

# Comment utiliser les Principes d'UNIDROIT dans la pratique contractuelle

Alain PRUJINER\*

## Résumé

*L'existence de normes transnationales, comme les Principes d'UNIDROIT, offre une solution intéressante aux difficultés de négociation des clauses de droit applicable. Leur inclusion dans un contrat soulève cependant certaines questions qu'il faut traiter avec attention. Une première question est celle des relations à préciser entre les Principes et le droit national applicable. Il est déconseillé de se dispenser de tout droit national applicable, et il faut établir une hiérarchisation claire assurant l'application des règles des Principes au-dessus des règles nationales. La même préoccupation existe avec les règles de la CVIM, qu'il vaut mieux placer cette fois au-dessus des Principes. Enfin l'inclusion des Principes peut entraîner certains effets sur les autres clauses du contrat, qu'il faut examiner. C'est par exemple le cas de la détermination de la monnaie de paiement ou de la*

## Abstract

*Transnational Rules, as UNIDROIT Principles, give an interesting answer to the trouble of the applicable law negotiation. Their insertion in an agreement raises nevertheless some issues that must be dealt with with care. The first one is related to the connection between the Principles and the applicable state law. A contractual exemption of applicable state law is not advisable. A hierarchy is therefore necessary to insure the predominance of the Principles rules over the state rules. An identical reason intervenes in relation with the CISG, but in favour of the predominance of CISG rules this time. Finally, the insertion of the Principles can alter the other contractual provisions, as the determination of the currency of payment, or the sanction of gross disparity. This last issue requires a study of the mandatory character of some Principles provisions.*

---

Professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval. Avec mes remerciements à ma collègue Élise Charpentier pour l'approfondissement que nos discussions sur ce texte et le sien ont permis.

*sanction du déséquilibre des prestations. Ce dernier cas oblige à étudier le caractère impératif de certaines dispositions des Principes.*

## Plan de l'article

<b>Introduction : Pourquoi utiliser les Principes d'UNIDROIT dans un contrat international?</b> .....	565
<b>I. Comment placer les Principes d'UNIDROIT dans la clause de droit applicable?</b> .....	567
A. La relation droit national et Principes d'UNIDROIT .....	568
1. L'élimination du droit national .....	568
2. La hiérarchisation entre les Principes d'UNIDROIT et le droit national désigné .....	570
B. La relation entre la <i>Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises</i> (CVIM) et les Principes d'UNIDROIT .....	572
1. L'élimination de la CVIM .....	573
2. La hiérarchisation entre les Principes et la CVIM .....	574
C. Conclusion de la première partie .....	575
<b>II. Effets du choix des Principes d'UNIDROIT sur les autres clauses</b> .....	577
A. La monnaie de paiement .....	577
B. Le déséquilibre des prestations .....	578
<b>Conclusion</b> .....	581



## **Introduction : Pourquoi utiliser les Principes d'UNIDROIT dans un contrat international?**

L'une des négociations les plus déroutantes lors de la conclusion d'un contrat international est celle de la clause de droit applicable. Ce n'est pas un sujet qui mobilise beaucoup les dirigeants des entreprises, mais il retient l'attention des avocats chargés de la rédaction finale du contrat, lorsqu'il y en a bien sûr ... Et les parties ont l'impression de se faire des concessions en décidant du droit applicable au contrat, alors que personne ne sait encore quel droit pourrait avantager l'une ou l'autre des parties lors d'un éventuel litige.

En fait, ce sont les juristes surtout qui sont concernés par ce point, qui semble souvent ésotérique à leur client. Le choix du droit applicable aura surtout un impact sur leur travail en cas de litige ultérieur, et cela explique la tendance des représentants de chaque partie à proposer leur droit national pour régir le contrat.

Or les résistances sont fortes à se soumettre au droit de l'autre partie, non parce qu'il ne convient pas en termes de contenu puisque, en l'absence de litige, il serait assez illusoire de mesurer son impact réel, mais parce qu'il confère un avantage technique et financier à la partie qui reste sur son terrain juridique, alors que l'autre doit aller chercher les ressources nécessaires à ses besoins dans un univers de droit inconnu, dans un environnement perçu parfois comme hostile.

Accepter le droit de l'autre apparaît donc comme une concession majeure, perçue même comme humiliante dans certains cas, ce qui explique les réactions négatives qu'elle suscite dans plusieurs pays, et l'adoption de politiques comme la doctrine Calvo en Amérique latine, dont un élément vise à interdire aux entreprises locales de se soumettre à un autre droit que le droit local<sup>1</sup>.

Une réaction nationaliste de ce type aboutit cependant à une impasse en commerce international, chaque partie pouvant trouver

---

<sup>1</sup> Carlos CALVO, *Le droit international théorique et pratique*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Guillaumin, 1880-1881.

tout aussi légitime de ne pas accepter de se soumettre au droit de l'autre partie.

Reste alors le recours, parfois pratiqué, à un droit tiers, qui semble plus acceptable car il crée les mêmes inconvénients à chacune des parties. Le choix de ce droit tiers soulève alors bien des difficultés et mène parfois à des résultats absurdes, le droit de l'État de New York devant être appliqué, par exemple, à un contrat rédigé par les parties de deux pays civilistes et donc conçu et écrit par des juristes qui ont travaillé dans un cadre juridique global commun, mais sans aucun lien avec le droit finalement applicable. En cas de litige, il risque d'y avoir des surprises désagréables! Atteindre l'égalité par un partage des inconvénients et de l'ignorance ne semble pas la meilleure des politiques.

Une meilleure façon de procéder est d'utiliser des connaissances communes et des normes internationales partagées. Nul n'a l'impression d'être désavantagé par l'usage d'instruments internationaux ou transnationaux. De plus, ces instruments ont été conçus spécifiquement pour le commerce international et sont donc techniquement mieux à même de répondre aux besoins des parties.

C'est ce qui explique l'usage grandissant d'instruments juridiques comme la *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*<sup>2</sup> et les *Principes relatifs aux contrats du commerce international*<sup>3</sup> dans les clauses de droit applicable. C'est là une nouvelle étape des recherches de délocalisation juridique illustrées par l'émergence de la *lex mercatoria* comme solution de rechange aux rattachements nationaux.

Bien sûr, il y a encore des réactions négatives, des praticiens qui excluent systématiquement ces possibilités dans leurs clauses, qui préfèrent continuer à s'en remettre aux anciennes techniques, aux droits nationaux réputés (surtout lorsque c'est le leur), souvent par ignorance ou par une méfiance fondée sur le manque de familiarité

---

<sup>2</sup> Vienne, 1980, AGNU Doc. A/Conf. 97/18. La convention est disponible à : [<http://www.uncitral.org/french/texts/sales/CISG-f.htm>] (ci-après également citée « CVIM », « Convention de Vienne » ou « Convention »).

<sup>3</sup> INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVÉ, *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, Rome, UNIDROIT, 1994; ces Principes sont disponibles à : [<http://www.unidroit.org/french/principles/contents.htm>] (ci-après cités « Principes d'UNIDROIT » ou « Principes »).

avec ces nouvelles normes; mais c'est un phénomène transitoire. Lorsqu'on voit les nouvelles générations de juristes du monde entier se mesurer dans des exercices comme le concours Wilhem C. Vis, une simulation d'arbitrage d'un litige qui exige l'application de la Convention de Vienne<sup>4</sup>, il devient évident que l'on assiste à l'émergence d'une nouvelle culture juridique transnationale. Ces jeunes juristes n'auront aucune difficulté à travailler avec ces règles internationales qu'ils maîtrisent déjà parfaitement.

Il reste alors à déterminer comment le faire. Comment intégrer efficacement ces normes, et les Principes d'UNIDROIT en particulier, dans des clauses contractuelles (I)? Il faudra ensuite vérifier l'impact de ce choix sur les autres clauses du contrat (II).

### **I. Comment placer les Principes d'UNIDROIT dans la clause de droit applicable?**

Faut-il référer explicitement aux Principes dans un contrat pour que ceux-ci soient appliqués? C'est certainement la manière la plus efficace de s'en assurer. Il serait aussi possible d'y parvenir par une référence plus globale, à la *lex mercatoria* ou aux principes généralement suivis en commerce international, puisque les Principes se présentent comme une traduction de cette *lex mercatoria*<sup>5</sup>, mais le détour devrait être évité si l'on veut être sûr que la référence s'impose au juge ou à l'arbitre en cas de besoin. Partons donc de cette référence explicite aux Principes dans le contrat.

Cette désignation des Principes d'UNIDROIT dans une clause de droit applicable a pour principal objectif de limiter l'impact possible d'un droit national applicable. Elle n'a pas normalement pour vocation de faire disparaître le recours à tout droit national, ce qui soulève certaines questions d'articulation entre les Principes et le droit applicable (A). Il faut ensuite analyser les relations entre les Principes et les autres éléments internationaux, essentiellement la *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, au regard du contrat concerné (B).

---

<sup>4</sup> Disponibles à : [<http://www.cisg.law.pace.edu/vis>].

<sup>5</sup> Principes d'UNIDROIT, précités, note 3, p. 4.

## **A. La relation droit national et Principes d'UNIDROIT**

Le choix de référer aux Principes dans le contrat oblige à préciser leur position par rapport au droit applicable (2), à condition bien sûr que l'on ne veuille pas écarter l'application de tout droit national (1).

### **1. L'élimination du droit national**

Est-ce que le choix des Principes permet de faire l'économie de la désignation de tout droit applicable? Ce serait bien tentant dans certaines circonstances, mais la réponse est négative. Les Principes, même s'ils essaient de combler certaines des lacunes de la Convention de Vienne, ne peuvent prétendre couvrir l'ensemble des questions juridiques susceptibles de surgir lors d'un différend entre les parties. Bien sûr, un grand nombre de questions reliées aux relations entre les parties d'un contrat international trouvent une réponse dans les Principes, mais pas toutes.

Par exemple, pour s'en tenir à une question qui relève clairement du droit applicable au contrat, les Principes sont silencieux sur les délais de prescription. La disposition sur le comblement des lacunes n'offre alors pas un grand secours, en renvoyant aux principes généraux<sup>6</sup>. Dans ces conditions, les parties vont chercher une réponse dans les droits nationaux applicables.

Le silence des parties dans le contrat ne suffit donc pas à écarter le recours aux droits nationaux. Il va simplement entraîner l'application des règles de rattachement supplétives des droits nationaux qui ont pour objet de désigner le droit applicable à défaut de choix des parties. La seule désignation des Principes d'UNIDROIT dans le contrat ne suffit donc pas pour écarter toute application des droits nationaux à titre supplétif, malgré le titre de l'article 1.6. Il est bien précisé, dans le paragraphe 2 de cet article, que les principes généraux dont s'inspirent les Principes d'UNIDROIT ne sont appelés à en combler les lacunes que sur « les questions qui entrent dans le champ d'application de ces Principes ». Pour les autres, il faut trouver ailleurs les normes juridiques applicables.

L'absence de désignation d'un droit applicable entraîne alors la mise en œuvre des règles de rattachement habituelles, par le juge

---

<sup>6</sup> *Id.*, art. 1.6(2).



ou l'arbitre, pour choisir le droit applicable dans les circonstances. Le juge utilisera celles de son droit national alors que l'arbitre utilisera la voie directe<sup>7</sup> ou devra choisir le droit international privé qu'il estimera le plus pertinent.

S'il veut vraiment exclure tout rattachement étatique, le rédacteur du contrat doit expliciter que seuls les Principes sont applicables au contrat, à l'exclusion de tout droit national. Sans entrer dans le débat sur la validité d'un tel choix, il semble bien que son opportunité soit douteuse.

Cette exclusion mène en effet au problème du contrat sans loi, hypothèse extrême de la logique subjectiviste du rattachement qui suscite une résistance doctrinale et jurisprudentielle certaine. Elle semble aussi exclue dans le cadre de l'application de la *Convention européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles*<sup>8</sup>, car celle-ci utilise le terme « loi » ou « law » et non « règles de droit », expression qui pourrait permettre de désigner les Principes à titre de droit applicable. Il est cependant possible de la rendre effective dans le cadre d'une clause d'arbitrage, l'arbitre pouvant interpréter ce choix comme une référence globale à la *lex mercatoria*, éliminant l'applicabilité de tous les droits nationaux. On sait que cette position a été entérinée par certains tribunaux<sup>9</sup>. Si les parties y ajoutent l'amiable composition, leur choix s'imposera sans grande difficulté, tant pour les arbitres que pour les tribunaux chargés d'exécuter ensuite leur sentences.

Cette démarche illustre cependant bien le risque principal de ce choix, c'est-à-dire la diminution de prévisibilité juridique pour tout ce qui se trouve hors des Principes. Par exemple, quant au délai de

---

<sup>7</sup> Par voie directe, on entend le choix du droit jugé le plus approprié à la relation contractuelle sans passer par une règle de conflit nationale. Par exemple : Matthieu de BOISSÉSON, *Le droit français de l'arbitrage : interne et international*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, GLN Joly éditions, 1990, p. 600; Berthold B. GOLDMAN, « L'arbitre, les conflits de lois et la *lex mercatoria* », dans Nabil ANTAKI et Alain PRUJINER (dir.), *Actes du 1<sup>er</sup> colloque sur l'arbitrage commercial international*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1986, p. 103.

<sup>8</sup> Rome, 19 juin 1980, 80/934/CEE, art. 3 : « 1. Le contrat est régi par la loi choisie par les parties [...] ».

<sup>9</sup> Par exemple, voir la célèbre affaire *Norsolor* : Berthold B. GOLDMAN, « Une bataille judiciaire autour de la *lex mercatoria* », (1983) *Rev. arb.* 379. Sur l'ensemble de cette question, voir : M. de BOISSÉSON, *op. cit.*, note 7, p. 618 et suiv.

prescription mentionné précédemment, on devra se contenter d'un délai raisonnable selon les pratiques commerciales pertinentes et l'on n'aura pas une réponse simple avec une durée fixe. Cela peut entraîner des litiges (pour déterminer la longueur de ce délai) qu'un choix plus précis aurait permis d'éviter.

C'est pourquoi il n'est pas conseillé d'essayer d'écarter l'application de tout droit national lorsque des circonstances particulières (certains contrats d'État par exemple) n'obligent pas à le faire. Une règle simple et générale en matière de contrat est que la prévisibilité des résultats d'un litige est le meilleur facteur pour arriver à un règlement amiable. Écarter l'application de tout droit national peut donc être une source de différends qui auraient pu être autrement évités.

Il faut cependant signaler que le texte du Commentaire des Principes évoque cette option<sup>10</sup>, dans le cadre du recours à l'arbitrage. Ce faisant, il n'indique pas très clairement les conditions ni les effets d'une application exclusive des Principes.

## **2. La hiérarchisation entre les Principes d'UNIDROIT et le droit national désigné**

Pour que la désignation des Principes d'UNIDROIT ait un effet juridique, il faut que les dispositions des Principes l'emportent sur celles du droit désigné, autrement le choix des Principes n'aura que peu d'effets pratiques. Il peut en avoir cependant, car les Principes traitent de certaines questions que l'on retrouve rarement dans les droits nationaux, mais si l'application des Principes est restreinte à ces questions, elle devient marginale.

Le choix même des Principes procède habituellement d'une volonté de limiter l'impact du droit national pour privilégier un ensemble de règles conçues en regard des relations commerciales internationales. Il s'ensuit qu'il faut assurer la prééminence des Principes sur le droit national applicable.

Cela ne pose pas de problème de principe tant qu'il s'agit de règles supplétives. Les parties peuvent les remplacer par celles des Principes, ou par d'autres, au nom de l'autonomie de la volonté contractuelle.

---

<sup>10</sup> Principes d'UNIDROIT, précités, note 3, p. 3.

La situation est moins claire avec les règles impératives. L'article 1.4 des Principes pose bien le principe du respect des « règles impératives d'origine nationale [...] applicables selon les règles pertinentes du droit international privé ». Il est certain que cette disposition réfère d'abord aux règles d'application nécessaire, celles qui doivent être respectées quel que soit le choix des parties quant au droit applicable. Sur ce point, le Commentaire est clair<sup>11</sup>. Il distingue cependant entre deux hypothèses : celle où les Principes « constituent le droit régissant le contrat » et celle où ils sont seulement « incorporés » dans le contrat.

La première hypothèse est celle où il n'y a aucun droit national applicable, et c'est donc celle que nous avons écartée précédemment. Dans ce cas, la portée du texte est limitée aux lois d'application nécessaire, alors que, dans la seconde, le commentaire précise que « les Principes rencontrent en premier lieu la limite des règles impératives de la loi régissant le contrat »<sup>12</sup>.

Cette position semble prudente, même s'il est arrivé que des juges écartent la disposition impérative d'un droit élu au profit d'une disposition contractuelle expresse<sup>13</sup>. Devant un juge étatique, ou même devant un arbitre, il serait difficile d'obtenir qu'une disposition supplétive des Principes l'emporte sur une disposition impérative du droit choisi par les parties.

Les dispositions impératives des Principes doivent-elles aussi céder devant les dispositions impératives contraires d'un droit national? La question peut paraître très théorique : le premier principe ainsi défendu par les Principes étant la bonne foi dans le commerce international<sup>14</sup>, on ne voit guère un droit national s'y opposant impérativement. Mais lorsque l'article 3.19 rend obligatoire l'essentiel des dispositions du chapitre 3 sur la validité du contrat, dont le dol et l'avantage excessif, il crée une possibilité de divergences avec des droits nationaux qui pourraient comporter des dispositions équivalentes, mais légèrement différentes dans leurs conditions de mise en œuvre ou dans leurs effets. Le juge ou l'arbitre doit alors choisir entre deux règles impératives. La solution

---

<sup>11</sup> *Id.*, p. 11.

<sup>12</sup> *Id.*

<sup>13</sup> Par exemple, dans la célèbre affaire *Québec Steamship*, Civ. 5 déc. 1910, *Bull. civ.*, n° 134.

<sup>14</sup> Principes d'UNIDROIT, précités, note 3, art. 1.7.

n'est pas évidente, même s'il semble probable que les Principes devront alors céder devant le droit applicable. Par contre, si le droit choisi ne comporte pas de règles impératives, celles des Principes devraient recevoir une pleine application, sous réserve de leur exclusion par les parties, comme nous le verrons plus loin<sup>15</sup>.

Tout en tenant compte de l'intervention possible des règles impératives, qu'il faut bien évaluer lors du choix du droit applicable, il reste qu'il faut désigner ce dernier en établissant clairement son caractère supplétif par rapport aux Principes. Cette hiérarchie doit apparaître expressément dans le texte de la disposition contractuelle.

Le même problème se pose dans la relation entre les Principes d'UNIDROIT et la *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, mais il peut susciter une approche différente.

#### **B. La relation entre la *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises* (CVIM) et les Principes d'UNIDROIT**

La *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises* est l'un des grands succès des efforts d'harmonisation du droit commercial international<sup>16</sup>, et l'un des points les plus importants de référence des Principes. Ceux-ci affichent même, dans leurs commentaires, la vocation d'être utilisés comme une expression des principes généraux dont cette Convention s'inspire et comme instrument de son interprétation<sup>17</sup>.

La version finale des Principes a été adoptée après la Convention de Vienne, et leur contenu comme leur rédaction ont été fortement marqués par celle-ci. Le champ d'application des Principes est plus large que celui de la Convention, mais dans leur sphère commune, les deux textes sont très convergents, sous réserve de quelques écarts soulignés en introduction par le Conseil de direction d'UNIDROIT<sup>18</sup>. Il faut souligner que ces différences sont assez importantes

---

<sup>15</sup> *Infra*, p. 579-581.

<sup>16</sup> Précitée, note 2. En juin 2001, il y avait cinquante-neuf États parties à cette convention adoptée à Vienne en 1980.

<sup>17</sup> Voir : Principes d'UNIDROIT, précités, note 3, Préambule, p. 5.

<sup>18</sup> *Id.*, p. ix.

pour que leurs effets ne soient pas négligeables. La plus visible me semble être le rôle bien différent de la bonne foi, idée fondamentale à la base des Principes, telle que mentionnée dans les commentaires de l'article 1.7, alors qu'elle est limitée à une règle d'interprétation à l'article 7 de la CVIM.

Il n'est donc pas inutile d'indiquer une hiérarchisation des textes lorsqu'on veut rendre aussi applicable la CVIM. On peut aussi commencer par se poser la question de l'utilité d'y référer lorsqu'on choisit les Principes, comme lorsqu'on a évalué la possibilité d'éliminer toute référence à un droit national.

### **1. L'élimination de la CVIM**

Cette hypothèse soulève beaucoup moins de difficultés de validité que celle de l'élimination du droit national. La Convention se présente d'emblée comme un texte de nature purement supplétive, que les parties peuvent entièrement ou partiellement exclure dans leur contrat, sous la seule réserve de l'exigence d'un écrit en cas de déclaration selon l'article 96<sup>19</sup>. Une désignation exclusive des Principes d'UNIDROIT peut donc avoir pour effet d'écarter la CVIM.

Il me semble cependant qu'il est nécessaire de le dire très clairement pour éviter que le silence à cet égard ne paraisse pas suffisant et entraîne un débat sur l'applicabilité de la CVIM en vertu de son article 1, paragraphe a) ou b), selon le cas. Comme toujours, il est important que la volonté soit exprimée de la manière la plus claire et que, si les parties veulent exclure le recours à la CVIM, elles l'indiquent expressément. En ce cas, le juge ou l'arbitre n'aura d'autre choix que d'appliquer uniquement les Principes, et le droit national applicable, au besoin. Il n'y a pas d'obstacle juridique à ce choix.

Pourtant, en pratique, cette option apparaît rarement. Cela tient certainement à plusieurs raisons, dont une plus grande familiarité avec la CVIM, connue et utilisée depuis un peu plus longtemps. C'est aussi un texte dont le statut juridique international est plus prestigieux et bénéficie d'un appui très large. Bref, il représente une telle pierre d'assise dans les relations commerciales internationales qu'on ne l'écarte pas facilement au profit d'un texte dont la nature est bien différente et qui n'a pas encore fait ses preuves.

---

<sup>19</sup> CVIM, précitée, note 2, art. 6.

De plus, le champ d'application plus large des Principes (tous les contrats commerciaux internationaux) par rapport à celui de la CVIM (seuls les contrats internationaux de vente de marchandises) explique le caractère souvent plus précis de la CVIM. Pour n'en donner qu'un exemple, il est difficile de trouver, dans les Principes, une disposition équivalente à l'article 42 de la CVIM sur les responsabilités du vendeur et de l'acheteur au regard de la propriété intellectuelle.

Alors, pourquoi se priver du bénéfice des règles de la CVIM? En pratique, les Principes jouent un rôle plus efficace en complément de la CVIM plutôt qu'en remplacement. Il reste alors à aménager les relations entre les deux textes.

## **2. La hiérarchisation entre les Principes et la CVIM**

Comme nous l'avons déjà noté, il existe des divergences de contenu entre la CVIM et les Principes, l'une des plus importantes étant le rôle différent accordé à la notion de bonne foi dans les deux textes. De plus les Principes traitent de questions ignorées par la CVIM, comme le *hardship*<sup>20</sup> ou les conditions de validité du contrat<sup>21</sup>.

Pour tout ce qui n'est traité que dans l'un des instruments et pas dans l'autre, l'application des deux textes ne pose pas de difficulté importante. Par contre, il faut bien donner préséance à l'un des textes en cas de divergence ouverte, comme c'est le cas, par exemple, du caractère déraisonnable de l'application d'un usage, qu'on peut invoquer dans les Principes<sup>22</sup> mais pas dans la CVIM, ou de l'exécution en nature, plus largement accessible dans les Principes<sup>23</sup> que dans la CVIM<sup>24</sup>.

Privilégier les Principes est techniquement tout à fait possible et ne pose pas de problème juridique particulier, puisque la CVIM prévoit que les parties peuvent écarter ou modifier toutes ses dispositions. À l'inverse, privilégier la CVIM ne crée pas plus de difficultés, les dispositions « impératives » des Principes n'entrant

---

<sup>20</sup> Principes d'UNIDROIT, précités, note 3, art. 6.2.

<sup>21</sup> *Id.*, c. 3.

<sup>22</sup> *Id.*, art. 1.8.

<sup>23</sup> *Id.*, art. 7.2.2.

<sup>24</sup> Précitée, note 2, art. 28.

pas en conflit direct avec celles de la CVIM. Elles visent avant tout à garantir le respect des exigences de la bonne foi, qui joue un rôle plus restreint dans la CVIM, mais celle-ci n'empêche nullement les parties de se lier de manière plus importante à cet égard.

Il faut noter aussi que l'impérativité des Principes ne peut être de la même nature que celle d'une règle juridique nationale ou internationale provenant d'un traité. En effet, la force obligatoire des Principes, lorsqu'ils sont choisis par les parties à un contrat, provient de leur volonté commune et, malgré la volonté contraire affichée par les Principes eux-mêmes, cette impérativité relative dépend aussi de cette volonté. C'est un point sur lequel nous reviendrons<sup>25</sup>.

Alors, ce sont des considérations de fond, de contenu, qui doivent guider le choix des parties. Le réflexe le plus habituel est de donner le premier rang à la CVIM. Cela tient certainement à son statut, ainsi qu'au souci de ne pas en compliquer l'application en la soumettant à l'influence dominante d'un autre texte qui risque d'entraîner des divergences d'interprétation par rapport à la jurisprudence existante. À l'inverse, les Principes ayant été conçus au regard de la CVIM, ils risquent moins de subir des effets imprévisibles quant à leur interprétation. Sécurité et prévisibilité juridiques conduisent à privilégier cet ordre.

Il faut bien reconnaître que cette hiérarchisation peut quand même introduire certaines difficultés de relations entre la logique des textes en cause. Celle qui m'apparaît le plus clairement est le rôle plus important donné à la bonne foi entre les parties pour les obligations implicites par exemple<sup>26</sup>. L'ajout des Principes à la CVIM entraîne nécessairement un accroissement du rôle de la bonne foi entre les parties qui ne sera pas toujours facile à concilier avec les dispositions de la CVIM, qui encadrent leurs obligations de manière plus précise.

### **C. Conclusion de la première partie**

La recherche d'un encadrement juridique plus adapté au commerce international et moins soumis à un droit national aboutit à la rédaction d'une clause de droit applicable un peu plus

---

<sup>25</sup> *Infra*, p. 579-581.

<sup>26</sup> Principes d'UNIDROIT, précités, note 3, art. 5.2.

complexe, qui identifie bien les règles applicables et leurs relations hiérarchiques pour l'interprétation du contrat. Un exemple intéressant à cet égard est celui du *Contrat-type de vente internationale de denrées périssables* adopté par le Centre du commerce international en 1999<sup>27</sup>. La clause pertinente est la clause 14, l'avant-dernière du contrat, suivie seulement par celle concernant l'arbitrage. Elle est rédigée ainsi :

*Pour toute matière non couverte par les clauses précédentes, ce contrat est régi dans l'ordre suivant, par :*

- *la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM)*
- *les Principes relatifs aux contrats du commerce international d'Unidroit (Principes Unidroit)*
- *et pour les matières non réglées par ces textes, le droit applicable en vigueur à \_\_\_\_\_.*

*À défaut d'autre choix, le droit applicable sera le droit en vigueur à l'établissement du Vendeur chargé de l'exécution de ce contrat.*

La hiérarchisation des textes est clairement indiquée : les clauses du contrat l'emportent sur les dispositions de la CVIM, qui l'emportent sur celles des Principes, qui écartent aussi celles du droit applicable. Une telle disposition devrait permettre une bonne prévisibilité quant à l'identification de la règle pertinente en cas de besoin, compte tenu des remarques faites précédemment. Les Principes y apparaissent entre la CVIM et le droit applicable, la position qui semble la plus logique.

La présence d'une référence aux Principes dans une clause de ce genre n'est pas sans effet sur le reste du contrat. La précaution indiquée donnant effet d'abord aux clauses du contrat et écartant les dispositions contraires de la CVIM et des Principes ne suffit pas à régler toutes les questions que l'incorporation des Principes peut soulever.

---

<sup>27</sup> CENTRE DU COMMERCE INTERNATIONAL, *La vente commerciale internationale de denrées périssables : contrat-type et guide de l'utilisateur*, Genève, Centre du commerce international CNUCED/OMC, 1999.



## **II. Effets du choix des Principes d'UNIDROIT sur les autres clauses**

En cas d'incompatibilité entre une disposition des Principes d'UNIDROIT et une clause du contrat, une rédaction telle que celle qui a été suggérée donne préséance au texte du contrat, ce qui est cohérent avec le respect de l'autonomie de la volonté. On pourrait donc penser que le recours supplétif aux Principes n'a pas d'effet majeur sur les autres clauses contractuelles. Ce serait une erreur. Certaines dispositions des Principes peuvent obliger à apporter des précisions supplémentaires dans le contrat ou à en modifier la rédaction. Il faut donc procéder à une relecture complète du contrat au regard de ceux-ci pour faire les ajustements nécessaires.

Pour les fins de cet exposé, je voudrais en donner seulement deux exemples, qui me paraissent pouvoir se présenter assez souvent.

### **A. La monnaie de paiement**

Les contrats ne sont pas toujours très précis dans la détermination de la monnaie de paiement. Le prix est bien exprimé dans une monnaie donnée, mais il n'est pas certain que cette monnaie de compte soit celle dans laquelle le paiement devra être fait. Parfois la monnaie de paiement sera déterminée, parfois non. Lorsque l'intention des parties n'est pas claire, il faut chercher la solution dans les textes supplétifs. La CVIM est silencieuse sur ce point.

Les Principes ont une disposition qui traite de la question : l'article 6.1.9. Il offre une option à l'acheteur : payer dans la monnaie de compte ou dans la monnaie du lieu de paiement. Et ce lieu de paiement, lorsqu'il n'est pas précisé dans le contrat, est au « lieu de l'établissement du créancier »<sup>28</sup>. Ainsi, dans un contrat de vente d'une entreprise canadienne à un acheteur américain, celui-ci pourra payer en dollars canadiens, même si le prix était fixé en dollars américains, selon le taux de change fixé à l'échéance. Si l'entreprise canadienne veut percevoir des dollars américains, pour couvrir des paiements aux Etats-Unis par exemple, et éviter des frais de conversion, elle aura donc une mauvaise surprise. Le choix de la partie américaine dans ce cas peut provenir, à l'inverse, d'une

---

<sup>28</sup> Principes d'UNIDROIT, précités, note 3, art. 6.1.6.

disponibilité de fonds canadiens au bon moment, ce qui lui permet aussi d'éviter ces frais de conversion.

Dans d'autres circonstances, le résultat pourrait être encore plus surprenant, lorsqu'une des motivations importantes du vendeur est l'obtention de devises étrangères et qu'il obtient une somme dans sa monnaie nationale. Il y a une condition cependant à respecter : il faut que cette monnaie soit « librement convertible ». Cela exclut les monnaies non convertibles et devrait aussi exclure les monnaies convertibles mais soumises à des mesures de protection de change. Les critères de cette exigence de liberté de convertibilité restent à être précisés par la jurisprudence.

Le vendeur doit donc porter une attention particulière à la désignation de la monnaie de paiement et bien préciser la devise qui devra être utilisée conformément à l'article 6.1.9(1)b), s'il accorde de l'importance à ce point.

Cet exemple illustre bien que le silence des parties dans le contrat peut avoir des effets différents du fait de l'intervention des Principes, et qu'il est donc nécessaire d'analyser le contenu du contrat au regard de l'ensemble des Principes pour éviter des surprises de ce type.

Le deuxième exemple soulève des difficultés un peu plus complexes.

## **B. Le déséquilibre des prestations**

La référence aux Principes a pour effet d'ajouter une clause de *hardship* au contrat<sup>29</sup>, une mesure ignorée dans la CVIM. Cette clause de principe peut être utilement remplacée par une disposition plus précise dans le contrat. Il s'agit cependant d'une mesure d'un type assez bien connu par les praticiens du commerce international et dont l'aménagement concret peut être fait sans trop de difficultés juridiques. Son objectif est de permettre l'adaptation du contrat à des changements importants de circonstances, adaptation forcée en cas de besoin<sup>30</sup>, « en vue de rétablir l'équilibre

---

<sup>29</sup> *Id.*, art. 6.2.

<sup>30</sup> *Id.*, art. 6.2.3(4)b).

des prestations ». Il est cependant important que les parties évaluent bien l'impact de cette disposition et de la possibilité de résiliation qu'elle comporte.

Cette notion d'équilibre des prestations apparaît aussi dans les conditions de validité du contrat, à l'article 3.10 intitulé « avantages excessifs ». C'est une forme de lésion comme cause de nullité des contrats commerciaux. Un « avantage excessif » accordé par le contrat ou l'une de ses clauses à une partie peut entraîner l'annulation du contrat, ou de la clause, ou son adaptation pour le rendre « conforme aux exigences de la bonne foi en matière commerciale ».

Cette règle est moins répandue dans les droits nationaux. Certains ont des notions qui s'en rapprochent, comme l'*unconscionability* en common law, mais d'autres l'ignorent, comme le droit québécois, par exemple.

Cette disposition risque de donner lieu à des contestations que les parties voudraient pouvoir éliminer lors de la conclusion du contrat. Il suffirait alors d'enlever explicitement cet article 3.10 lors de la rédaction de la clause de renvoi aux Principes, ce que j'ai déjà vu dans certains contrats. Il serait aussi possible d'en modifier les termes, ou d'ajouter une clause par laquelle les parties déclarent être satisfaites des dispositions de leur contrat et renoncer explicitement à tout recours fondé sur cet article. Le dépeçage proposé par Élise Charpentier offre une voie encore plus élaborée dans cette perspective<sup>31</sup>.

Mais cet article 3.10 est l'un des articles « impératifs » des Principes, selon leur article 3.19. Cela oblige à une réflexion sur la nature de cette impérativité<sup>32</sup>.

Les Principes veulent interdire aux parties de modifier certaines dispositions, jugées fondamentales, liées au principe de bonne foi. Cependant, la force obligatoire des Principes vient de la volonté des parties à un contrat. Comment pourraient-elles ne pas en modifier

---

<sup>31</sup> Voir l'article d'Élise Charpentier, dans la présente revue : ÉLISE CHARPENTIER, « L'émergence d'un ordre public... privé : une présentation des Principes d'UNIDROIT », (2002) 36 *R.J.T.* 355.

<sup>32</sup> *Id.*; voir aussi : Catherine KESSEDJIAN, « Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international : les Principes proposés par l'UNIDROIT », *R.C.D.I.P.* 1995.641; Andrea GIARDINA, « Les Principes UNIDROIT sur les contrats internationaux », *J.D.I.* 1995.547.

le contenu pour les adapter à leurs besoins? Autrement dit, quelle peut être la sanction de cette impérativité?

Faut-il ignorer la volonté contraire des parties et leur appliquer l'article 3.10 (et l'article 3.19) malgré leur choix explicite lors de la conclusion du contrat? Le fondement juridique de cette solution n'est pas évident. Lorsqu'une disposition impérative de la loi d'un État écarte une clause contractuelle, sa supériorité juridique vient de l'*imperium* du droit de cet État. Le rattachement peut être lui-même impératif, comme le sont les lois d'application nécessaire, et la volonté des parties est exclue du processus qui mène à l'application de la norme en question.

Lorsque la règle impérative est issue d'un droit choisi par les parties, le droit québécois annule le choix fait pour essayer de maintenir la volonté exprimée par les parties, et met alors en œuvre les facteurs de rattachement supplétifs<sup>33</sup>. De la même manière, faudrait-il exclure totalement le recours aux Principes en cas de non-respect de l'article 3.10? Cela semble excessif et ne pas assez prendre en compte la volonté des parties.

Est-ce que cette impérativité est la manifestation d'un ordre public international dont les rédacteurs des Principes seraient seulement les interprètes? Sur le principe de bonne foi, cela semble possible, mais sur l'article 3.10, cela soulève plus d'interrogations. Comment ériger en principe universel une règle inconnue dans certains droits nationaux? Or, si cette impérativité ne peut trouver un tel fondement, au nom de quelle autorité les rédacteurs des Principes peuvent-ils essayer de l'imposer aux parties?

Voilà quelques-unes des questions soulevées par cette disposition auxquelles il faudra répondre au cours des prochaines années.

Il me semble qu'il faudrait alors bien distinguer entre deux situations<sup>34</sup> : lorsque les Principes sont appliqués comme l'expression d'un droit mercatique mondial, de la *lex mercatoria*, donc d'un ordre juridique transnational, ils pourraient comporter des règles

---

<sup>33</sup> Art. 3112 C.c.Q.

<sup>34</sup> Cette distinction est faite aussi clairement dans les Commentaires du Préambule, entre une application selon le choix exprès des parties et celle en tant que *lex mercatoria* : Principes d'UNIDROIT, précités, note 3, p. 3 et 4.

impératives provenant de cet ordre<sup>35</sup>, mais lorsque les Principes sont désignés pour une incorporation par référence au contrat qui est soumis, par ailleurs, à un droit national, ils ne peuvent prétendre à quelque forme d'impérativité à l'égard de la volonté des parties, qui est leur source d'autorité juridique. Comme c'est le cadre dans lequel j'ai placé les choix à faire dans la rédaction des contrats, je considère que les Principes n'ont alors pas de dispositions impératives et que les parties peuvent écarter expressément l'article 3.10, quoi qu'en dise l'article 3.19.

Il ne faut cependant pas exagérer l'importance de cette difficulté. Les exigences de l'article 3.10 des Principes ne devraient pas permettre un recours fréquent à cette disposition dans le cours normal des affaires en raison des conditions posées pour que l'avantage soit à la fois excessif et injustifié.

\*  
\* \*

L'existence de règles internationales spécifiquement conçues pour les activités commerciales transfrontières est un atout majeur pour faciliter la négociation des clauses de choix de droit, en permettant aux parties de s'entendre sur des textes à la fois neutres par rapport aux droits nationaux et mieux adaptés à leurs besoins. Leur usage va se répandre et les conseillers juridiques doivent s'y préparer.

Incorporer les Principes d'UNIDROIT dans une clause de droit applicable entre la CVIM et un droit national est le choix à privilégier si l'on veut restreindre le plus possible l'impact des droits nationaux tout en conservant un cadre juridique doté d'une prévisibilité élevée. Il faut alors le faire d'une manière qui établisse le plus clairement possible la hiérarchie des textes.

Lorsque cela est fait, il ne faut pas négliger de vérifier l'impact concret des Principes sur les obligations réciproques des parties au contrat, et s'assurer que les précisions supplémentaires qui pourraient être nécessaires seront apportées au texte du contrat.

---

<sup>35</sup> C'est l'objet principal de l'article d'Élise CHARPENTIER, *loc. cit.*, note 31.

Dans ces conditions, le recours aux Principes d'UNIDROIT dans un contrat international est une option utile, rentable et efficace. Cela constitue un véritable progrès pour la sécurité juridique des parties à un contrat international.