



UNIDROIT 1979
Study L - Doc. 16
(Original: English)

U n i d r o i t

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW

PROGRESSIVE CODIFICATION OF INTERNATIONAL TRADE LAW

R E P O R T

on the 1st Session of the Study Group on the
progressive codification of international trade law

Rome, 10 - 14 September 1979

(prepared by the Secretariat of UNIDROIT)

Rome, November 1979

1. Pursuant to the decision taken by the Governing Council at its 57th session, the President of the Institute set up an enlarged Study Group on the progressive codification of international trade law. An invitation to participate in its first session was sent out to all those who had actively cooperated in the work so far undertaken by the Institute in this field by replying to the various questionnaires sent out by the Secretariat and by submitting observations and comments.

2. The Study Group met for its first session at the headquarters of UNIDROIT from 10 - 14 September 1979 under the chairmanship of Professor René DAVID. The following persons attended the session: Professor J. BARRERA GRAF (Professor of Commercial Law in the University of Mexico, Member of the Governing Council of UNIDROIT); Mr E. BERGSTEN (Senior Legal Adviser, United Nations Commission on International Trade Law); Mr G. BERLIOZ (Avocat à la Cour, Chargé d'enseignement à l'Université de droit de Paris); Professor F. BYDLINSKY (Professor an der Universität Wien); Professor U. DROBNIG (Directeur associé du Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht); Mr G. DROZ (Secrétaire Général de la Conférence de La Haye de droit international privé); Professeur M. FONTAINE (Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Louvain, Directeur du Centre de Droit des Obligations); Professor L. HJERNER (Professor of International Law, University of Stockholm); Professor L. KOPAC (Deputy Director of the Legal Section of the Federal Ministry of Foreign Trade, Prague); Professor O. LANDO (Professor of Comparative Law, Copenhagen School of Economics); Professor H.G. LESER (Marburg University, Director of the Institut für Rechtsvergleichung); Professor D. MASKOW (Deputy Director of the Institute of Foreign and Comparative Law of the Academy of Political and Legal Sciences of the GDR, Potsdam); Mrs T. OYEKUNLE (Assistant Director, International and Comparative Law Division, Federal Ministry of Justice, Lagos); Professor T. POPESCU (Professeur de droit du commerce international et de droit international privé à l'Université de Bucarest, Membre du Conseil de Direction d'UNIDROIT); Professor J. RAJSKI (Professor of Comparative Civil Law, Director of the Institute of Civil Law, Faculty of Law and Administration, Warsaw University); Mr W. REISHOFER (Head of Section in the Austrian Ministry of Justice, Federal Ministry of Justice); Professor C. SCHMITTHOFF (Professor of Law); Professor T.B. SMITH (Scottish Law Commission); Professor J. VILUS (Professor of Law, Novi Sad, Institute of Comparative Law, Belgrade).

3. The session was opened by an introductory speech by the President of UNIDROIT in which he briefly recalled the origins of the ambitious programme of the progressive codification of the law of international trade undertaken by the Institute, and the various stages of the work already carried out by the Secretariat with the assistance, and under the direction, of a Steering Committee composed of Professors DAVID, POPESCU and SCHMITTHOFF.

He suggested that this first session of the Group should be devoted first of all to the examination of the draft of the first two chapters of the future "Code", relating respectively to the formation and to the interpretation of international commercial contracts in general, which, together with an explanatory report, had already been adopted by the Steering Committee. Furthermore, the Group should give its opinion as to the order of the other chapters of the general part of the "Code" as envisaged by the Steering Committee.

4. In accordance with these suggestions, the Group started with the examination of the two above-mentioned drafts. Before beginning the discussion on the single articles, all the members of the Group emphasized the great importance and interest of the UNIDROIT idea of elaborating uniform rules on international contracts in general. The question was discussed as to whether one could think, at least at the present stage, of the possibility of having those rules adopted by means of an international Convention; almost all the members of the Group considered in this respect that even if this were not the case, the initiative would still be of the greatest value. Indeed, besides the scientific interest of such rules, they could also from a practical point of view serve the extremely important purpose of providing a kind of ratio scripta of a legal order, which, having been elaborated by an international independent Organisation, could govern international trade transactions either because the parties themselves referred to them as the applicable law or because of their recognition by arbitration practice. In addition, state courts also more and more needed guidelines as to the general concepts and principles on the basis of which they could interpret and supplement existing international conventions dealing only with specific aspects of international trade contracts.

5. The Group then proceeded to a detailed discussion of the substance of the two drafts on formation and interpretation of contracts in general.

With respect to the former, attention was first of all concentrated on the basic philosophy underlying the draft. Several speakers pointed out that in modern trade practice the idea of a contract being concluded through the exchange of an offer and an acceptance reflects only one of the possible situations. In particular, where the transactions are stipulated inter praesentes it frequently happens that the parties draft and sign together a document containing the terms of the contract after lengthy and rather informal negotiations around a table. But also in transactions inter absentes, especially where an important transaction is concerned, it may happen that the parties, instead of limiting themselves to mere declarations of offer and acceptance, reach agreement only after prolonged correspondence consisting in the exchange of various kinds of statements (invitations to treat, requests for clarification, letters of intent etc.). In such cases,

it becomes difficult, if not impossible, to identify what exactly constitutes the offer and the acceptance and to determine the precise moment when the contract is to be deemed to have been concluded. Furthermore, negotiations do not always lead to a positive result and in any case the parties may even during that period be bound by rules of procedure, such as the observance of time limits, who is to bear the expenses, non-disclosure of confidential information etc. While fully agreeing with this analysis of the various factual situations which might occur in practice, the majority of the Group nevertheless expressed the opinion that the classical scheme of conclusion of contracts on which the draft was based still remained valid in respect of the above-mentioned cases, it being a general principle that a contract is the result of an agreement reached between the parties. This did not, of course, mean that in addition to the existing provisions, the draft should not contain specific rules covering in particular the non-disclosure of confidential information obtained during the negotiations, and the determination of the exact moment of the conclusion of the contract. With respect to the relevance of the negotiations which had taken place between the parties before final agreement was reached, it was stressed that Article 2 paragraph 2 of the draft already made an express reference to "the preliminary negotiations" for interpreting and supplementing the terms of the offer made by one party to the other and which, once accepted, will become the terms of the contract. On the other hand, this provision did not prevent the parties from stipulating, as in practice they may sometimes consider it desirable to do, that only the text of the signed document and no other previous communications between them shall have binding force.

6. With a view to expressing in a precise draft the outcome of this general discussion, it was suggested that a new article of a general character be placed at the beginning of the "Code". Following the example of analogous provisions contained in some of the most recent instruments dealing with international trade law (such as the Czechoslovakian International Trade Code, the International Commercial Contracts Act of the German Democratic Republic and the Uniform Commercial Code), this article would be intended to lay down a general obligation of good faith so as to cover not only the formation of the contract, but also its interpretation and performance. In this connection, the question was raised whether special reference to culpa in contrahendo should not also be made, for instance, by making provision for a rule similar to that contained in Article 34 of the Law of the German Democratic Republic. ("Where in the course of the preliminary negotiations or formation of a contract any party break the duty to take the customary degree of care the other party is entitled to claim compensation for his expenses"). Another proposal which met with general agreement was to deal expressly with the problem of confidential information obtained in the course of negotiations, e.g. by stating that

"if information was declared as confidential and no contract arises, then the other party shall not disclose such information and, if he does, be liable for damages". Finally, it was also suggested that a rule be included at the beginning of the draft on formation determining the exact stage at which a contract is deemed to be concluded. In this respect, reference was made to Article 30 of the Law of the German Democratic Republic and it was proposed that the new article could be formulated in the sense that a contract is concluded if the parties have agreed upon all the points upon which, according to the intention expressed by one of them, agreement was to be reached.

7. With respect to the principle laid down in Article 1, according to which there shall be no requirements as to form for the conclusion of contracts unless the law or the parties otherwise provide, discussion centred first of all on the exact meaning of the reference to "the law" contained in the draft. In this regard it was pointed out that if it meant only the "Code" itself, then such a limitation could only be understood once the exact legal nature of the "Code" had been defined. If, on the contrary, it was intended to refer also to the various municipal laws, it was suggested that the draft should perhaps indicate the criteria to be followed in the determination of the applicable law in individual cases. The majority of the Group felt however that it would be too difficult to try and reach agreement on this point within the framework of the "Code", as the connecting factors might vary not only from one State to another but also from one type of contract to another. Furthermore, in that case, the problem would still remain of the extent to which municipal rules governing formal requirements for various types of contracts ought to be taken into account: some of them are, indeed, expressly limited to consumer transactions whereas others, though of mandatory character for all kinds of domestic transactions, are not necessarily intended to apply also with regard to contracts of a truly international nature.

As to the possibility for the parties themselves to stipulate a particular requirement as to form, it was generally felt that it would be desirable to include an express provision to this effect. In this respect, some speakers suggested that it should be sufficient even if only one of the parties required that the contract should be concluded in a particular form. The general opinion on this matter was however that if such a rule were to be adopted, then it should at least make it clear that the party has to declare this intention to the other from the outset of the negotiations.

Another question which was raised concerned the desirability of the draft's providing a definition of what exactly should be meant by "written form" if required by the "law" or the parties themselves. A basis for such a definition could perhaps be found in some of the recent international Conventions relating to jurisdiction or arbitration clauses.

8. As far as the definition of the "offer", provided in Article 2, paragraph 1 was concerned, several members of the Group pointed out that the present text, which was taken almost literally from the 1964 Uniform Law on the formation of international sales contracts, had in the meantime been modified in the framework of UNCITRAL. It was therefore suggested that the text be drafted in the light of these amendments, at least insofar as they constituted real improvements. The new paragraph should read as follows: "I. A proposal for concluding a contract addressed to one or more specific persons constitutes an offer if it is sufficiently definite to permit the conclusion of the contract by acceptance and admits the inference that the offeror intends to be bound in the case of acceptance."

The question was raised whether the draft itself should not provide some indication of what are the elements that the offer should contain in order to fulfil the requirement of being "sufficiently definite". In this respect, it was however recalled that it had already been decided to insert a new article in the draft in order to state expressly that it is necessary, for the conclusion of a contract, that the parties have reached an agreement on all the points upon which, according to the intention expressed by one of the parties, agreement was to be reached.

Two kinds of objection were raised to the rule laid down in Article 2 paragraph 2, according to which an offer may be interpreted by reference to, and supplemented by, the preliminary negotiations, any course of dealing which the parties have established between themselves and usage. The first was related to the frequent use, in Common Law countries, of a clause by which the parties declare that previous negotiations between them should not be taken into consideration when interpreting their final agreement. For that reason, it was argued, it should be made clear in the draft that the rule now contained in paragraph 2 will apply only in the absence of a contrary stipulation by the parties. The second objection was of a more general character in the sense that the proposal was made to delete the whole paragraph and to redraft Article 16 so as to make it clear that the rules of interpretation provided therein for contracts as such will apply also to the interpretation of a single offer.

As to paragraph 3, dealing with the problem of so-called offers to the public, the fact was mentioned that some municipal laws adopt quite the opposite solution on this point, that is to say that offers to the public must in principle be considered as real offers and that only in exceptional cases may one speak of mere invitations to make offers. Such a solution would also appear to be preferable at international level, bearing in mind the difficulties which may arise in practice in distinguishing between the case of a proposal to conclude a contract addressed to a large number of "specific persons" and that of the same proposal addressed to "the public". In rejecting this view, other members of the Group considered that the draft should also deal with some other aspects of the problem, such as the modes of acceptance of offers to the public and whether, and within what time-limit, they may be revoked etc.

9. A particularly detailed discussion took place of the problems dealt with in Articles 3 and 4. There was general agreement that the draft should make provision for the case - especially frequent in, although not limited to, so-called long term transactions - where the parties, when concluding the contract, leave one or more of its terms open and in fact refer for the determination of the outstanding terms to an agreement to be made by them at a later stage or to a third person.

Some members of the Group declared that in principle the solution set out by the aforesaid article of the draft was acceptable subject to some minor amendments. Thus, in order to make clear that the problem envisaged is that of terms deliberately left open by the parties and not that of gaps in general, it was suggested inserting the word "expressly" before "left by the parties" in Article 3. Even more important, it was stressed that the solution provided for in Articles 3 and 4 in their present version should be limited to those cases where the terms to be agreed upon by the parties at a later stage or to be determined by a third party designated by them are essential terms of the contract in question. Finally, as far as the intervention of the third party is concerned, the point was raised as to whether one should not admit the possibility of the parties conferring on one of themselves the task of determining the missing term in the event of their not reaching agreement.

However there were also those who strongly opposed the provisions contained in Articles 3 and 4. In particular, the rule provided for in Article 3 was held to be unacceptable on account of the fact that in international trade practice cases very frequently occur where the parties, although not reaching agreement on the missing terms, nor having provided in what other way they shall be determined, still consider their contract as binding or at least could for technical reasons never accept the idea that it should be declared null and void from the very outset.

The example was given of a building contract in which the expenses have not been calculated in advance and the parties fail to reach agreement when the work is already at an advanced stage. For that reason, it was suggested that in Article 3 a new provision should be added according to which, at least where the parties intend to be bound by the contract, the missing terms should be determined (failing an agreement between the parties themselves) by means of unilateral recourse to a court. In this respect, it was however recognised that at least according to some national legal systems, the judge is not entitled to intervene in order to make in whole or in part the contract for the parties. In addition, such a task would sometimes in any event be very difficult for the judge, for instance where the determination of the missing terms would require a complex evaluation of technical questions. A proposal was therefore made to provide in such cases for recourse to a private person to be appointed according to the UNCITRAL rules on arbitration or the ICC rules on the regulation of contractual relations. In this connection the objection was however raised that such a solution, while acceptable in the event of the "Code" being applicable only on the basis of a contractual agreement, would seem less suitable if the "Code" were on the contrary to be of a legislative nature, bearing in mind the difficulty of an arbitration clause imposed on the parties by law.

At the end of the discussion, the Group was unable to reach a final conclusion on the various issues which had been raised. Given the importance of the problem involved, the steering Committee was asked to reconsider the whole matter and to prepare a new draft of Articles 3 and 4. In this connection, it was also pointed out that for systematic reasons the new provisions should be placed elsewhere in the draft, preferably after the articles dealing with offer and acceptance.

With respect to the analogous problems which may arise in connection with the revision of the contract and which are at present dealt with in Article 4, paragraph 3, the Group decided to postpone detailed discussion to a later stage, more precisely in the framework of the chapter of the "Code" relating to the terms of the contract.

10. Another provision upon which attention was particularly concentrated was that contained in Article 8. This article deals with two situations which are encountered fairly often in international trade practice. The first is where a contract has already been made either orally or by informal correspondence and one party sends to the other a document ("letter of confirmation"), the purpose of which is simply to confirm what

has already been agreed upon, but which may sometimes also contain terms or conditions as yet not discussed between the parties; the other situation is one in which one party, after the conclusion of a contract, sends to the other an invoice or other document relating to performance, but which also contains terms that add to or vary those of the original contract. In both cases, the question arises whether or not such additional or varying terms unilaterally proposed by one party after the conclusion of the contract are binding on the other if the latter does not expressly object to them once he has been given notice thereof.

The solution provided for in the draft met with considerable criticism from some members of the Group. Thus, attention was drawn to the fact that in practice it will often be very difficult if not impossible to distinguish between the case envisaged in Article 8 and that to which paragraph 2 of Article 7 refers. In other words, it is known how difficult it is in the case of oral negotiations to establish the precise moment when a contract comes into being; consequently it is not always clear whether a document of the aforesaid nature sent at a moment in time by one party to the other merely constitutes a confirmation of a contract which has already been concluded or instead is to be considered as a specification of the conditions under which the same party intends to accept the offer made by the other. As the draft at present provides for different solutions in these two situations, it was considered necessary to align the provisions of Article 8 and Article 7 paragraph 2 so as to prevent a party from relying on one or the other provision according to his convenience in a given case. In this respect, a proposal was made to add in Article 8, paragraph 1 the words "... or they do not materially alter the terms of the contract". On the other hand, some members of the Group considered that the rule at present contained in Article 8 according to which the additional or varying terms inserted in a document sent after the conclusion of the contract are in principle not binding on account of the mere silence of the addressee could hardly be accepted in those cases - quite frequent in particular trade branches or on specific markets - where the sending of a letter of confirmation by one party after the conclusion of a contract made by telephone or telex constitutes the rule so that the other party must expect, and will normally accept, additional or even varying terms being included in the said document. In any event, as far as the present text of Article 8 is concerned, it was suggested widening the exceptions contained therein to cover cases where the additional or varying terms are in accordance "with usages which reasonable persons in the same situation as the parties usually consider to be applicable"; it was suggested that in this way a discrepancy would be avoided between Article 8 and Article 16. Particular attention was furthermore

paid to the relationship between the rule laid down in Article 8 and that in Article 21 dealing with the incorporation in a given contract of general conditions. As a matter of fact, in practice, the most frequent case of additional or varying terms included in a letter of confirmation is that such terms form part of general conditions to which the sender of the document for the first time makes an express reference. The problem then arises whether the effectiveness of these terms will be determined according to the rule laid down in Article 8 or on the basis of the criteria provided in Article 21. On the assumption that the respective provisions are not entirely in conformity with each other, a request was made that the draft should state clearly which of the two takes precedence over the other.

11. The Group then proceeded to an exhaustive discussion of Articles 20 and 22 dealing with the problem of the relevance of general conditions.

There was general agreement as to the advisability of changing the present position of both articles: indeed it was considered that the problem of the criteria on the basis of which the incorporation of general conditions in single contracts is to be determined, though having some connection with the interpretation of contracts, is nevertheless concerned mainly with the mechanism of their formation and should therefore be dealt with in the first chapter of the proposed "Code" (1).

As to the content of the two articles, while Article 22 dealing with the so-called "surprising clauses" possibly contained in general conditions was unanimously felt to be satisfactory, Article 21 met with considerable criticism.

With regard to the general rule laid down in Article 21, paragraph 1, doubts were first of all expressed as to the exact meaning of the requirement of the "reference" which the party who intends to rely on the general conditions has to make to them in order to render them applicable to the single contract. In particular, the question was raised whether, in order to fulfil this requirement, it could be considered sufficient that a party refer somewhere in his declaration of offer or acceptance to the existence of his own general conditions or whether it should not be necessary for him to provide the other party also with the possibility of effectively knowing their contents, for instance by including a copy of the same. In any case, it was agreed that it should be clarified in the text that the reference to general conditions is to be made expressly.

(1) However, as the mechanism of the incorporation of general conditions in a given contract differs to a certain extent from the normal way in which the other provisions of the same contract have to be agreed by the parties, the articles in question should be placed immediately after those dealing with offer and acceptance and, in order to make clear their exceptional character, they should be introduced by the formula "notwithstanding the previous provisions on offer and acceptance...".

Although it was generally admitted that for certain kinds of general conditions a more "liberal" attitude as to their relevance to the single contract would be justified, several members of the Group objected to the rule at present provided for in Article 21, paragraph 2. Thus, with respect to the kinds of general conditions envisaged there, it was considered that the reference to general conditions "in common usage in the particular trade with which the contract is connected" was too vague and should therefore be modified in order to make it clear that it was meant only to refer to those general conditions use of which is common in the countries of each of the parties. This would avoid the risk of parties from developing countries being bound by general conditions which, though "in common usage in the particular trade with which the contract is connected", are not sufficiently known in their countries. While admitting that general conditions of the kind envisaged in the paragraph under discussion should be relevant even in the absence of acceptance by the adhering party, the majority of the Group nevertheless insisted on the necessity that such general conditions be in any case referred to by the other party and that the adhering party know or at least ought to have known their content.

Many members of the Group expressed strong criticism of the provision contained in Article 21, paragraph 3. According to its present wording, it seems to cover also the case, quite frequent in international trade practice, where the offeree (normally the seller) declares in his acceptance that he intends to accept the offer on the basis of his own general conditions attached to his declaration, and the offeror remains silent. In this respect, it was recalled that not only in practice but also according to many national jurisdictions, the contract is in such cases deemed to be concluded on the basis of the offeree's general conditions. This result would be excluded by the present paragraph 3 of Article 21 and it was therefore suggested redrafting the provision in order to adapt it to what would be expected in practice. As to the argument that Article 21, paragraph 3 would in this way derogate from the general rule relating to cases of a so-called qualified or modified acceptance laid down in Article 7, paragraph 2, it was pointed out that also in its present form the provision leads to a result which is in contradiction with the said rule. Other members of the Group felt however that the factual situation contemplated in Article 21, paragraph 3 is quite different: the provision was intended rather to apply only in cases of a so-called "battle of forms", that is to say where both parties, when making their offer or their acceptance, refer to their own general conditions and therefore cannot reach agreement as to the applicability of either of them, but nevertheless intend to be bound by the contract, as is shown by the fact that neither party expressly declares that he will

consider the application of his own conditions as indispensable for his being bound by the contract. It is true that Article 21, paragraph 3 provides a solution for this particular case which derogates from the general rules laid down in Article 7, paragraph 2. This seems however justified by the practical need to save the contract, provided that the parties have reached agreement on its essential elements. In order to avoid misunderstanding, the same members of the Group suggested changing the present wording of paragraph 3 of Article 21 so as to clarify that its field of application is restricted to cases of a genuine "battle of forms".

12. The remaining part of the session was devoted to the problem of interpretation.

As to the usefulness of providing in the "Code" a set of provisions on some of the most important criteria to be followed in the interpretation of contracts, it was generally considered that such usefulness was clearly shown by the fact that in this field the different national legal systems sometimes adopt quite different solutions. The question was however raised whether these divergences really depend on different legal principles and criteria or whether they only reflect individual differences in sentiment and political outlook on the part of those called upon to interpret specific contracts. As a matter of fact, some judges tend to be more pragmatic and less "semantic" than others and might therefore be guided more by their notions of justice and equity. Such differences, however, might also occur within the same country and it would not be easy to eliminate them by means of a law. Against the enactment of detailed rules on interpretation, it might also be argued that it is impossible to create a hierarchy of them. Looking at the present draft, one might thus ask whether Article 14 which provides for interpretation "in accordance with good faith and the principles of fair dealing", is a paramount clause. Does it have priority over the actual common intent of the parties mentioned in Article 15, paragraph 1, when the intent is not in accordance with the principles of fair dealing? Does it override the in dubio contra proferentem rule in Article 24 so that a fair and reasonable outcome is to be preferred even if this would be pro proferentem? Though acknowledging the force of these arguments, the Group was however of the opinion that the draft chapter on interpretation served a very useful purpose and should, therefore, subject to some minor alterations, be maintained.

13. With respect to the specific provisions it was unanimously agreed that the principles of good faith and fair dealing are of outstanding importance in the interpretation of contracts and should therefore be laid down expressly. However, taking into account its previous decision to put at the very beginning of the "Code" a general provision dealing with the duty of observing good faith in international relations, the Group decided to delete in the chapter on interpretation the corresponding provision contained in Article 14.

14. Various opinions were expressed with reference to Article 15. In particular, as far as concerns paragraph 2, according to which if in a given case the actual common intention of the parties cannot be established, the contract shall be interpreted in accordance with the intention which contracting parties, placed in the same circumstances, at the time the contract was concluded, would normally have had, it was felt that such a formula reflects too subjectivistic a standard of interpretation and in any way appears to be rather artificial. It was therefore suggested that the paragraph should be redrafted in the following way: "2. If the common intention of the parties cannot be established, the contract shall be interpreted according to the meaning given to it in the respective trade sector or, in the absence of such, according to the ordinary meaning".

Another suggestion put forward was to add to the present wording of paragraph 1 "... and the purpose of the contract", in order to make it clear that the interpretation should as far as possible endeavour to go beyond the literal meaning of the words and concentrate on the economic purpose of the transaction. In this respect, it was however argued that such a criterion might open the way to uncertainties as the purpose which each of the parties attached to their contract very often differs considerably.

15. With respect to the provision contained in Article 24 according to which contract terms proposed by one of the parties shall, in the event of ambiguity, be interpreted in favour of the other party, the opinion was expressed that its formulation should be modified in order to restrict the contra proferentem rule to terms included in general conditions and standard forms of contract only. After all, it was argued, with respect to individual terms or clauses it would often be very difficult in practice to determine which of the parties had actually "proposed" them. In this regard, other members of the Group however pointed out that as long as the author of a given contractual term cannot be identified, the problem of the contra proferentem rule does not even arise; such a rule should however remain applicable to all other cases independently of whether the unilaterally proposed contractual term is or is not included in general conditions.

16. As to its future work, the Group asked the Secretariat to prepare as soon as possible a Report on the proceedings of this first session and to revise, under the direction of the steering Committee, the present text of the two drafts in the light of the proposals for amendment and of the new suggestions made. Attention was drawn to the fact that some of the provisions contained in the first chapter concerning the formation of contracts in general deal with the same problems contemplated by the UNCITRAL draft Convention on international sale. With respect to those provisions, it was generally felt desirable to wait until the outcome of the Vienna Conference of March 1980 in order to avoid, as far as possible, discrepancies between the two texts which were not justified by their different scope. The Group also agreed that it was opportune to deal in the next chapter of the "Code" with the problem of validity of contracts in General. In this respect it was considered that the work carried out by the Institute in this field in the past could serve as a starting point and that in the future draft, specific rules on the validity of general conditions and standard forms of contracts should be added. As to the proposed chapters on performance and non-performance of contracts, it was stressed that these topics, because of their extreme complexity, would need particularly careful preparatory work. Some of the members of the Group stated that they had in this connection already personally or within their Institutes, undertaken comparative studies and that they were therefore in a position to participate actively in the future work of UNIDROIT. This would then not only permit the work to be speeded up but also confer on the whole programme for the progressive codification of international trade law the character of a truly world-wide initiative with which, under the auspices of UNIDROIT, representatives of all the political and legal systems would be directly associated. On the basis of these statements, the Group decided to ask the President of UNIDROIT to set up special sub-committees for the preparation of the future chapter on performance and non-performance of contracts with which all the interested institutions, such as the Centre de droit des obligations de Louvain, the Institute for Comparative Civil Law of the University of Warsaw, the Institute of European Market Law at the Copenhagen School of Economics, the Institut für Rechtsvergleichung of Potsdam-Babelsberg and the Max-Planck Institute of Hamburg would be associated. It was also hoped that comparable institutions from the Common Law systems and the developing countries could adhere to this programme.



UNIDROIT 1979
Etude L - Doc. 16
(Original: anglais)

U n i d r o i t

INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVE

CODIFICATION PROGRESSIVE DU DROIT DU COMMERCE INTERNATIONAL

R A P P O R T

sur la 1^{ère} session du Comité d'étude sur la
codification progressive du droit du commerce international

Rome, 10 - 14 septembre 1979

(préparé par le Secrétariat d'UNIDROIT)

Rome, novembre 1979

1. Faisant suite à la décision prise par le Conseil de Direction à sa 57^e session, le Président de l'Institut a constitué un Comité élargi sur la codification progressive du droit du commerce international. Une invitation à participer à sa première session a été envoyée à toutes les personnes qui ont activement coopéré aux travaux entrepris jusqu'à présent par l'Institut dans ce domaine, en répondant aux divers questionnaires envoyés par le Secrétariat et en soumettant des observations et des commentaires.

2. Le Comité d'étude s'est réuni pour sa première session au siège d'UNIDROIT du 10 au 14 septembre 1979, sous la présidence de M. le Professeur René DAVID. Les personnes suivantes ont assisté à la session: M. le Professeur J. BARRERA GRAF (Professor of Commercial Law in the University of Mexico, Membre du Conseil de Direction d'UNIDROIT); M. E. BERGSTEN (Senior Legal Adviser, United Nations Commission on International Trade Law); Mme G. BERLIOZ (Avocat à la Cour, Chargé d'enseignement à l'Université de droit de Paris); M. le Professeur F. BYDLINSKY (Professor an der Universität Wien); M. le Professeur U. DROBNIG (Directeur associé du Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg); M. G. DROZ (Secrétaire Général de la Conférence de La Haye de droit international privé); M. le Professeur M. FONTAINE (Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Louvain, Directeur du Centre de Droit des Obligations); M. le Professeur L. HJERNER (Professor of International Law, University of Stockholm); M. le Professeur L. KOPAC (Deputy Director of the Legal Section of the Federal Ministry of Foreign Trade, Prague); M. le Professeur O. LANDO (Professor of Comparative Law, Copenhagen School of Economics); M. le Professeur H.G. LESER (Professor, Marburg University, Director of the Institut für Rechtsvergleichung); M. le Professeur D. MASKOW (Deputy Director of the Institute of Foreign and Comparative Law of the Academy of Political and Legal Sciences of the GDR, Potsdam); Mme T. OYEKUNLE (Assistant Director, International and Comparative Law Division, Federal Ministry of Justice, Lagos); M. le Professeur T. POPESCU (Professeur de droit du commerce international et de droit international privé à l'Université de Bucarest, Membre du Conseil de Direction d'UNIDROIT); M. le Professeur J. RAJSKI (Professor of Comparative Civil Law, Director of the Institute of Civil Law, Faculty of Law and Administration, Warsaw University); M. W. REISHOFER (Head of Section in the Austrian Ministry of Justice, Federal Ministry of Justice); M. le Professeur C. SCHMITTHOFF (Professor of Law, London); M. le Professeur T.B. SMITH (Scottish Law Commission); Mme le Professeur J. VILUS (Professor of Law, Novi Sad, Institute of Comparative Law, Belgrade).

3. La session a été ouverte par un discours d'introduction du Président d'UNIDROIT dans lequel il a brièvement retracé les origines du programme ambitieux d'une codification progressive du droit du commerce international entrepris par l'Institut, et les diverses étapes des travaux déjà réalisés par le Secrétariat avec l'assistance et sous la direction d'un Comité pilote composé de MM. les Professeurs DAVID, POPESCU et SCHMITHOFF. Il a suggéré que cette première session du Groupe soit consacrée tout d'abord à l'examen du projet des deux premiers chapitres du futur "Code", traitant respectivement de la formation et de l'interprétation des contrats commerciaux internationaux en général qui, en même temps qu'un rapport explicatif, ont déjà été adoptés par le Comité pilote. En outre, le Comité donnerait son opinion quant à l'ordre des autres chapitres de la partie générale du "Code" tel qu'envisagé par le Comité pilote.

4. Conformément à ces suggestions, le Comité a commencé son examen des deux projets précités. Avant de commencer la discussion sur chaque article, tous les membres du Comité ont souligné l'importance et l'intérêt considérables du projet d'UNIDROIT d'élaborer des règles uniformes sur les contrats internationaux en général. La question a été discutée de savoir si l'on pouvait envisager, tout au moins au stade actuel, la possibilité que ces règles soient adoptées au moyen d'une Convention internationale: presque tous les membres du Comité ont exprimé à cet égard que, même si cela ne devait pas être le cas, l'initiative conserverait néanmoins une très grande valeur. En effet, outre l'intérêt scientifique de telles règles, d'un point de vue pratique aussi, elles pourraient remplir la fonction extrêmement importante de fournir une sorte de ratio scripta d'un ordre juridique qui, ayant été élaboré par une Organisation internationale indépendante, pourrait régir des opérations de commerce international, soit parce que les parties elles-mêmes s'y réfèrent comme étant la loi applicable, soit parce qu'elles seraient reconnues dans la pratique des arbitrages. En outre, les tribunaux des Etats ont de plus en plus besoin de directives pour les guider pour ce qui est des concepts et des principes généraux sur la base desquels ils peuvent interpréter et compléter les Conventions internationales existantes qui traitent seulement de certains aspects spécifiques des contrats commerciaux internationaux.

5. Le Comité a ensuite procédé à une discussion détaillée sur le fond des deux projets sur la formation et l'interprétation des contrats en général.

En ce qui concerne la formation, l'attention a tout d'abord été concentrée sur la philosophie qui est à la base du projet. Plusieurs participants ont fait remarquer que dans la pratique commerciale moderne, l'idée qu'un contrat est conclu par l'échange d'une offre et d'une acceptation ne reflète que l'une des situations possibles. Notamment, lorsque

les transactions ont lieu entre personnes présentes, il arrive fréquemment que les parties rédigent et signent ensemble un document contenant les termes du contrat après de longues négociations plutôt informelles autour d'une table. Mais dans des transactions entre personnes absentes, surtout s'il s'agit d'une transaction importante, il peut aussi arriver que les parties, au lieu de se limiter à de pures déclarations d'offre et d'acceptation, ne parviennent à l'accord qu'après une correspondance prolongée consistant en l'échange de diverses sortes de déclarations (invitations à négocier, demandes d'éclaircissements, lettres d'intention etc.). Dans de tels cas il devient difficile, sinon impossible, d'identifier ce qui constitue exactement l'offre et l'acceptation et de déterminer le moment précis où le contrat doit être considéré comme conclu. De plus, des négociations ne conduisent pas toujours à un résultat positif et de toute manière les parties peuvent, même pendant cette période des négociations, être liées par des règles de procédure (le respect de délais, la question de savoir qui doit supporter les frais, le fait de ne pas révéler des informations confidentielles etc.). Tout en étant pleinement d'accord avec cette analyse des diverses situations de fait qui pourraient se présenter dans la pratique, la majorité du Comité a néanmoins exprimé l'avis que le schéma classique de la conclusion des contrats sur lequel le projet est basé reste toujours valable par rapport aux cas que l'on vient de citer, étant donné que c'est un principe général qu'un contrat est le résultat d'un accord auquel les parties sont parvenues. Cela ne signifie pas, bien entendu, qu'en plus des dispositions existantes le projet ne devrait pas contenir des règles particulières couvrant notamment la non-révélation d'informations confidentielles obtenues au cours des négociations et la détermination du moment précis de la conclusion du contrat. Relativement à la valeur juridique des négociations qui ont eu lieu entre les parties avant de parvenir à l'accord final, il a été souligné que le paragraphe 2 de l'article 2 du projet fait déjà expressément référence aux "négociations préliminaires" pour interpréter et compléter les termes de l'offre faite par une partie à l'autre et qui, une fois acceptés, deviendront les termes du contrat. D'un autre côté, cette disposition n'empêche pas les parties de stipuler, comme elles peuvent parfois l'estimer opportun dans la pratique, que seul le texte du document signé et aucune autre déclaration précédente intervenue entre elles ne les engage.

6. Dans le but d'exprimer dans une formulation précise le résultat de cette discussion générale, il a été suggéré qu'un nouvel article de caractère général soit placé au début du "Code". Suivant l'exemple de dispositions analogues contenues dans certains des instruments les plus récents traitant du droit du commerce international (telles que le Code de commerce international tchécoslovaque, la loi sur les contrats commerciaux internationaux de la République Démocratique Allemande et l'Uniform Commercial Code), cet article aurait pour objet d'édicter une obligation générale de bonne foi de manière à couvrir non seulement la

formation du contrat mais aussi son interprétation et son exécution. A ce propos, la question a été soulevée de savoir si une référence spéciale à la culpa in contrahendo ne devrait pas aussi être faite, par exemple en prévoyant une règle analogue à celle que contient l'article 34 de la loi précitée de la République Démocratique Allemande. ("Lorsqu'au cours des négociations préliminaires ou de la formation d'un contrat, l'une ou l'autre partie manque à l'obligation d'agir avec la diligence qu'on est en droit d'attendre d'elle, l'autre partie peut réclamer le remboursement des frais qu'elle a engagés"). Une autre proposition qui a rencontré un accord général a été de traiter expressément le problème des informations confidentielles reçues au cours des négociations, par exemple en posant que "si des informations ont été déclarées confidentielles et qu'aucun contrat n'est conclu, l'autre partie ne devra pas révéler ces informations et si elle le fait, elle est passible de dommages-intérêts". Enfin, il a aussi été suggéré d'inclure une règle au début du projet sur la formation déterminant le stade précis auquel un contrat doit être considéré comme conclu. A ce sujet, on a fait référence à l'article 30 de la loi de la République Démocratique Allemande et il a été proposé que le nouvel article pourrait être formulé dans le sens qu'un contrat est conclu si les parties se sont mises d'accord sur tous les points sur lesquels, selon l'intention exprimée par l'une d'entre elles, un accord devait être réalisé.

7. En ce qui concerne le principe posé dans l'article 1 selon lequel aucune forme n'est prescrite pour la conclusion d'un contrat, à moins que la loi ou les parties n'en disposent autrement, la discussion a tout d'abord été centrée sur le sens exact de la référence à "la loi" qui est contenue dans le projet. A cet égard, on a fait remarquer que si cela signifiait seulement le "Code" lui-même, alors une telle limitation ne pourrait être comprise qu'une fois que la nature juridique précise du "Code" aurait été définie. Si, au contraire, elle était censée se référer aussi aux différentes lois nationales, on a suggéré que le projet devrait peut-être indiquer les critères qui devraient être suivis pour déterminer la loi applicable dans chaque cas. La majorité du Comité a cependant estimé qu'il serait trop difficile de tenter d'aboutir à un accord sur ce point dans le cadre du "Code", étant donné que les facteurs de rattachement pourraient varier non seulement d'un Etat à un autre mais aussi d'un type de contrat à un autre. De plus, dans ce cas-là resterait toujours le problème de la mesure dans laquelle des règles nationales régissant les conditions de forme pour divers types de contrats devraient être prises en considération: certaines d'entre elles sont, en effet, expressément limitées à des transactions avec des consommateurs, tandis que d'autres, quoiqu'étant de caractère impératif pour toutes sortes de transactions internes, ne sont pas nécessairement destinées à s'appliquer aussi à l'égard de contrats qui sont de nature réellement internationale.

Pour ce qui est de la possibilité que les parties elles-mêmes exigent une forme particulière, le sentiment général a été qu'il serait souhaitable d'inclure une disposition expresse en ce sens. A ce sujet, certains participants ont suggéré que le fait qu'une seule partie exige que le contrat soit conclu selon une forme particulière devrait être suffisant. L'opinion générale sur cette question a toutefois été que si une telle règle devait être adoptée, il faudrait alors au moins qu'elle pose clairement que cette partie doit déclarer cette intention à l'autre dès le commencement des négociations.

Un autre problème qui a été soulevé concernait la question de savoir s'il était souhaitable que le projet donne une définition de ce que l'on doit précisément entendre par "forme écrite" si cela est exigé par la "loi" ou par les parties elles-mêmes. On pourrait peut-être trouver une base pour une telle définition dans certaines des Conventions internationales récentes concernant la compétence judiciaire ou les clauses compromissoires.

8. Pour ce qui est de la définition de l'"offre", donnée dans l'article 2, paragraphe 1, plusieurs membres du Comité ont fait remarquer que le texte actuel, qui a été repris presque mot pour mot de la loi uniforme de 1964 sur la formation des contrats de vente internationale, avait entretemps été modifié dans le cadre de la CNUDCI. On a donc suggéré que le texte soit rédigé à la lumière de ces amendements, tout au moins dans la mesure où ils constituent une amélioration certaine. Le nouveau paragraphe devrait se lire comme suit: "1. Une proposition de conclure un contrat adressée à une ou plusieurs personnes déterminées constitue une offre si elle est suffisamment précise pour permettre la conclusion du contrat par l'acceptation et si on peut en déduire la volonté de l'auteur de l'offre de s'engager en cas d'acceptation."

La question a été soulevée de savoir si le projet lui-même ne devrait pas indiquer de quelque manière quels sont les éléments que l'offre doit contenir afin de remplir la condition exigée qu'elle soit "suffisamment précise". A ce sujet, on a cependant rappelé qu'il avait déjà été décidé d'introduire un nouvel article dans le projet de manière à poser expressément qu'il est nécessaire, pour la conclusion d'un contrat, que les parties soient parvenues à un accord sur tous les points sur lesquels, selon l'intention exprimée par l'une des parties, l'accord devait être réalisé.

Deux sortes d'objections ont été faites contre la règle édictée dans le paragraphe 2 de l'article 2, selon laquelle une offre peut être interprétée et complétée en se référant aux négociations préliminaires, aux habitudes qui se sont établies entre les parties et aux usages. La première est liée à l'emploi fréquent dans les pays de Common Law, d'une

clause par laquelle les parties déclarent que les négociations précédentes entre elles ne devront pas être prises en considération pour l'interprétation de leur accord final. Pour cette raison, a-t-on soutenu, il devrait être exprimé clairement dans le projet que la règle maintenant contenue dans le paragraphe 2 s'appliquera seulement à défaut de stipulation contraire des parties. La seconde objection est de caractère plus général, en ceci qu'il a été proposé de supprimer le paragraphe dans son ensemble et de reformuler l'article 16 de façon à exprimer clairement que les règles d'interprétation qui y sont prévues, pour les contrats en tant que tels s'appliquent aussi à l'interprétation d'une simple offre.

Relativement au paragraphe 3, qui traite du problème des offres dites au public, on a mentionné le fait que certains droits nationaux adoptent des solutions tout à fait contraires sur ce point, c'est-à-dire que les offres au public doivent en principe être considérées comme des offres véritables et que ce n'est que dans des cas exceptionnels que l'on peut parler de simples invitations à faire des offres. Une telle solution semblerait également préférable au niveau international, eu égard aux difficultés qui peuvent surgir dans la pratique lorsqu'il s'agit de distinguer le cas d'une proposition de conclure un contrat adressée à un grand nombre de "personnes déterminées" de celui de la même proposition adressée au "public". En rejetant cette façon de voir, d'autres membres du Groupe ont estimé que le projet devrait aussi traiter certains autres aspects du problème, tels que les modes d'acceptation des offres au public et la question de savoir si, et dans quels délais, elles peuvent être révoquées etc.

9. Une discussion particulièrement détaillée a eu lieu sur les problèmes traités dans les articles 3 et 4. Il y a eu accord général sur le fait que le projet devrait prévoir la situation particulièrement fréquente dans le cas de transactions dites à long terme, - mais qui n'est nullement limité à ceux-ci, - où les parties, lorsqu'elles concluent le contrat, laissent un ou plusieurs de ses éléments indéterminés et se réfèrent en fait, pour la détermination des éléments qui manquent - à un accord qui devra intervenir entre elles à un stade ultérieur, ou à un tiers.

Certains membres du Comité ont déclaré qu'en principe la solution donnée par l'article précité était acceptable, à condition d'y faire quelques amendements mineurs. Ainsi, de façon à montrer clairement que le problème envisagé est celui d'éléments laissés volontairement indéterminés par les parties et non celui des lacunes en général, on a suggéré d'introduire le mot "expressément" avant "réservé une clause" dans l'article 3. Plus important encore, on a souligné le fait que la solution prévue dans les articles 3 et 4 dans leur version actuelle, devrait être limitée au cas dans lequel les éléments sur lesquels les parties auront à se mettre d'accord ultérieurement ou qui devront être précisés par un tiers désigné par elles sont des éléments essentiels du contrat en question. Enfin, pour ce qui est de l'intervention du tiers, la question a été soulevée de savoir si l'on ne devrait pas admettre la possibilité que les parties confient à l'une d'entre elles la tâche de préciser la clause manquante pour le cas où elles ne se mettraient pas d'accord.

Toutefois, il y a également eu ceux qui étaient fortement opposés aux dispositions contenues dans les articles 3 et 4. Notamment, la règle prévue dans l'article 3 a été déclarée inacceptable eu égard au fait que dans la pratique du commerce international, le cas se produit fréquemment où les parties, bien que ne s'étant pas mises d'accord sur les clauses manquantes, et n'ayant pas non plus prévu de quelle autre manière elles seront précisées, considèrent néanmoins qu'elles sont liées par leur contrat, ou du moins ne pourraient jamais accepter, pour des raisons techniques, l'idée qu'il doit être déclaré nul et de nul effet dès l'origine.

On a donné l'exemple d'un contrat de construction dans lequel les frais n'ont pas été calculés d'avance et les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord à un moment où les travaux sont déjà à un stade avancé. Pour cette raison, il a été suggéré qu'une disposition supplémentaire devrait être ajoutée dans l'article 3, selon laquelle, du moins lorsque les parties ont la volonté d'être liées par le contrat, les clauses manquantes devront être précisées (à défaut d'accord entre les parties sur ce point) en recourant unilatéralement à un tribunal. A cet égard, il a toutefois été reconnu que, tout au moins conformément à certains systèmes juridiques nationaux, le juge n'a pas qualité pour intervenir pour faire le contrat en tout ou partiellement pour les parties. De plus, cette tâche pourrait dans certaines hypothèses être de toute manière très difficile pour le juge, par exemple lorsque la détermination des clauses manquantes nécessiterait une évaluation complexe de questions d'ordre technique. Une proposition a donc été faite de prévoir dans de tels cas le recours à un tiers qui devrait être nommé conformément aux règles de la CNUDCI sur l'arbitrage ou aux règles de la CCI sur la régulation des relations contractuelles. A ce propos, on a toutefois objecté qu'une telle solution, alors qu'elle serait acceptable dans le cas où le "Code" serait applicable seulement sur la base d'un accord contractuel, semblerait moins adéquate si le "Code" devait au contraire avoir un caractère législatif compte tenu de la difficulté d'imposer par la loi une clause compromissoire aux parties.

A la fin de la discussion, le Comité n'est pas parvenu à aboutir à une conclusion définitive sur les diverses questions qui avaient été soulevées. Etant donné l'importance du problème que cela implique, le Comité pilote a été chargé de réexaminer l'ensemble de la question et de préparer une nouvelle rédaction des articles 3 et 4. A ce propos, on a également fait remarquer que, pour des raisons de systématique, les nouvelles dispositions devraient être placées à un autre endroit dans le projet, de préférence après les articles traitant de l'offre et de l'acceptation.

En ce qui concerne les problèmes similaires qui peuvent se poser en relation avec la révision du contrat et qui sont actuellement traités dans le paragraphe 3 de l'article 4, le Comité a décidé de reporter la discussion en détail à un stade ultérieur, plus précisément dans le cadre du chapitre du "Code" relatif à l'objet du contrat.

10... Une autre disposition sur laquelle l'attention a été spécialement concentrée est celle contenue dans l'article 8. Cet article traite de deux situations que l'on rencontre assez souvent dans la pratique commerciale internationale. La première est celle où un contrat a déjà été conclu soit verbalement soit par une correspondance informelle et où une partie envoie à l'autre un document ("lettre de confirmation"), qui est seulement destiné à confirmer ce dont elles sont déjà convenues, mais qui peut quelquefois contenir aussi des clauses ou conditions dont les parties n'avaient pas encore discuté; l'autre situation est celle dans laquelle une partie, après la conclusion d'un contrat, envoie à l'autre une facture ou un autre document qui se rapporte à l'exécution du contrat, mais qui contient également des éléments qui complètent ou modifient l'accord intervenu. Dans les deux cas, la question se pose de savoir si de tels éléments complémentaires ou différents unilatéralement proposés par une des parties après la conclusion du contrat sont contraignants pour l'autre partie si cette dernière ne s'y est pas expressément opposée dès qu'elles en a eu connaissance.

La solution prévue dans le projet a fait l'objet de fortes critiques de la part de certains membres du Comité. Ainsi, l'attention a été attirée sur le fait qu'en pratique il est souvent très difficile si ce n'est impossible de distinguer entre le cas envisagé à l'article 8 et celui auquel se réfère le paragraphe 2 de l'article 7. En d'autres termes, on sait combien il est difficile dans le cas de négociations verbales d'établir le moment précis où un contrat prend naissance; par conséquent, la question n'est pas toujours claire de savoir si un document de la nature précitée envoyé à un moment donné par une partie à l'autre constitue simplement une confirmation d'un contrat qui a déjà été conclu ou au contraire doit être considéré comme précisant les conditions auxquelles cette partie à l'intention d'accepter l'offre faite par l'autre. Comme le projet prévoit actuellement des solutions différentes dans ces deux situations, on a considéré nécessaire d'aligner les dispositions de l'article 8 et celles du paragraphe 2 de l'article 7 de manière à éviter qu'une partie puisse se fonder sur l'une ou l'autre disposition selon sa convenance dans un cas donné. A ce sujet, la proposition a été faite d'ajouter dans le paragraphe 1 de l'article 8 les mots, "... ou s'ils n'altèrent pas substantiellement les termes du contrat". D'un autre côté, certains membres du Comité ont estimé que la règle qui se trouve actuellement dans l'article 8 selon laquelle les éléments complémentaires ou différents introduits dans un document envoyé après la conclusion du contrat ne lient pas en principe le destinataire du seul fait de son silence, pourrait difficilement être acceptable dans les cas - très fréquents dans certaines branches du commerce ou sur des marchés particuliers - où l'envoi d'une lettre de confirmation par une partie après la conclusion d'un contrat passé par téléphone ou telex constitue la règle, de sorte que l'autre partie doit s'attendre, et acceptera normalement, que des éléments complémentaires ou

différents soient inclus dans ledit document. En tout état de cause, pour ce qui est du texte actuel de l'article 8, il a été suggéré d'étendre les exceptions qui y sont contenues pour couvrir des cas où les éléments complémentaires ou différents sont conformes "aux usages que des personnes raisonnables placées dans la même situation que les parties considèrent généralement comme devant être suivis"; on a suggéré que de cette manière on éviterait une divergence entre l'article 8 et l'article 16. Une attention particulière a en outre été accordée à la relation entre la règle édictée à l'article 8 et celle de l'article 21 traitant de l'inclusion dans un contrat donné de conditions générales. Incidemment, en pratique, le cas le plus fréquent d'élément complémentaires ou différents inclus dans une lettre de confirmation est que ces éléments font partie des conditions générales auxquelles l'expéditeur du document fait pour la première fois expressément référence. Le problème se pose alors de savoir si le caractère valable de ces éléments sera déterminé conformément à la règle édictée dans l'article 8 ou sur la base des critères prévus à l'article 21. Partant de l'hypothèse que ces deux dispositions ne sont pas entièrement en conformité l'une avec l'autre, la demande a été faite que le projet énonce clairement laquelle des deux prévaut par rapport à l'autre.

11. Le Comité a ensuite procédé à une discussion exhaustive sur les articles 21 et 22 traitant du problème du caractère obligatoire des conditions générales.

Il y a eu accord général qu'il était opportun de changer la place actuelle des deux articles; en effet, on a estimé que le problème des critères sur la base desquels l'inclusion de conditions générales dans les contrats particuliers doit être déterminée, quoique ayant des liens avec l'interprétation des contrats, se rapporte néanmoins principalement au mécanisme de leur formation et devrait donc être traité dans le premier chapitre du "Code" proposé.

Toutefois, comme le mécanisme de l'inclusion des conditions générales dans un contrat donné diffère dans une certaine mesure de la façon normale selon laquelle les autres dispositions du même contrat doivent faire l'objet d'un accord entre les parties, les articles en question devraient être placés immédiatement après ceux qui traitent de l'offre et de l'acceptation et, afin de rendre clair leur caractère exceptionnel, elles devraient être introduites par la formule "nonobstant les dispositions qui précédent concernant l'offre et l'acceptation . . .".

Quant au contenu des deux articles, alors que l'article 22 traitant des clauses dites "surprenantes" éventuellement contenues dans des conditions générales a été unanimement considéré comme satisfaisant, l'article 21 a été fortement critiqué.

En ce qui concerne la règle générale posée dans l'article 21, paragraphe 1, des doutes ont d'abord été exprimés quant à la signification précise de l'exigence de la "référence" que la partie qui à l'intention de se fonder sur les conditions générales doit faire à celle-ci de manière à les rendre applicables au contrat considéré. Notamment, la question a été soulevée de savoir si, pour remplir cette condition, on pouvait considérer comme suffisant qu'une partie fasse une référence quelque part dans sa déclaration d'offre ou d'acceptation à l'existence de ses propres conditions générales ou s'il ne serait pas nécessaire qu'il donne aussi la possibilité à l'autre partie de connaître effectivement leur contenu, par exemple en annexant un exemplaire de celles-ci. En tout état de cause, il a été convenu qu'il devrait être rendu clairement dans le texte que la référence à des conditions générales doit être faite de façon expresse.

Bien qu'on ait généralement admis que pour certaines sortes de conditions générales une attitude plus "libérale" quant à leur efficacité par rapport au contrat particulier serait justifiée, plusieurs membres du Comité ont soulevé des objections contre la règle prévue actuellement dans le paragraphe 2 de l'article 21. Ainsi, relativement aux sortes de conditions générales qui y sont envisagées, on a considéré que la référence à des conditions générales en "usage courant dans le commerce auquel se rapporte le contrat" est trop vague et devrait donc être modifiée de manière à énoncer clairement qu'elle est destinée à se référer seulement aux conditions générales dont l'usage est commun aux pays de chacune des parties. Ceci éviterait le risque que des parties appartenant à des pays en voie de développement soient liées par des conditions générales qui, quoique étant en "usage courant dans le commerce auquel se rapporte le contrat", ne sont pas suffisamment connues dans leurs pays. Tout en admettant que des conditions générales du genre envisagé dans le paragraphe en discussion devraient être applicables même à défaut d'acceptation de la partie qui adhère, la majorité du Comité a néanmoins insisté sur la nécessité que ces conditions générales fassent en tout état de cause l'objet d'une référence de la part de l'autre partie et que la partie qui y adhère connaisse ou tout au moins ait dû connaître leur contenu.

Plusieurs membres du Comité ont exprimé de fortes critiques à l'égard de la disposition contenue dans le paragraphe 3 de l'article 21. Selon son libellé actuel, il semble couvrir également le cas - très fréquent dans la pratique commerciale internationale, - où le destinataire de l'offre (normalement le vendeur) déclare dans son acceptation qu'il a l'intention d'accepter

l'offre sur la base de ses propres conditions générales annexées à sa déclaration, et où l'auteur de l'offre reste silencieux. A cet égard, on a rappelé que non seulement dans la pratique mais aussi selon la doctrine et la jurisprudence de nombreux pays, dans de tels cas le contrat est réputé conclu sur la base des conditions générales du destinataire de l'offre. Ce résultat serait exclu par l'actuel paragraphe 3 de l'article 21 et il a donc été suggéré de reformuler cette disposition de manière à l'adapter à ce à quoi l'on s'attendrait dans la pratique. Quant à l'argument selon lequel le paragraphe 3 de l'article 21, de cette manière, dérogerait à la règle générale relative aux cas de l'acceptation dite "modifiée" édictée dans le paragraphe 2 de l'article 7, on a fait remarquer que même dans sa forme actuelle cette disposition conduit à un résultat qui est en contradiction avec cette règle. D'autres membres du Comité ont cependant estimé que la situation défaite envisagée au paragraphe 3 de l'article 21 est tout à fait différente: la disposition est destinée plutôt à ne s'appliquer que dans les cas où à lieu ce que l'on est convenu d'appeler une "battle of forms", c'est-à-dire lorsque les deux parties, lorsqu'elles font leur offre ou qu'elles communiquent leur acceptation, font référence à leurs propres conditions générales et ne peuvent donc pas parvenir à un accord quant à l'application des unes ou des autres, mais entendent néanmoins être liées par le contrat, comme cela ressort du fait que ni l'une ni l'autre des parties ne déclare expressément qu'elle considère l'application de ses propres conditions comme indispensable pour qu'elle soit engagée par le contrat. Il est exact que le paragraphe 3 de l'article 21 prévoit une solution pour ce cas particulier qui déroge à la règle générale édictée dans le paragraphe 2 de l'article 7. Toutefois, cela semble justifié par la nécessité pratique de préserver le contrat, à condition que les parties soient parvenues à un accord sur ses éléments essentiels. De façon à éviter tout malentendu, les mêmes membres du Comité ont suggéré de modifier le libellé actuel du paragraphe 3 de l'article 21 de façon à énoncer clairement que son domaine d'application est limité aux cas de véritable "battle of forms".

12. Le reste de la session a été consacré au problème de l'interprétation.

Pour ce qui est de l'utilité de prévoir dans le "Code" un ensemble de dispositions sur quelques uns des critères les plus importants qui doivent être suivis pour l'interprétation des contrats, le sentiment général a été que cette utilité est clairement montrée par le fait que, dans ce domaine, les divers systèmes juridiques nationaux adoptent parfois des solutions très différentes. La question a toutefois été soulevée de savoir si ces divergences dépendent réellement de principes et de critères juridiques différents ou si elles reflètent seulement des différences individuelles de façon de penser et de conception politique de la part des personnes qui sont appelées à interpréter des

contrats particuliers. Incidemment, certains juges ont tendance à avoir une attitude plus pragmatique et moins "sémantique" que d'autres et donc à valoriser les principes de justice et d'équité. On peut cependant rencontrer de telles différences à l'intérieur d'un même pays et il ne sera pas facile de les éliminer au moyen d'une loi. A l'encontre de l'adoption de règles détaillées sur l'interprétation, on peut aussi faire valoir qu'il est impossible d'établir une hiérarchie entre elles. En se référant au présent projet, on peut ainsi se demander si l'article 14, qui prévoit l'interprétation "conformément aux principes de bonne foi et de loyauté commerciale", est une clause fondamentale. Cette clause l'emporte-t-elle sur l'intention commune des parties mentionnée au paragraphe premier de l'article 15, au cas où l'intention en question n'est pas conforme aux principes de loyauté commerciale ? Cette clause l'emporte-t-elle sur la règle in dubio contra proferentem prévue à l'article 24 de sorte qu'un résultat correct et raisonnable doit être préféré même s'il est pro proferentem ? Tout en reconnaissant le poids de ces arguments, le Comité a cependant été de l'avis que le projet de chapitre sur l'interprétation avait une très grande utilité et devrait donc, sauf à y apporter quelques modifications mineures, être conservé.

13. En ce qui concerne les dispositions particulières, l'accord a été unanime sur le fait que les principes de la bonne foi et de la loyauté commerciale sont d'une importance fondamentale dans l'interprétation des contrats et devraient donc être expressément énoncés. Toutefois, tenant compte de sa précédente décision de placer tout au début du "Code" une disposition générale traitant de l'obligation du respect de la bonne foi dans les rapports internationaux, le Comité a décidé de supprimer, dans le chapitre sur l'interprétation, la disposition correspondante contenue dans l'article 14.

14. Des opinions diverses ont été exprimées à propos de l'article 15. Notamment, en ce qui concerne le paragraphe 2, selon lequel si, dans un cas donné, l'intention commune réelle des parties ne peut pas être établie, le contrat doit être interprété conformément à l'intention que des parties contractantes, placées dans la même situation, au moment de la conclusion du contrat, auraient normalement eue, on a estimé qu'une telle formule donne un critère trop subjectif d'interprétation et qu'il semble en tout état de cause plutôt artificiel. On a donc suggéré que le paragraphe devrait être reformulé de la façon suivante: "2. Si l'intention commune des parties ne peut pas être établie, le contrat doit être interprété conformément au sens qui lui est donné dans le secteur commercial concerné ou, à défaut, conformément au sens ordinaire".

Une autre suggestion qui a été faite a été d'ajouter au libellé actuel du paragraphe premier "... et au but du contrat", de manière à montrer clairement que l'interprétation doit dans toute la mesure du possible s'efforcer d'aller au-delà du sens littéral des mots et s'attaché au but économique de la transaction. A ce sujet, on a cependant fait valoir qu'un tel critère pourrait ouvrir la voie à des incertitudes, étant donné que le but que chaque partie attribue à son contrat est souvent très différent.

15. En ce qui concerne la disposition contenue dans l'article 24 selon laquelle en cas d'ambiguïté les dispositions du contrat proposées par l'une des parties sont interprétées en faveur de l'autre partie, on a exprimé l'opinion que sa formulation devrait être modifiée de manière à limiter la règle contra proferentem aux seules clauses incluses dans des conditions générales ou dans des contrats-type. On a fait valoir qu'après tout, en ce qui concerne des clauses ou des éléments particuliers, il serait souvent très difficile en pratique de déterminer quelle est celle des parties qui les a réellement "proposées". A ce sujet, d'autres membres du Comité ont cependant fait remarquer que tant que l'auteur d'une clause contractuelle donnée ne peut être identifié, le problème de la règle contra proferentem ne se pose même pas; cependant, cette règle devrait rester applicable à tous les autres cas, indépendamment de la question de savoir si l'élément contractuel proposé unilatéralement se trouve inclus ou non dans les conditions générales.

16. En ce qui concerne les travaux futurs, le Comité a demandé au Secrétariat de préparer dans les meilleurs délais un Rapport sur le déroulement de cette première session et de réviser, sous la direction du Comité pilote, le présent texte des deux projets à la lumière des propositions d'amendement et des nouvelles suggestions qui ont été faites. L'attention a été appelée sur le fait que certaines dispositions contenues dans le premier chapitre relatif à la formation des contrats en général traitent les mêmes problèmes que ceux qui sont envisagés par le projet de Convention de la CNUDCI sur la contrat de vente internationale de marchandises. En ce qui concerne ces dispositions, le sentiment général a été qu'il était souhaitable d'attendre les résultats de la Conférence de Vienne de mars 1980, afin d'éviter, autant que possible, des divergences entre les deux textes non justifiées par leur domaine différent. Le Comité a également été d'accord qu'il était opportun de traiter dans le Chapitre suivant du "Code" le problème de la validité des contrats en général. A ce sujet, il a été dit que les travaux effectués jusqu'à présent par l'Institut dans ce domaine pourraient servir de point de départ et que, dans le futur projet, des règles spécifiques sur la validité des conditions générales et des contrats-type

devraient être ajoutées. Quant aux chapitres proposés sur l'exécution et la non-exécution des contrats, il a été souligné que ces questions, du fait de leur extrême complexité, nécessiteraient des travaux préparatoires très soigneux. Certains membres du Comité ont déclaré qu'ils ont déjà dans ce domaine, soit à titre personnel soit dans le cadre de leurs Instituts, entrepris des études comparatives et qu'ils étaient donc à même de participer activement aux travaux futurs d'UNIDROIT. Cela permettrait ainsi, non seulement d'accélérer considérablement les travaux, mais aussi de conférer à l'ensemble du programme de la codification progressive du droit du commerce international le caractère d'une initiative vraiment mondiale à laquelle, sous les auspices d'UNIDROIT, des représentants de la théorie et de la pratique de tous les régimes politiques et systèmes juridiques seraient directement associés. Sur la base de ces déclarations, le Comité a décidé de demander au Président d'UNIDROIT de constituer des sous-comités spéciaux pour la préparation du futur chapitre sur l'exécution et la non-exécution des contrats, auxquels seraient associés toutes les institutions intéressées telles que le Centre de droit des obligations de Louvain, l'Institut for Comparative Civil Law of the University of Warsaw, l'Institut of European Market Law at the Copenhagen School of Economics, l'Institut für Rechtsvergleichung de Potsdam-Babelsberg et l'Institut Max-Planck de Hamburg. L'espoir a également été exprimé que des institutions comparables des systèmes de Common Law et des pays en voie de développement pourraient adhérer à ce programme.