci de ne pas privilégier le droit de l'une d'elles, avec lequel l'autre n'est pas familiarisée. Une solution possible, le choix éventuel du droit d'un pays tiers, risque de placer les deux parties devant bien des incertitudes.

6. Le recours aux Principes d'Unidroit est de nature à apporter une aide appréciable aux rédacteurs de contrats internationaux au regard de chacune des difficultés qui viennent d'être évoquées. Deux hypothèses seront distinguées, celle où les Principes servent seulement de source d'inspiration pour la rédaction de certaines clauses du contrat, et celle où le contrat, directement ou indirectement, serait soumis aux Principes.

A. Les Principes, source d'inspiration

Inventaire des problèmes

7. En premier lieu, les négociateurs ou les rédacteurs d'un contrat trouveront dans les Principes un excellent aide-mémoire des questions à traiter.

La simple consultation de la table des matières des Principes peut fournir cet aide-mémoire. Ne serait-il pas opportun de régler le sort des documents pré-contractuels (art. 2.17) ? N'y a-t-il pas contradiction entre nos conditions générales respectives (art. 2.22) ? Ne convient-il pas de préciser la qualité de telle ou telle prestation (art. 5.6) ? Quand (art. 6.1.1) et où (art. 6.1.6) les différentes obligations devront-elles être exécutées ? Qu'arrivera-t-il si l'une des parties propose une exécution partielle (art. 6.1.3) ou prématurée (art. 6.1.5) ? Comment régler les conséquences des différentes péripéties que peut entraîner une demande d'autorisation (art. 6.1.14 à 6.1.17) ? En cas d'inexécution, doit-on permettre au débiteur de corriger une mauvaise prestation (art. 7.1.4) ? La liste n'est qu'exemplative. La plupart des dispositions des Principes peuvent rappeler aux négociateurs tel ou tel aspect des futures relations contractuelles méritant réflexion dans l'élaboration du contrat.

Assistance technique à la rédaction

8. Les rédacteurs du contrat peuvent s'en tenir à la consultation de la table des matières des Principes, mais il va de soi que le texte même des articles leur apporte une aide considérable dans le choix des solutions appropriées. Cette assistance peut jouer à deux niveaux, celui de la technique juridique, et celui de l'équilibre entre parties.

9. Quant à la technique juridique, les Principes proposent sur bien des questions des solutions mûrement réfléchies, qui devraient s'avérer aptes à subir l'épreuve des faits en cours de contrat.

A cet égard, le praticien qui cherche l'inspiration dans les Principes y trouvera bien des modèles. Par exemple, s'il estime opportun de rencontrer par une clause contractuelle l'hypothèse où une partie proposerait d'effectuer sa prestation avant l'échéance, l'article 6.1.5 attirera son attention sur la nécessité de prévoir, non seulement l'étendue du droit du créancier de refuser pareille exécution prématurée, mais également l'incidence d'une acceptation éventuelle

sur l'exigibilité des obligations réciproques, et la charge des frais supplémentaires que pourrait entraîner cette exécution précoce. Si le rédacteur est séduit par l'idée de doter le créancier de la faculté de notifier au débiteur défaillant un délai supplémentaire pour s'exécuter (le *Nachfrist*), l'article 7.1.5 fournit un modèle de bonne organisation des modalités et des conséquences du recours à ce procédé : droits du créancier si le débiteur ne respecte pas ce délai ou fait savoir qu'il ne le respectera pas, conditions dans lesquelles le créancier peut mettre fin au contrat, caractère raisonnable du délai, etc... Qu'il adopte de tels modèles ou qu'il s'en écarte sur certains points, le rédacteur trouvera dans de telles dispositions une aide technique importante.

Équilibre contractuel

10. D'autre part, si les parties sont désireuses de mettre au point une convention qui régira les droits et obligations de chacun de manière équitable, sans avantager l'une d'elles, les Principes d'Unidroit peuvent également s'avérer d'un très grand secours : ils sont inspirés par le souci de réaliser un équilibre satisfaisant entre les intérêts respectifs des parties.

L'élaboration des Principes s'est déroulée à l'abri de toute intervention politique de l'un ou l'autre groupe de pression. C'était l'un des avantages d'un travail portant sur le contrat en général, par rapport aux négociations relatives à des opérations spécifiques (vente, transport, etc...), dont la sérénité est souvent troublée par les interventions des milieux économiques concernés. Les experts préparant les Principes ne connaissaient que deux êtres abstraits, le "créancier" et le "débiteur"; très objectivement, ils se sont souciés de rechercher le meilleur équilibre entre ces deux parties, tant en cours de formation ou d'exécution qu'en cas d'inexécution du contrat.

11. Un exemple typique est offert par l'article 6.1.11, relatif aux coûts que peut entraîner l'exécution d'un contrat (frais de transport, commissions bancaires, coût de démarches administratives, etc...). La

solution est simple et parfaitement équilibrée : chaque partie supporte les frais de l'exécution de ses obligations. L'emprunt de ce texte peut éviter une vive discussion sur la répartition de ces charges, où chaque partie tenterait d'en reporter le plus grand nombre sur les épaules de son partenaire.

12. En cas d'inexécution, la priorité est évidemment de doter le créancier des recours nécessaires, mais l'expérience des dernières décennies, dans la plupart des pays, a mis en évidence le phénomène des contrats d'adhésion et celui des clauses abusives : un créancier fort a tendance à imposer à son cocontractant des sanctions excessivement rigoureuses en cas de manquement. Des solutions législatives et jurisprudentielles se sont développées contre de tels abus de la liberté contractuelle, et les Principes s'en sont largement inspirés.

L'article 7.3.1 en fournit une illustration. Il expose les conditions dans lesquelles une partie peut résoudre le contrat en cas de défaillance de son cocontractant. Trop de contrats réservent à la partie forte un droit de résolution discrétionnaire en cas d'inexécution de l'une quelconque des obligations de l'autre partie. L'article 7.3.1 limite le droit à résolution aux cas d'*inexécution essentielle*, et fournit différents critères pour déterminer ce qui constitue pareil manquement. Si les négociateurs cherchent loyalement à assortir les obligations respectives de sanctions équilibrées, ils trouveront dans cet article 7.3.1 des éléments susceptibles d'inspirer la rédaction de clauses résolutoires raisonnables.

13. Servir d'aide-mémoire pour déterminer la liste des questions à traiter, offrir un éventail de solutions bien étudiées tant sur le plan de la technique juridique que sur celui de l'équilibre entre les parties, autant de fonctions avantageuses des Principes d'Unidroit dont la portée est appréciable.

A ce stade, cependant, l'utilité des Principes n'apparaît pas exceptionnelle. Ce qui vient d'être dit pourrait également l'être à

propos d'autres codifications du droit des contrats, et il en est d'excellentes dans les droits nationaux.

Droit comparé : neutralité, choix éclectiques

14. Les Principes contiennent cependant une valeur ajoutée considérable. Ils ont été élaborés par une équipe de spécialistes où étaient représentés tous les principaux systèmes juridiques. Formés à la discipline exigeante du droit comparé et avertis des spécificités du droit du commerce international, ces experts ont œuvré à l'élaboration d'une codification qui ne privilégie pas tel ou tel système, mais adopte des solutions universellement acceptables, et appropriées aux particularités des contrats internationaux. Rédacteurs et négociateurs de tels contrats pourront donc y trouver une source d'inspiration privilégiée.

15. Les Principes ne reflètent pas une quelconque prédominance de tel ou tel système juridique. Un exemple significatif est fourni par l'article 3.2, d'après lequel un contrat est valablement formé par le seul accord des parties. Le commentaire explique que ce texte écarte toute exigence complémentaire, comme la *consideration* de la *common law*, ou la *cause* de certains pays de droit civil. Ces notions suscitent bien des difficultés dans leurs royaumes respectifs, et l'article 3.2 veille à les éviter à coup sûr pour les contrats internationaux qu'il est appelé à régir. Les négociateurs d'un contrat entre parties relevant des deux familles juridiques concernées pourraient s'inspirer de ce texte pour lever bien des appréhensions, quel que soit pour le surplus le choix du droit applicable.

16. La neutralité des auteurs des Principes ne les a toutefois pas empêchés d'emprunter divers mécanismes à certains systèmes nationaux, de manière fort éclectique, là où ces mécanismes paraissaient pouvoir servir les besoins du commerce international. La Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises en avait judicieusement fait autant. Nous avons déjà évoqué le *Nachfrist*

du droit allemand (art. 7.1.5). On relèvera aussi l'emprunt à la *common law* de la notion d'inexécution anticipée (art. 7.3.3).

Deux autres exemples méritent d'être soulignés.

17. Dans l'élaboration des textes relatifs au moment de l'exécution (art. 6.1.1. à 6.1.5), les experts se sont rendu compte que leurs systèmes juridiques respectifs mettaient l'accent sur des questions différentes. Le droit civil traitait de l'exécution prématurée (art. 6.1.5), dont le problème était posé en des termes qu'au départ, les *common lawyers* avaient peine à comprendre. Ceux-ci, par contre, se préoccupaient d'abord des conditions dans lesquelles l'exécution pouvait se réaliser de manière échelonnée (art. 6.1.2) et de l'ordre des prestations respectives dans les contrats synallagmatiques (art. 6.1.4), questions dont les juristes de droit civil ne percevaient pas au départ l'importance particulière. Ces matières ont donné lieu à de longs et passionnants débats, au terme desquels chacun a reconnu la spécificité de chacune des questions. Des textes ont été rédigés en des termes destinés à clarifier les champs d'application respectifs des différentes règles. Les praticiens trouveront dans cette section des Principes des règles qui cumulent les solutions des deux systèmes juridiques en un tout bien coordonné. Ils pourront évidemment s'en inspirer dans la rédaction de leurs contrats.

18. L'autre exemple à mettre en évidence est celui de l'incorporation dans les Principes de la distinction propre au droit français et à certains droits voisins entre *obligations de moyens* et *obligations de résultat* (art. 5.4 et 5.5). Il s'agit de définir le degré d'intensité de chacune des obligations d'un débiteur. Tantôt il s'engage à un résultat déterminé, tantôt il ne s'oblige qu'à faire diligence pour y aboutir. D'importantes conséquences en découlent en ce qui concerne la charge de la preuve en cas d'inexécution.

Les auteurs des Principes ont estimé que cette distinction méritait d'être adoptée dans un instrument destiné à régir les contrats internationaux, car elle attire l'attention des rédacteurs sur la

nécessité de formuler avec précision l'intensité des différentes obligations. Un transporteur s'engagera normalement à une obligation de résultat quant à l'arrivée à bon port et en bon état des marchandises qu'il a prises en charge, mais celui qui s'oblige à faire respecter une obligation de confidentialité par son personnel n'acceptera sans doute que de promettre de faire toute diligence à cette fin. La pratique connaît d'ailleurs des clauses de "*best efforts*", qui correspondent bien à ce concept d'obligation de moyens (l'expression "*best efforts*" a été retenue pour désigner les obligations de moyens dans la version anglaise des Principes).

La présence dans les Principes de ces articles 5.4. et 5.5 incitera donc les rédacteurs de contrats à se montrer précis dans la définition de l'intensité des obligations respectives. L'article 5.5 fournit des critères de distinction entre obligations de moyens et de résultat qui peuvent guider la négociation et la rédaction des clauses.

Spécificités du commerce international

19. Si les Principes ont été rédigés à partir d'une connaissance approfondie des solutions du droit comparé, ils se sont aussi nourris d'une expérience des exigences propres du commerce international. La pratique des contrats internationaux a été prise en considération, telle qu'elle se reflète dans les contrats-types et diverses clauses caractéristiques, et les problèmes spécifiques à la formation et à l'exécution des contrats internationaux ont été rencontrés. Ici également, les Principes peuvent servir de guide à la rédaction des contrats. On en donnera encore quelques exemples.

20. La nécessité d'une autorisation préalable est particulièrement fréquente en matière de contrats internationaux. Les praticiens ne perçoivent pas toujours clairement au départ toutes les incidences de cette exigence sur leurs obligations respectives et sur le processus de formation du contrat. Les Principes offrent à cet égard une codification précise aux art. 6.1.14 à 6.1.17, où des réponses sont données aux

questions de savoir à qui incombe la charge de solliciter l'autorisation, quelles obligations en découlent, quel est le sort du contrat si l'autorisation n'est ni accordée ni refusée dans le délai fixé ou un délai raisonnable, ou si elle est refusée. Aux rédacteurs de contrats, ces textes offrent un aide-mémoire des questions à rencontrer, et des modèles de solutions.

21. Les paiements internationaux suscitent de nombreux problèmes spécifiques. A cet égard, les Principes codifient de manière détaillée diverses questions relatives à la monnaie de paiement (art. 6.1.9). Peut-elle être la monnaie du lieu du paiement alors que la monnaie dans laquelle l'obligation est exprimée est différente ? Qu'en est-il du taux de change, en cas de paiement ponctuel et en cas de paiement tardif ? Une solution est également fournie pour le cas où la monnaie d'une obligation de somme d'argent ne serait pas précisée (art. 6.1.10), qui devrait attirer l'attention des rédacteurs sur les risques éventuels d'une telle lacune.

Les Principes contiennent également des règles originales concernant le paiement par chèque ou autres instruments (art. 6.1.7), ainsi que le paiement par transferts de fonds (art. 6.1.8). Les problèmes en cause ne sont pas propres au commerce international, mais ils y revêtent une acuité particulière. Les usages peuvent en effet différer largement d'un pays à l'autre quant à l'admissibilité des différents modes de paiement. La question du moment où devient libératoire un paiement par transfert est d'autant plus délicate que les institutions financières respectives sont éloignées.

22. Certaines clauses largement répandues dans les contrats internationaux, avec des contenus bien spécifiques, sont reflétées dans plusieurs dispositions des Principes, où les rédacteurs de contrats trouveront encore d'autres modèles. Il en est ainsi, par exemple, de la clause dite d'intégralité (art. 2.17) (souvent appelée en pratique "clause des quatre coins"), de la clause de hardship (comp. les art. 6.2.1 à 6.2.3) et de la clause de force majeure (comp. l'art. 7.1.7).

23. Sur un plan plus général, les Principes formulent des règles spécialement adaptées aux contrats internationaux, qui peuvent aussi servir de guide à la rédaction des contrats. L'article 1.6, relatif à l'interprétation des Principes, peut inspirer un principe d'interprétation d'un contrat déterminé, invitant à tenir compte de son caractère international et de sa finalité. L'article 1.7, obligeant les parties à se conformer "*aux exigences de la bonne foi dans le commerce international*", et l'article 1.8, exposant avec précision la mesure où les parties sont liées par les usages et les pratiques, peuvent servir de modèles à l'insertion de dispositions correspondantes dans le contrat.

24. Les exemples pourraient être multipliés. Aux négociateurs et aux rédacteurs de contrats internationaux, les Principes peuvent servir de guide à plusieurs niveaux : vérification de la liste des points à rencontrer, choix des bonnes solutions techniques, adoption de règles équilibrées, souci de ne pas privilégier l'un ou l'autre système juridique, sans se priver les avantages liés à l'emprunt de tel ou tel mécanisme avantageux, identification des problèmes propres aux contrats internationaux et modèles de solutions.

B. La soumission du contrat aux Principes

25. Séduits par l'intérêt des Principes, les négociateurs seront sans doute souvent amenés à franchir un pas de plus. Ne se contentant plus de puiser dans les Principes des modèles pour la rédaction de nombreuses clauses du contrat, ils envisageront de décider que leur convention sera dans son ensemble soumise aux Principes. Ils peuvent aussi choisir de soumettre leur contrat aux "Principes généraux du droit" ou à la "*lex mercatoria*", en ayant à l'esprit l'alinéa du Préambule des Principes relatif à ces expressions et aux formules analogues.

Choix exprès des parties

26. Les Principes peuvent en effet apparaître comme une solution intéressante au problème du choix de la loi applicable au contrat. On a souligné leurs mérites sur les plans de la qualité technique, de l'équilibre entre parties, de la distance prise par rapport aux systèmes nationaux (qui n'exclut pas certains emprunts intéressants) et de l'adaptation aux exigences du commerce international. Certains contrats-types, ou certaines clauses-types présentant des qualités analogues rencontrent le succès que l'on sait auprès des praticiens, comme les Conditions générales de la Commission Économique pour l'Europe des Nations-Unies, ou les Incoterms de la Chambre de Commerce Internationale. Les Principes, avec leur caractère non contraignant, représentent une initiative analogue, dont l'avantage est cependant de porter sur le droit des contrats en général. Leur neutralité et leurs vertus propres devraient inciter les parties à se mettre facilement d'accord sur le choix des Principes comme loi applicable au contrat, ou tout au moins sur leur incorporation dans le contrat.

La portée de pareil choix doit être bien comprise.

27. En premier lieu, les Principes ne peuvent évidemment dispenser les parties de mettre au point les clauses spécifiques à l'objet de leur accord. Les Principes ne fournissent que les règles générales.

28. Quant à ces règles générales, il importe encore de les examiner de manière critique, les solutions proposées par les Principes n'étant pas nécessairement les meilleures pour tous les aspects des relations entre parties. Il n'existe aucun obstacle à ce que retenant les Principes comme droit applicable en toile de fond, les parties y dérogent sur certains points. L'article 1.5 des Principes énonce clairement le caractère supplétif des règles établies, à quelques rares (mais importantes) exceptions près. De nombreux articles énoncent d'ailleurs

des solutions qui ne s'appliquent qu'à défaut d'accord des parties (cf. p. ex. les art. 5.6, 5.7, 6.1.1 et 6.1.6).

Ainsi, un contrat spécifique qui se réfère aux Principes contiendra sans doute une clause propre quant au lieu de l'exécution de telle ou telle obligation, rendant inutile l'article 6.1.6 al. 1. Par contre, il pourra se dispenser de prévoir une clause relative au déménagement de l'une des parties, se contentant de la solution de l'article 6.1.6 al. 2 au cas où cette hypothèse particulière viendrait à se produire.

29. Ensuite, le choix des Principes comme "loi applicable" risque de présenter une difficulté, dans la mesure où la faculté reconnue aux parties de désigner la loi régissant leur contrat est traditionnellement limitée aux droits nationaux. Comme l'explique le Commentaire du Préambule des Principes, *"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 base des règles de droit international privé du for"*.

La situation peut être différente si la référence aux Principes s'accompagne d'une clause compromissoire, les arbitres n'étant pas nécessairement liés par une loi nationale particulière. Les Principes pourraient alors véritablement constituer la loi du contrat.

Deux situations sont donc à distinguer, celle où les Principes sont simplement incorporés au contrat, et celle où ils constituent la loi applicable au contrat.

30. Dans l'une ou l'autre des hypothèses, le choix des Principes ne permet pas d'échapper aux règles impératives de normes nationales, internationales ou supranationales applicables selon les règles pertinentes du droit international privé, mais à des degrés divers. L'article 1.4 énonce cette solution inévitable, compte tenu de la nature particulière des Principes. Le commentaire de l'article expose très

clairement la question, en distinguant selon que les Principes sont incorporés au contrat ou constituent la loi applicable.

Choix implicite

31. Quant au choix "indirect" des Principes, par la référence du contrat aux "principes généraux du droit" ou à la "lex mercatoria", il peut être inconscient, et c'est alors aux arbitres et aux juges qu'il incombera de décider s'ils entendent puiser dans les Principes pour donner corps à ces formules. Si les parties souhaitent explicitement l'application des Principes, il doit leur être conseillé de le stipuler en toutes lettres, la référence aux formules ci-dessus de donnant aux arbitres et aux juges que la faculté de se référer aux Principes.

Conclusion

32. Les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international ne devraient pas seulement servir d'instrument de référence au arbitres et aux juges appelés à connaître du contentieux des contrats internationaux. Il est à prévoir qu'ils deviendront l'un des livres de chevet des praticiens eux-mêmes, source de documentation et d'inspiration privilégiée quant aux problèmes à rencontrer et aux solutions à y apporter. Qu'il s'agisse d'y puiser des modèles pour la rédaction du contrat, ou de décider d'y soumettre le contrat sous réserve de dérogations, les Principes devraient apporter une contribution significative à la tâche combien délicate des négociateurs et des rédacteurs de contrats internationaux.

Marcel FONTAINE
Professeur à l'Université
Catholique de Louvain