

L'harmonisation du droit OHADA des contrats : l'influence des Principes d'UNIDROIT en matière de pratique contractuelle et d'arbitrage

Emmanuel Jolivet *

INTRODUCTION

A l'heure où la mutation du droit des contrats dans les pays membres de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires¹ proposée par l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats² suscite débats et parfois passions, la recherche empirique d'éléments objectifs permettant d'évaluer la pertinence et l'opportunité d'une adaptation des Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international³ à cet ordre juridique régional s'avère utile si ce n'est nécessaire. Quelle place reconnaître aux Principes dans l'évolution de cet ensemble normatif ? Au plan international, dans un cadre juridique plus vaste que celui de l'OHADA, existe-t-il des points de comparaison permettant d'envisager le rôle que les Principes pourraient se voir attribuer par une réforme du droit des contrats dans l'espace OHADA ? Une observation des pratiques des acteurs du commerce international et plus particulièrement de l'influence des Principes en matière contractuelle et d'arbitrage constitue *a priori* une piste de réflexion

* Docteur en droit ; Conseiller général de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale ; Professeur associé à l'université de Versailles-Saint Quentin (France). Les opinions exprimées n'engagent que l'auteur. Les institutions auxquelles il est lié ne sauraient être tenues responsables d'éventuelles inexactitudes ou opinions figurant dans cet article. L'auteur tient à remercier Mlle A.M. Martinez et MM. J. Nyemb, B. Mathieu et M. Chaya pour leur aide précieuse apportée à la recherche et l'analyse des affaires étudiées.

Rapport présenté au Colloque sur "L'harmonisation du droit OHADA des contrats" tenu à Ouagadougou (Burkina Faso) du 15 au 17 novembre 2007, ayant notamment pour objet la discussion de l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats (2005) élaboré par UNIDROIT à la demande de l'OHADA. Ce texte, ainsi que la *Note explicative* y relative rédigée par le Professeur Marcel FONTAINE sont accessibles sur le site Internet d'UNIDROIT (<<http://www.unidroit.org>>) et sont reproduits en annexe au présent volume.

1 Ci-après désignée "OHADA".

2 Voir *supra* note astérisquée..

3 Ci-après désignés "les Principes".

possible. Aussi, cette étude s'attache-t-elle à analyser ce qu'il est convenu d'appeler la "jurisprudence" arbitrale⁴.

Les 54 décisions arbitrales analysées sont des sentences, 40 sentences finales et 14 sentences partielles, à l'exclusion des sentences d'accord parties et d'ordonnances de procédure, dans lesquelles une référence aux Principes est faite. Ces sentences ont été rendues entre 2002 et 2004⁵ par des tribunaux arbitraux, composés d'un ou trois membres, agissant en application du règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale⁶. Les sentences étudiées sont très majoritairement rédigées en langue anglaise⁷.

L'étude des sentences montre que les Principes sont le plus souvent mentionnés dans des affaires portant sur des contrats liés à des opérations de vente et de distribution. Les Principes sont majoritairement cités dans des affaires concernant le secteur industriel et le secteur commercial devant les secteurs du bâtiment, pétrolier et de la communication.

Si les Principes semblent être invoqués avec une certaine fréquence (I) par les acteurs du commerce international, ou du moins ceux ayant recours à l'arbitrage comme mode de règlement de leurs différends, les raisons de cette invocation demeurent incertaines (II).

⁴ Sur cette notion voir notamment, C. LARROUMET, "A propos de la jurisprudence arbitrale", *Cahiers de l'arbitrage* 2006/3, *Gazette du Palais*, n. 347 à 348 (13-14 déc. 2006), 5-7. En matière de sentences arbitrales rendues sous l'empire du règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, et notamment au regard du rôle de la cour internationale d'arbitrage dans l'examen des projets de sentences et de la politique de cette institution en matière de publication des décisions, l'expression nous semble empreinte d'une certaine pertinence.

⁵ En cela, cette étude s'inscrit dans la continuité de celles précédemment conduites et ayant donné lieu à publication. Voir notamment, E. JOLIVET, "Les Principes UNIDROIT dans l'arbitrage CCI", Supplément spécial, *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI* (*Bull. CI Arb. CCI*) (2005), 71 et suiv. ; F. MARRELLA / F. GELINAS, "Les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international dans l'arbitrage CCI", *Bull. CI Arb. CCI*, vol. 10/2 (1999), 26 et suiv. ; F. GELINAS, "La jurisprudence arbitrale CCI et les Principes UNIDROIT", *Cahiers de l'arbitrage, Gazette du Palais* (1-2 déc. 2000), 37 et suiv. ; F. MARRELLA, "Les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international dans l'arbitrage CCI, 1999-2001", *Bull. CI Arb. CCI*, vol. 12/2 (2001), 52 et suiv. ; F. MARRELLA, *La nuova lex mercatoria : Principi UNIDROIT ed usi dei contratti del commercio internazionale*, Padova, Cedam (2003).

⁶ Ci-après désignées par le sigle "CCI".

⁷ 80% des sentences mentionnant les Principes sont rédigées en cette langue.

I. – LES PRINCIPES D'UNIDROIT : UNE INVOCATION FREQUENTE

Sur la période étudiée, une référence aux Principes est faite dans 5,5% des sentences analysées. Si le pourcentage peut sembler modeste *a priori*, il convient de remarquer que les Principes sont plus fréquemment invoqués que tous les droits des pays d'Afrique⁸.

L'étude des sentences révèle que les Principes peuvent être invoqués à divers stades de la procédure arbitrale. Les références aux Principes lors de la négociation du contrat sont peu nombreuses. La clause de droit applicable ou la clause compromissoire les mentionnent rarement. 8 affaires seulement mentionnent les Principes comme *lex contractus*. Toute aussi rare est la mention d'un Principe dans l'acte de mission du tribunal arbitral. En revanche, les renvois aux Principes sont davantage opérés dans les écritures des parties en cours d'instance. La majorité des références se trouve toutefois dans une sentence, notamment dans une sentence finale. Il convient alors de préciser que l'étude d'un certain nombre de sentences ne permet pas de discerner avec certitude si l'une des parties a invoqué les Principes ou si les arbitres les appliquent *ex officio*.

Les Principes semblent néanmoins être de plus en plus fréquemment invoqués par l'une des parties à l'arbitrage. Une partie peut par exemple se référer aux Principes alors que le droit national applicable est déterminé. Le recours aux Principes est alors un moyen de corroborer⁹, compléter¹⁰ ou de tempérer la solution juridique résultant de l'application stricte d'un droit étatique¹¹.

Les Principes peuvent également être une source d'inspiration pour l'identification de principes généraux que l'une des parties voudrait voir retenir par le tribunal arbitral comme règle de droit applicable au litige¹².

⁸ A titre de comparaison, le choix d'un droit des pays de l'Europe centrale et de l'Est ou du droit de l'Etat de New York est légèrement deux fois plus fréquent.

⁹ En ce sens, sentence finale dans l'affaire 12591 en 2004.

¹⁰ En ce sens, le défendeur dans la sentence finale dans l'affaire 12365 en 2004 demandait l'application de la CVIM complétée par le droit néerlandais ainsi que les Principes.

¹¹ En ce sens, sentence finale dans l'affaire 11789 rendue en 2003 :

"Claimants consider that the correct interpretation of the Promissory Agreement is to be made according to the Portuguese law, but this should not exclude the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (such as falsa demonstratio non nocet, contra proferentem and favour negotii) (...)" ; également sentence finale dans l'affaire 10555 rendue en 2002.

¹² En ce sens, sentence finale dans l'affaire 12193 en 2004.

Suivant les affaires, les Principes sont alors utilisés comme une règle juridique générale (A) ou particulière (B).

A. Les Principes comme règle juridique générale

La référence aux Principes peut être formulée en termes génériques. Le renvoi à un ensemble normatif plus ou moins complet, envisagé dans son intégralité ou de manière parcellaire, est privilégié par rapport à la mention d'un article précis susceptible d'être appliqué, le cas échéant. A ce titre, les Principes peuvent être invoqués en tant que droit matériel. Les Principes ont été invoqués comme droit applicable au fond du litige dans 27 affaires. Parmi celles-ci, une application directe des Principes était envisagée dans 14 affaires et dans 13 affaires les Principes n'étaient mentionnés que comme étant indirectement applicables, c'est-à-dire comme un moyen de compléter le droit matériel principal. Dans 16 affaires il n'était attribué aux Principes qu'une valeur d'exemple. Enfin, dans 11 affaires la référence aux Principes avait pour finalité de les exclure du champ du droit matériel applicable au litige. Dans cette dernière situation, les sentences ne précisent pas systématiquement sur quel fondement l'application des Principes demandée par l'une des parties est écartée¹³. Cette absence de précision conduit à s'interroger sur l'existence d'une éventuelle divergence d'utilisation des Principes selon l'auteur de la référence. Est-il possible de discerner une différence d'approche selon que le recours aux Principes procède d'un choix des parties (1) ou du tribunal arbitral (2) ?

1. Le choix des parties

L'accord des parties sur l'application des Principes peut résulter de la clause d'*electio juris* du contrat objet du litige ou de la clause compromissoire¹⁴ présente dans ce contrat. L'accord des parties de recourir aux Principes peut également être expressément mentionné dans l'acte de mission établi par les arbitres. Dans la sentence finale dans l'affaire 11363 en 2002, la rubrique relative au droit applicable énonce que les parties se sont accordées pour que le tribunal arbitral applique la *Convention des Nations Unies sur les contrats*

¹³ En ce sens, sentence finale dans l'affaire 12365 en 2004.

¹⁴ Dans la sentence finale dans l'affaire 11880 rendue en 2004, l'arbitre unique relève que la clause compromissoire du contrat de garantie stipulait que "*the arbitrators shall apply the principles of UNIDROIT and the laws of Italy to all matters not expressly covered by this guaranty.*"

de vente internationale de marchandises¹⁵ et que les domaines non traités par cette Convention soient soumis aux Principes d'UNIDROIT.

Si elle est expresse, la référence aux Principes n'en est pas moins généralement très laconique. Ainsi dans la sentence finale dans l'affaire 12698 en 2004, dans la partie de la sentence relatant la signature de l'acte de mission, l'arbitre unique se contente-t-il de mentionner à propos du droit applicable au fond du litige :

“Le Tribunal Arbitral tranchera le fond du litige selon les principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international”.

La formulation très large de la volonté de recourir aux Principes permet à certains tribunaux arbitraux d'en faire une application extensive, sans s'attacher à préciser expressément dans la sentence si les conditions d'application des Principes sont véritablement réunies¹⁶.

Cet accord de recours aux Principes peut résulter d'une volonté commune des parties *ab initio* ou naissant en cours de procédure spontanément¹⁷ ou suite à une suggestion du tribunal arbitral acceptée par les parties. De manière peu fréquente, dans la sentence finale dans l'affaire 12889 en 2004, l'arbitre unique relate de manière détaillée le mécanisme contractuel ayant conduit à l'application des Principes¹⁸.

¹⁵ Adoptée le 11 avril 1980, ci-après “CVIM”.

¹⁶ A titre d'illustration citons la sentence finale dans l'affaire 10865 en 2002. Dans cette sentence, lorsqu'il envisage la question de la force majeure, le tribunal arbitral n'indique pas de divergence entre les deux droits applicables en vertu de la clause d'*electio juris*. Or seule une telle divergence permet le recours aux Principes.

¹⁷ Par exemple, dans la sentence finale dans l'affaire 10865 en 2002, l'arbitre unique explique :

“confronted with the possible conflicts and contradictions of the formulation of Article [X] of the Contract, the Parties have authorized and asked the Tribunal, in case of discrepancy between the laws of Turkmenistan and Switzerland, to have regard to the general principles of law and, in particular, to the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts.”

¹⁸ “Les règles de droit applicables au fond

Dès le [date], l'Arbitre unique invitait les Parties à se mettre d'accord sur les règles de droit applicables au fond du litige. Il les invitait à considérer l'application des Principes UNIDROIT, règles facilement identifiables et consultables en français et en anglais par les Parties sur internet en particulier, comme alternative à l'application d'une loi nationale. Les Parties réagirent les [dates]. En conséquence l'Acte de mission indique que la procédure se déroulera en deux phases, la première concernant la détermination des règles de droit applicable au fond du litige avec le prononcé d'une sentence partielle, la deuxième étant consacré au règlement du litige avec le prononcé d'une sentence finale. Dans les délais prévus, les Parties déposèrent leurs mémoires sur cette question. Le [date], dans son mémoire [le demandeur] donne son

En l'absence d'accord exprès de recours aux Principes, quelle valeur faut-il accorder au silence d'une des parties à l'instance arbitrale quant à l'application des Principes ? Lorsqu'une partie invoque les Principes dans ses écritures, après signature de l'acte de mission et alors que ce dernier, tout comme le contrat, ne contient aucune référence aux Principes, le tribunal arbitral peut-il déduire de l'absence de réaction de l'autre partie, une volonté tacite d'appliquer les Principes ? La sentence finale dans l'affaire 11174 en 2002 présente un cas particulier et donne un élément de réponse. Ainsi que l'observe le tribunal arbitral :

"The Terms of Reference mention the following: "the parties agreed that the agreements were "subject to Romanian law". Pursuant to Article 17.2 of the ICC Rules of Arbitration "the Arbitral Tribunal shall take account of the provisions of the contract and the relevant trade usages."

In its post hearing brief dated April 9, 2002 [claimant] referred to UNIDROIT Principles as legal rules grounding its position.

Therefore the Arbitral Tribunal invited both parties to comment on some UNIDROIT Principles which could be helpful for the settlement of the dispute.

As [respondent] did not oppose the application of UNIDROIT Principles referred to by [claimant], the Arbitral Tribunal notes that both parties consent to their application."

Il est important de relever que dans cette affaire, la partie défenderesse qui n'avait initialement pas objecté à l'invocation des Principes par la partie demanderesse avait ensuite également invoqué un certain nombre d'articles des Principes. Si le tribunal arbitral ne cite pas ce dernier élément lors de l'examen du droit applicable, il le mentionne toutefois. Les deux parties s'étant référées aux Principes, il semble tout à fait justifié que le tribunal les applique.

accord pour que les Principes UNIDROIT s'appliquent au fond du litige.

Dans son mémoire du [date], [le défendeur] indique 'La Société [défenderesse] consent expressément à se soumettre aux principes relatifs aux contrats du commerce international de l'UNIDROIT pour régler le litige au fond'. Le [date], l'Arbitre note 'le désaccord des Parties sur une loi nationale, en l'occurrence celle de Madagascar et, d'autre part, un consentement donné par ces derniers sur l'application des Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international'. Après avoir demandé l'accord des Parties (1) sur une dispense pour l'Arbitre unique de rendre une sentence partielle et (2) sur l'application des Principes UNIDROIT, [le demandeur] donne son accord le 18 mars et [le défendeur] le sien le [date]. En conséquence, le [date] l'Arbitre unique indique : 'Suite à l'accord des Parties, les règles de droit applicables au fond du litige sont les Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international et l'Arbitre est dispensé de rendre une sentence partielle sur ce point litigieux qui ne l'est plus. Ce point sera mentionné dans la sentence finale'."

Si les parties opèrent parfois un renvoi global aux Principes sans identification de la norme spécifique qui serait à même d'être appliquée, les arbitres procèdent-ils de même ?

2. *Le choix du tribunal arbitral*

Les parties peuvent être convenues de l'application d'un droit étatique applicable. Il peut s'agir d'une Convention internationale, telle la CVIM, ou d'un droit purement national. La question se pose alors aux arbitres de savoir quelle attitude adopter face à l'invocation unilatérale des Principes par l'une des parties au litige. Le tribunal arbitral peut-il accepter cette demande unilatérale et sur quels critères ou faut-il la rejeter en l'absence de consentement des autres parties au litige ? Certains tribunaux écartent les Principes en se fondant sur le préambule des Principes et sur l'absence de volonté des parties de recourir aux principes généraux du droit et à la *lex mercatoria* ¹⁹.

Le choix des Principes par le tribunal arbitral peut résulter d'un accord tacite des parties. La volonté des parties est interprétée par le tribunal arbitral pour y déceler le recours aux Principes. Ainsi, dans la sentence partielle dans l'affaire 11601 en 2002, l'arbitre unique, constatant le silence du contrat sur le droit applicable et l'invocation des Principes par toutes les parties dans leurs écritures, se prononce pour l'application des Principes.

Dans la sentence finale dans l'affaire 11265 en 2003, le tribunal arbitral relève que le demandeur prétendait que la CVIM était applicable et que les

¹⁹ Sentence finale dans l'affaire 10555 rendue en 2002 :

"Considering the express choice of law made by the parties in the contract, the Arbitral Tribunal must determine whether it has to apply the general principles within the framework of the national law chosen by the parties.

The preamble to the "Principles of International Commercial Contracts", issued by UNIDROIT, specifically provides that the parties may agree to submit their contract to these Principles, and that the Principles may apply when the parties decide that their contract is subject to the general principles of law or to the lex mercatoria.

Considering in this case that the parties have made no reference to the above-mentioned Principles and that Article 12.12 of the Share Purchase Agreement (SPA) does not refer to the lex mercatoria or to any general principles as far as the SPA is concerned, the UNIDROIT Principles cannot apply (Award 8873, Journal du Droit International, 1998, 1017-1027).

The Arbitral Tribunal therefore rejects the applicability of the UNIDROIT Principles and of the European principles of contract law.

Finally, the Arbitral Tribunal will apply French law as far as the interpretation of the General Agreement is concerned, pursuant to its Article [...]."

Principes devaient s'appliquer à titre subsidiaire. Le défendeur s'opposait à l'application de la CVIM mais pas à celle des Principes. Le tribunal, déduisant de la mention d'un Incoterm une volonté de se référer aux "usages reconnus du commerce international"²⁰ et relevant une convergence de volonté des parties quant à l'application des Principes, décide d'en faire application²¹.

Par une déclaration d'intention d'application des Principes, l'arbitre peut inciter les parties à les considérer comme règle de droit potentielle. L'absence

²⁰ Cette analyse est contestable, les Incoterms et a fortiori l'Incoterm "FCA (... lieu convenu)" n'étant pas des usages. En ce sens voir E. JOLIVET, *Les Incoterms, étude d'une norme du commerce international*, Coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, t. 62, Litec (2003).

²¹ "Le Tribunal note que le Contrat ne contient aucune disposition relative au droit applicable. Par ailleurs, en vertu de l'article 10 du Contrat, les Parties ont convenu que tout litige pouvant naître à l'occasion de l'interprétation ou de l'exécution des clauses du Contrat et non résolu à l'amiable sera tranché selon la procédure d'arbitrage de la CCI. Ce faisant, les Parties ont incorporé ledit règlement de la CCI dans leur contrat. Aux termes de l'article 17 du règlement d'arbitrage de la CCI, 'à défaut de choix par les Parties des règles de droit applicables, l'arbitre appliquera les règles de droit qu'il juge appropriées' et 'dans tous les cas, le Tribunal tient compte des dispositions du contrat et des usages du commerce pertinents'. Le Tribunal constate par ailleurs qu'en vertu de l'article 1054(4) du Code de procédure civile néerlandais, en l'absence d'élection de droit par les parties, le tribunal arbitral doit rendre sa sentence en conformité avec les règles de droit qu'il considère appropriées, et que dans tous les cas, le Tribunal arbitral doit tenir compte des usages du commerce applicables.

Le Tribunal constate également que le Contrat pour déterminer le moment du transfert des risques renvoie aux Incoterms (FCA, article 4), ce qui traduit également la volonté des Parties de voir leur relation gouvernée par les usages reconnus du commerce international.

Le Tribunal estime par ailleurs que les caractéristiques du présent litige rendent inadéquate l'application en l'espèce d'un droit national. Le litige présente en effet des facteurs de rattachement avec divers pays, l'une des parties ayant son siège aux Bermudes mais ayant agi principalement par l'intermédiaire de son établissement à Paris, l'autre Partie ayant lors de la conclusion et de l'exécution du Contrat son établissement au Rwanda, et le lieu de livraison des produits étant en Tanzanie, certaines livraisons ayant néanmoins été effectuées au Rwanda.

Le Tribunal constate que le Demandeur n'est pas opposé à l'application d'un corps de règles de droit non étatiques. Quant à la Défenderesse, elle n'est pas opposée à l'application de principes du droit du commerce international, pour autant cependant que ces principes ne soient pas la *lex mercatoria*, ou tous autres principes flous et hétéroclites. Le Tribunal note également une certaine concordance des Parties quant à la possibilité d'appliquer les Principes UNIDROIT, la Défenderesse proposant clairement de s'y référer et le demandeur n'étant pas opposé à leur application en tant que principes généraux du droit des contrats.

Le Tribunal conclut des considérations susmentionnées qu'il est autorisé à se fonder sur les Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, en tant qu'ils constituent une codification des usages commerciaux et expriment des principes généraux du droit des contrats.

Le Tribunal estime en revanche que l'application de la convention de Vienne n'est pas appropriée en l'espèce, les Parties n'ayant pas opté pour son application lors de la conclusion du contrat, et ne s'étant pas par la suite entendues sur son application".

d'opposition à leur application voire leur invocation ultérieure par les parties dans leurs écritures peuvent être interprétées comme valant consentement des parties à leur application²².

Certains tribunaux arbitraux déduisent de l'absence de choix explicite de droit applicable par les parties une volonté tacite de se référer à des principes généraux ou des règles non-étatiques.

Lorsqu'ils décident d'appliquer des règles transnationales, les arbitres peuvent rechercher dans différents corps de règles quels sont les principes communs ayant vocation à régir une situation donnée²³.

²² Ce mode de raisonnement est suivi par l'arbitre unique dans la sentence dans l'affaire 12097 en 2003. L'arbitre énonce :

"The Contract in its English version is silent on the question of governing law. According to the Claimant the Russian version contains reference to 'legislation of Sweden and generally accepted standards of international trade'. The Claimant therefore initially argued that Swedish substantive law should govern the Contract, whilst in the same submission (dated [...] and commenting on the respondent's Reply to the request for arbitration) the Claimant made references to the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (hereinafter "CISG"). The Respondent argues that since CISG is enacted both in Finland and in France it should govern the Contract.

Before the Preparatory Meeting the undersigned informed the parties that CISG is also Swedish law, albeit the articles regarding formation of the contract (Articles 14-24) are not enacted in Sweden, as is the case in Finland. During the Preparatory Meeting the parties were informed that to the extent found necessary or useful the Sole Arbitrator intended to apply general principles of law in the form of the UNIDROIT 'Principles of Commercial Contracts' (hereinafter 'the UNIDROIT Principles') a copy of which was handed to each of the parties. In the terms of Reference the matter of 'Applicable laws' was left 'for the Sole Arbitrator to decide'. In their respective submissions made after the Terms of Reference were established both parties made references to the UNIDROIT Principles.

My conclusion and decision is that CISG Parts I and II shall govern the Contract and that the UNIDROIT Principles shall govern as far as the formation of the Contract is concerned, and – in a supplementary fashion – also in other respects as foreseen in Articles 7 and in Article 9 of CISG."

²³ Dans la sentence finale dans l'affaire 11926 en 2003, l'arbitre unique déclare qu'il appliquera des règles transnationales au terme du raisonnement suivant :

"The Sole Arbitrator will first of all examine the question whether the Respondent may avoid the contract for material error under principles of transnational law as they are expressed in such comprehensive systems as the UNIDROIT Principles of International Contract Law, the Principles of European Contract Law (PECL, also known as Lando-Principles) or the Transnational Law Data Base (TLDB) of the Center for Transnational Law (CENTRAL) (hereinafter a)). The Sole Arbitrator will nevertheless test any result which flows from the application of such Principles against the solution which the Italian law applicable to the parties' relation in accordance with the applicable conflict of law rules [...] would yield, in order to avoid unreasonable and unexpected decisions which would take any one of the parties by surprise (hereinafter b))."

Les tribunaux arbitraux invoquent souvent les Principes *ex officio*, même lorsque les parties sont convenues de l'application d'un droit étatique déterminé. Une telle démarche est par exemple adoptée pour conforter la solution dégagée en application du droit applicable ou, à l'inverse, quand la solution donnée par ce droit est incertaine²⁴.

A défaut de choix du droit applicable par les parties, les arbitres du commerce international invoquent parfois les Principes *ex officio* en se fondant sur les articles du règlement d'arbitrage de la CCI permettant l'application des règles de droit considérées comme appropriées²⁵ ou renvoyant aux usages²⁶. Tout droit national peut alors être écarté en raison d'un défaut de pertinence ou du fait d'un contenu non précisé par les parties dans leurs écritures²⁷.

L'application des Principes n'est cependant pas automatique. Afin de déterminer si les Principes sont applicables, certains arbitres examinent si leur

Il est intéressant de relever que l'arbitre compare les Principes, les PECL et les principes CENTRAL dans un tableau synoptique afin d'examiner leurs points communs et de dégager la règle de droit applicable.

²⁴ En ce sens, dans la sentence finale dans l'affaire 12174 en 2003 le caractère international de l'arbitrage était contesté. Le droit turc était applicable conformément au choix des parties. Le tribunal arbitral, tenant compte de la nature et de l'impact international des opérations en cause, conclut que l'arbitrage est international. Pour renforcer son analyse, il invoque le préambule des Principes (1994) *"under which a contract may be of an international character if 'affecting the interest of international trade'."*

²⁵ Notamment l'art. 13(3) du règlement d'arbitrage de 1988 et l'art. 11(1) du règlement d'arbitrage de 1998.

²⁶ Notamment l'art. 13(5) du règlement d'arbitrage de 1988 et l'art. 11(2) du règlement d'arbitrage de 1998.

²⁷ Voir par exemple la sentence finale dans l'affaire 11638 en 2002 qui énonce :

"For those matters not governed by the CISG, the law applicable should be determined in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law. The Arbitrator considers that the application of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts should, according to Article 17(1) of the ICC Rules and Arbitration, be preferred to any domestic law which has not been designated by the parties, the content of which has not been established and which therefore does not seem appropriate to solve the dispute.

Such UNIDROIT Principles also appear applicable to those matters which are governed by the CISG but not expressly settled by it since Article 7(2) of the CISG provides that they should be settled in conformity with the general principles on which the CISG is based. Among these principles, is the need to promote uniformity in the application of the Convention (Article 7(1)), which is more likely to be fulfilled by application of the UNIDROIT Principles than of any domestic law.

Therefore, the Arbitrator shall apply the CISG and alternatively, for those matters not governed or settled by it the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts."

contenu diverge du droit national applicable ou si les Principes sont plus étroitement rattachés au litige que tout droit national applicable selon la règle de conflit de lois ²⁸.

Une approche originale peut être relevée dans la sentence intérimaire dans l'affaire 13012 en 2004 ²⁹. Dans cette affaire, le tribunal arbitral analyse

²⁸ Une telle analyse est faite dans la sentence dans l'affaire 12701 en 2004.

“Regarding the Claimant’s position that the general principles of law should be applied, there is of course no fundamental obstacle, as a matter of principle, to the application of general principles of law, and in particular the UNIDROIT Principles could be applied to decide the merits of a dispute in an international arbitration. However, in the face of the substantive connections between France and the purpose and implementation of the MOU discussed above, the Claimants have failed to identify any convincing reasons why general principles of law should apply in preference to the French law. In particular, the Parties’ silence in their MOU regarding the applicable law does not manifest a deliberate intention to exclude the application of a national law, and no evidence has been cited to suggest that this was in fact the Parties’ intention.

Accordingly, the Sole arbitrator decides that French law is the applicable law to the merits of the dispute between the Parties.”

Le tribunal mentionne toutefois qu'il n'y a pas d'impossibilité de principe à l'application des Principes. La non-application ne résulterait que des circonstances de l'espèce.

²⁹ *“Whereas according to paragraph [X] of the Terms of Reference executed by the Arbitral Tribunal and the parties’ representatives on [date 1], the Arbitral Tribunal shall decide on the applicable law to the merits of the dispute in a partial award;*

Whereas in accordance with the Arbitral Tribunal’s Procedural Order No. 1 of [date 1], the parties have respectively submitted on [date 2] briefs limited to the issue of the applicable law;

Whereas in accordance with the same Procedural Order the Arbitral Tribunal reserved the possibility of inviting the parties to a hearing on the applicable law issue, but has not found it necessary to do so;

Whereas the Arbitral Tribunal is, thus, now in a position to decide the issue of the applicable law;

Whereas to determine the law governing the contract of [date 3], both parties had recourse to the so-called cumulative method as well as to the so-called direct choice method;

Whereas regarding this first method, Claimant submits that the rules of law with which the case has the closest connection are those of France, whilst according to Respondent, the laws of Illinois have the closest connection to the matters at issue;

Whereas for the purpose of determining the law applicable to this dispute, article 17(1) of the ICC Rules (edition 1998) grants a broad discretion to the arbitral Tribunal, stating in the absence of any party’s agreement on that matter that: “the Arbitral Tribunal shall apply the rules of law which it determines to be appropriate”;

Whereas none of the connecting factors used by the parties to select the applicable law such as the parties’ domicile, the place of contracting or the place of performance of the contract is satisfactory;

Whereas in particular the place of performance would depend upon whether one focuses on the production of technical information or on its receipt;

Whereas a strict choice of law analysis is in any event inappropriate in the instant case

l'absence de choix de droit applicable comme une volonté de soumettre le contrat à des principes généraux anationaux. Le tribunal considère que les Principes doivent donc recevoir application. Il précise toutefois que les principes généraux inclus dans les Principes doivent être envisagés à la lumière de deux composantes essentielles de la *lex mercatoria*, à savoir les principes de bonne foi et *pacta sunt servanda*.

where the parties' rights and obligations under the contract at stake are perfectly symmetrical;

Whereas it would be arbitrary to decide that the law governing the [date 3] contract should depend on which side failed to perform and this is also an argument which goes against the application of the so called direct method;

Whereas in situations where the parties did not select the material law governing their agreement, arbitrators have frequently filled up this lacuna by a recourse to the general principles of law or Lex Mercatoria;

Whereas in the ICC case No. 7110 published in 10(2) ICC Bull. 39 & 46 (1999) an arbitral tribunal excluded any specific municipal legal system on the following grounds:

'(i) there is no express choice-of-law stipulation... and (ii) the parties have buttressed neutrality as to the applicable law by agreeing to submit their contractual disputes to international commercial arbitration. ... it can only be concluded that no national law was judged adequate or adapted to govern such transactions without the risk of disturbing the balance of neutrality between the parties. In consequence, when the parties negotiated and finally entered into the Contracts they only left room for the application of general legal rules and principles adequate enough so govern the Contracts but not originated in a specific municipal legal system.'

Whereas absent a choice of law in the contract, arbitrators in other ICC cases have similarly applied the general principles of law;

Whereas several ICC cases have considered that the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts ('UNIDROIT Principles') are the best approach to apprehend the general principles of law;

Whereas for the foregoing reasons the Arbitral Tribunal shall have recourse in the instant case to the UNIDROIT Principles as a primary set of guidelines in determining international rules of law applicable to the parties' contract;

*Whereas when relying on the general principles of law as embodied in the UNIDROIT Principles, the Arbitral Tribunal shall duly consider the Lex Mercatoria in its two fundamental principles, i.e. the standards of good faith which the parties should observe when performing the contract and the rule of *pacta sunt servanda*;*

Whereas in accordance with Article 17 § 2 of the ICC rules (1998 edition), the Arbitral Tribunal shall also take into account the provisions of the contract and the relevant trade usages;

Whereas the solution reached by the Arbitral Tribunal remains within the expectation of both parties since they have proposed as an alternative to a strict choice of law analysis the application of the general principles of law;

Based on the foregoing, the Arbitral Tribunal decides:

(...) that the material law applicable to the case shall be the general principles of law resulting from the UNIDROIT principles (2004 edition) and from the aforesaid fundamental rules of the Lex Mercatoria, as well as from the commercial usages prevailing in the sector of activities to which the parties' agreement relates; (...)."

L'originalité de ce raisonnement provient du fait que les Principes sont généralement envisagés comme une sous-catégorie de normes de la *lex mercatoria* que l'on applique pour préciser le contenu de cette dernière³⁰. Dans l'affaire 13012, les Principes s'appliquent mais la *lex mercatoria* vient tempérer les solutions auxquelles ils pourraient conduire. Il y a donc une sorte d'inversion de la logique déductive adoptée par les arbitres.

De manière surprenante, les Principes ont été utilisés dans une affaire comme facteur de rattachement à un droit national interne. Les parties ayant désigné comme droit applicable le "*droit matériel*" d'un pays ayant ratifié la CVIM, sans préciser le contenu de cette notion, le tribunal s'interroge sur l'acception à retenir. Le tribunal arbitral en déduit que par une référence générale au droit matériel, les parties ont entendu soumettre leur contrat à la CVIM. Il observe toutefois le caractère lacunaire de cette dernière et précise qu'elle doit être complétée par référence aux principes généraux qui sont la source des règles qu'elle édicte. Ces principes généraux sont présents et développés dans les Principes. Les Principes sont érigés en instrument d'interprétation de la CVIM. Toutefois, ils sont également lacunaires et doivent être complétés par application d'un droit national, à savoir celui du pays ayant ratifié la CVIM³¹.

Une stipulation contractuelle ambiguë ne sera pas toujours suffisante pour permettre au tribunal arbitral de choisir les Principes comme droit applicable. La présence d'éléments additionnels peut être déterminante. Par exemple, l'invocation des Principes par l'une des parties a été analysée, dans le cadre de l'interprétation d'une clause imprécise, comme la manifestation d'une volonté des parties d'appliquer les Principes³².

³⁰ Voir par exemple la sentence préliminaire dans l'affaire 12111 en 2003.

³¹ Voir la sentence partielle dans l'affaire 12460 en 2004 qui énonce :

"CISG, as per its article 7, may be supplemented by those general principles which have inspired its provisions and particularly those which have been substantiated and codified in the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and actually used in relation with the CISG implementation. This can be observed in arbitral jurisprudence (see ICC Publication No. 642.2002) and in various ICC precedents. At the hearing, the Tribunal raised the issue with the parties whether they might be relevant. The Tribunal has accordingly concluded that the UNIDROIT Principles should provide guidance.

Finally, for any legal question not treated in the CISG or the UNIDROIT Principles, the Tribunal will apply the laws of France."

³² Dans la sentence préliminaire dans l'affaire 12111 en 2003, l'arbitre unique, raisonnant sur la détermination du droit, identifie d'abord les articles pertinents du contrat. L'arbitre cite deux articles qui stipulent :

"Article [X] 'Disputes' of the Contract provided: 'the present contract is governed by

international; [...].’ The parties disagree as to the meaning and extent of this provision.

Article 3 ‘Price’ of the Contract and the Addendum provided for prices ‘in USD/MT Ex works’ [Claimant’s premises].”

L’arbitre indique ensuite les positions respectives des parties. En ce qui concerne le demandeur l’arbitre observe :

“In its Request for Arbitration dated [date 1] [Claimant] requested that the dispute be settled under Romanian law (Request for Arbitration, para 3.2).

Subsequently, in its Reply to Respondent’s Answer to the Request and its “Comments regarding the Applicable Law” dated [date 2], Claimant modified its position and proposed that the arbitration be settled under the Principles of European Contract Law – 1998 (‘PECL’) which are applicable in Romania, interpreted in the light of the Principles of International Commercial Contracts – 1994 (‘UNIDROIT Principles’). This position is based on the following assertions:

– the parties had in mind the general principles of law and *lex mercatoria* when they stipulated ‘international law’ in the Contract: (i) The parties to the Contract have a different nationality and their acts are subject to international private law being governed by general principles of law; (ii) the Contract being by essence an international trade contract, the absence of determination of a national law proves the parties’ intention to have the Contract governed by general legal rules and principles in matter of international obligations. Claimant refers in this respect to the contractual negotiations and to arbitral awards rendered in this respect;

– the Contract meets the conditions set forth under the Preamble and Article 1.101, point 3 of UNIDROIT Principles for the application of these Principles.”

L’arbitre relève que le défendeur se bornait à demander l’application du seul droit anglais en ces termes :

“In its Answer to the Request of [date 3] and in its letter of [date 4], [Respondent] requested English law to be the law applicable in this case since [Respondent] is a company registered under English law and it has ‘acted according to the letter and spirit of this law, including the interpretation of a Gentlemen’s agreement’.”

L’arbitre développe ensuite son raisonnement.

“Article 17 of the ICC Rules of Arbitration states the following:

1. The parties shall be free to agree upon the rules of law to be applied by the Arbitral Tribunal to the merits of the dispute. In the absence of any such agreement, the Arbitral Tribunal shall apply the rules of law which it determines to be appropriate.

2. In all cases, the Arbitral Tribunal shall take account of the provisions of the contract and the relevant trade usages.”

The Sole Arbitrator shall first examine whether there is an agreement of the parties upon the rules of law applicable to the Contract.

Claimant submitted two draft contracts to the Sole Arbitrator:

– a draft in English dated [date 5] prepared and executed by [Respondent], sent to [Claimant] on [date 6] stating:

– ‘Any disputes arising in connection with this contract will be settled in London according to English law’ (Claimant’s Exhibit...);

– a second draft in Romanian prepared by [Claimant], sent to [Respondent] on [date 6] introducing under Clause [Y] ‘Litigii’ the possibility of a settlement of the disputes through arbitration before the ‘Camera de Comert, Industrie, Navigatie si agricultura

Les Principes peuvent également être utilisés pour confirmer une solution au litige résultant de l'application d'un droit national. Dans la sentence finale dans l'affaire 10930 en 2002, le tribunal arbitral n'évoque l'application des Principes que dans un troisième temps. Dans cette affaire, les parties avaient choisi un droit national, le droit roumain. Le tribunal examine donc la solution du litige en matière d'erreur sur la substance et de fraude au regard de ce droit, corrobore cette solution par une référence à un second droit national, le droit français, et confirme enfin cette solution par sa conformité aux Principes.

Le recours aux Principes peut être effectué avec une volonté de son auteur de renvoyer de manière générale à un système normatif envisagé dans sa globalité. Toutefois, le recours aux Principes peut également avoir pour finalité l'application d'une règle juridique précisément identifiée.

Constanta, Romania' (Claimant's Exhibit...). There was no mention of an applicable law.

Article [X] of the Contract states: 'the present Contract is governed by international law'. It is clear that [Respondent], by executing the Contract, agreed that English law was not applicable. The issue is therefore the interpretation of the terms 'international law'.

The Contract is a sales contract entered into between two entities established in two different countries. Given the fact that they renounced during the negotiations to refer to a national law, the terms 'international law' cannot refer to the portion of so-called private international law of a national law. Indeed, 'private international law' as applied to international contracts consists of a set of rules of conflict of laws which help the judge or the arbitrator to determine the law applicable to the contract.

The Sole Arbitrator is persuaded that the parties wished to depart from a national system. They did not want to apply the private international law of an undetermined national legal system. The Sole Arbitrator agrees with Claimant that 'international law' should be understood as international rules applicable to international contracts.

This complies with the terms of Articles 17-1 and 17-2 of the ICC Rules of Arbitration which authorize the parties or the arbitrator not to apply a national law to a contract.

Furthermore, the Sole Arbitrator notes that the parties implicitly referred in the Contract to the application of trade usages (Article 17-3 of the ICC Rules for Arbitration) such as Incoterms, by stating in article [Z] 'Price' and in the Addendum that the Contract price was in 'USD M/T Ex works [Claimant's premises]'.

Accordingly, the Sole Arbitrator considers that the terms of 'international law' used by the parties refer to lex mercatoria and general principles of law applicable to international contractual obligations such as the ones arising out of the Contract. Such general principles are reflected in the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts which will be applied for the determination of the parties' respective claims in this arbitration.

As to the application of the PECL, i.e., principles established further to an initiative of the Commission of the European Union in order to harmonize private law within the State members of the European Union, the Sole Arbitrator notes that they constitute an academic research, at this stage not largely well-known to the international business community and are a preliminary step to the drafting of a future European Code of Contracts, not enacted yet. Claimant's claim for application of the PECL is therefore rejected."

B. Les Principes comme règle juridique particulière

L'auteur du recours aux Principes peut rechercher l'application d'une norme particulière qu'il identifie avec un degré de précision variable. La singularité de la règle est privilégiée par rapport à l'ensemble normatif.

L'adoption de cette approche dans les sentences étudiées révèle que certains articles des Principes sont nettement plus invoqués que d'autres³³. Une explication plausible de cette situation contrastée tiendrait à la perception que les acteurs du commerce international ont de l'adéquation de la règle à une situation juridique déterminée. Le recours à un article serait dicté par son degré de précision, celle-ci étant parfois reconnue (1) ou à l'inverse contestée (2).

1. La reconnaissance de la précision des Principes

Une partie peut invoquer un article ou un point précis des Principes plutôt que d'effectuer une référence générale à l'ensemble des Principes en tant que corps de règles, sans que la norme juridique applicable soit précisément visée par une référence à l'article pertinent des Principes et sans que le point litigieux à trancher par application des Principes ne soit mentionné³⁴.

Certains tribunaux arbitraux appliquent certains Principes de préférence à d'autres normes nationales en raison de leur précision. Ainsi, dans la sentence finale dans l'affaire 11265 en 2003, le tribunal arbitral souligne-t-il a *contrario* que les Principes se distinguent de "*la lex mercatoria ou tous autres principes flous et hétéroclites*"³⁵.

La référence à des Principes n'est pas une référence vague aux usages commerciaux. Il s'agit d'un renvoi à des règles précises³⁶. Par exemple, en

³³ Les chapitres les plus fréquemment cités sont par ordre décroissant : le chapitre 7 : inexécution (61 fois), le chapitre 1 : dispositions générales (20 fois), le chapitre 4 : interprétation (18 fois), le chapitre 2 : formation du contrat et pouvoir de représentation et le chapitre 3 : validité (10 fois), le chapitre 5 : contenu du contrat et droits des tiers (9 fois) et le chapitre 6 : exécution (8 fois).

³⁴ Par exemple, la sentence finale dans l'affaire 11842 en 2004 à propos de la détermination d'un taux d'intérêt ; la sentence finale dans l'affaire 11739 en 2002 à propos de l'obligation d'indemnisation et des intérêts.

³⁵ Le même raisonnement est adopté par le même tribunal arbitral dans la sentence finale dans l'affaire liée 11575 rendue en 2003.

³⁶ Voir par exemple, la sentence finale dans l'affaire 12040 en 2003 :

"However, since a general reference to trade usages is sometimes criticized for its vagueness, consideration of a specific codification as the UNIDROIT Principles of International

matière de détermination d'un taux d'intérêt, les Principes peuvent être appliqués de préférence à la *lex contractus* ou à l'utilisation de la règle de conflit de lois. Les Principes seraient les seuls à permettre l'application d'un taux "juste et raisonnable"³⁷.

L'utilité des Principes en matière de règle d'interprétation des contrats est reconnue par les arbitres³⁸.

A l'opposé des sentences consacrant la précision des divers Principes, certaines décisions arbitrales sont nettement plus critiques et reprochent aux Principes élaborés par UNIDROIT un manque de précision aux conséquences pratiques non négligeables.

2. La contestation de la précision des Principes

La mise en question de la précision des Principes peut tenir à leurs relations avec la *lex mercatoria*. Les Principes, envisagés comme composante de la *lex mercatoria*, sembleraient incomplets et souffrant des lacunes de cette dernière. Certains tribunaux arbitraux n'hésitent pas à souligner le champ d'application restreint des Principes, certaines règles spécifiques faisant défaut et rendant nécessaire l'application complémentaire d'un droit national³⁹. Ainsi dans la sentence partielle dans l'affaire 11601 en 2002, l'arbitre unique applique-t-il certains Principes et le droit français cumulativement. Il justifie cette démarche en affirmant l'identité des "Principes UNIDROIT pertinents" et des "règles qui découlent du droit français".

Commercial Contracts (Rome, 1994) may provide a more precise set of rules (see the explanatory note of the Preamble of the Principles, p. 4)."

³⁷ En ce sens, sentence finale dans l'affaire 13152 en 2004.

³⁸ Voir en ce sens, sentence finale 11265 en 2003 :

"S'agissant de l'interprétation des dispositions du Contrat, il appartient au tribunal de déterminer l'intention commune des Parties. Ce faisant, le Tribunal prendra en considération toutes les circonstances qu'il estime pertinentes, notamment le langage des dispositions concernées, les négociations préliminaires entre les Parties, le comportement des Parties postérieur à la conclusion du Contrat et la nature et le but du Contrat. V. Principes UNIDROIT Articles 4.1 et 4.3."

³⁹ En ce sens, le tribunal arbitral dans la sentence finale dans l'affaire 11018 en 2002 déclare :

"The lex mercatoria is not yet very elaborated on nullity as a consequence of illegality. For instance, the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts or the Principles of European Contract Law do not deal with invalidity arising from illegality. However, many principles of the lex mercatoria related to nullity in general are relevant in the present case. Moreover, to the extent necessary, French law, that is very elaborate on the issue of nullity, will be taken into consideration as an additional source of law."

La contestation de la précision des Principes tient aussi à la relation qu'ils entretiennent avec les usages. L'application des Principes fait souvent l'objet d'une qualification plus ou moins ambiguë de nature à en diminuer la portée. Ainsi lorsqu'un tribunal arbitral retient que les Principes seront appliqués "en tant qu'ils constituent une codification des usages commerciaux et expriment des principes généraux du droit des contrats"⁴⁰ est-il possible de s'interroger. Les Principes sont-ils appliqués parce qu'ils constituent une telle codification fidèle aux principes généraux du droit des contrats ou sont-ils appliqués pour autant qu'ils constituent une telle codification fidèle aux principes généraux du droit des contrats ? Dans la seconde situation, l'application des Principes devraient être écartés si ceux-ci ne reflètent pas ces principes généraux en matière contractuelle.

L'application des Principes peut être contestée sur le fondement d'une divergence entre les règles posées par les Principes et les pratiques ou usages d'un secteur d'activité⁴¹. Les Principes ne seraient pas une norme juridique à

⁴⁰ En ce sens voir la sentence finale dans l'affaire 11265 en 2003.

⁴¹ Par exemple, le défendeur dans la sentence finale dans l'affaire 11256 rendue en 2003 s'opposait à l'application des Principes demandée par le demandeur notamment sur le fondement suivant :

"there is no evidence that the CISG, the Inter-American Convention or the UNIDROIT Principles are terms used or generally understood in the truck assembly industry." Le tribunal tranche le débat : *"When, as in this case, the parties have chosen the applicable law to the Agreement, the role of the UNIDROIT Principles can only be a limited one. These Principles have a non-binding character and it logically follows that the solutions of the national law chosen by the parties must prevail. It is only when a national law is ambiguous and therefore calls for interpretation that the UNIDROIT Principles, which are the result of a thorough comparative study, may be used to interpret this law and solve unexpected difficulties in applying it to an international contract. (See, inter alia, F. Dessemontet, 'Use of the UNIDROIT Principles to Interpret and Supplement Domestic Law', ICC International Court of Arbitration, Special Supplement 2002, pp. 43 and 49). Moreover, this assumes that legal sources of interpretation in the legal system at stake do not provide solutions in order to solve the ambiguity.*

Article 17(2) of the ICC Rules ('the arbitral tribunal shall take account of the provisions of the contract and the relevant trade usages') does not affect this conclusion. As stressed by an ICC award of 1999, in the case 9029, "recourse to the Principles is not purely and simply the same as recourse to actually existing internationally commercial usage" (1999, 10; 2 ICC ICarb. Bull. 78; see also, Ph. Fouchard, B. Goldman, E. Gaillard, International Commercial Arbitration, p. 846). The UNIDROIT Principles propose reasonable solutions to meet the needs of international trade in the light of the experience of some of the major legal systems but do not generally reflect the trade usages referred to in Article 17(2) of the ICC Rules of Arbitration. As indicated by Juan Fernandez-Armesto '... all rules contained in the Principles do per se meet the traditional test required for usages to be accepted as source of law ('repetitio' and 'opinion iuris')...' (J. Fernandez-Armesto, note on the Separate Arbitral Award in SCC case 117/1999, Stockholm Arbitration Report 2002:1 p. 59ff.). There are obviously some

vocation universelle, leur portée tant géographique que matérielle demeurant limitée. Certains Principes ne seraient par exemple envisagés qu'en tant que règle d'interprétation d'un contrat ⁴².

Certaines sentences énoncent que l'application des Principes par les opérateurs du commerce international ne serait pas suffisamment fréquente et constante pour qu'ils accèdent au statut d'usages selon l'acception retenue par le règlement d'arbitrage de la CCI. Une telle analyse suscite une discussion, le raisonnement adopté par les arbitres tendant parfois à nier la distinction entre usages et coutumes ⁴³.

Dans une autre affaire, le défendeur n'avait pas exécuté ses obligations d'achat de certaines quantités de produits contractuels du fait d'une contraction de la demande de ce produit sur le marché. Le défendeur invoquait le "hardship" prévu aux Principes. Le tribunal arbitral composé de trois arbitres japonais écarte les Principes, y compris ceux relatifs au "hardship", ceux-ci ne reflétant ni les coutumes, ni les usages du commerce international et leur utilisation n'étant pas prouvée au Japon. La sentence reconnaît néanmoins la valeur de la réflexion juridique conduite par UNIDROIT. Toutefois, celle-ci n'est pas suffisante pour déclarer les Principes applicables lorsque le droit japonais est applicable ⁴⁴.

overlapping as specific solutions of the Principles may correspond to usages of certain trades. The emphasis put on good faith by the Principles is an example of such overlapping. But the Principles and the trade usages have completely different natures.

In conclusion, the Arbitral tribunal will apply Mexican law, with the possibility, in case Mexican law is ambiguous on specific matters, to resort to the UNIDROIT Principles as a tool for interpretation when no Mexican legal source of interpretation can be used to solve the problem met."

⁴² En ce sens, voir la sentence finale dans l'affaire 11256 rendue en 2003.

⁴³ Voir par exemple la sentence finale dans l'affaire 11256 rendue en 2003.

⁴⁴ Sentence finale dans l'affaire 12446 en 2004 :

"The Article 98 of the Japanese Constitution provides that the established international law should be observed. Also, Article 2 of Horei (Law No. 10 of 1898 as amended) sets forth that customs that do not conflict with public order or good moral have the effect as a law to the extent such customs are recognized by law or where there is no provision of law. Also Article 92 of the Civil Code sets forth that customs that are different from provisions in law which do not relate to the public order, should be observed if parties express their intention to rely on such customs. Article 17(2) of the Rules sets forth '(i)n all cases the Arbitral Tribunal shall take account of the provisions of the contract and trade usages. UNIDROIT Principles cannot be said to be an established international law or trade customs or trade usages supported widely in Japan as 'customs' referred to in Article 2 of Horei and Article 92 of the Civil Code or 'usages' referred to in article 17(2) of the Rules. There is no empirical study showing that UNIDROIT Principles are practiced as trade customs or usages by worldwide

Les sentences étudiées démontrent que le recours aux Principes est maintenant établi dans la pratique arbitrale de la Chambre de commerce internationale. La variété des formes d'utilisation des Principes, tenant à leur champ d'application, leur rédaction ainsi qu'à leur souplesse d'utilisation expliquent vraisemblablement en partie ce phénomène contractuel et procédural. Si des hypothèses peuvent être avancées, les raisons de l'invocation des Principes demeurent incertaines.

II. – LES PRINCIPES D'UNIDROIT : UNE INVOCATION AUX RAISONS INCERTAINES

Les écritures des parties ainsi que le raisonnement des tribunaux arbitraux figurant dans les sentences arbitrales analysées conduisent à s'interroger sur l'universalité des Principes. Deux séries de considérations, les unes de nature subjective (A), les autres de nature objective (B), semblent permettre d'esquisser une réponse à la question de l'éventuelle portée universelle des Principes.

A. Des considérations subjectives à l'invocation des Principes

Ce sont celles qui tiennent aux personnes, aux acteurs du commerce international qui sont concernés par l'application des Principes. En matière d'arbitrage institutionnel, trois types d'acteurs doivent être pris en compte du fait de leur rôle dans le recours direct ou indirect aux Principes : les parties au différend (1), les arbitres (2) et le centre d'arbitrage (3).

1. Les parties

La nationalité des parties à l'arbitrage a-t-elle une influence sur l'invocation et l'application des Principes ?

Le nombre de sentences dans lesquelles les Principes sont invoqués alors que l'une au moins des parties n'est pas européenne est très faible. La nationalité des parties semble de nature à influencer sur le recours aux Principes. Pour autant, il serait erroné de conclure qu'il s'agit d'un élément unique et déterminant. D'une part, la nationalité des parties a une influence directe et exclusive seulement en ce qui relève de la mention d'un Principe dans le contrat à l'origine du litige. L'influence de la nationalité des parties est éventuellement partagée avec le tribunal en matière de recours aux Principes

business people or by Japanese business people. It is not a compilation of world trade customs. Though this arbitration Tribunal does not deny that UNIDROIT Principles indicate well thought good rules, that fact does not make the UNIDROIT Principles worldwide trade customs or usages. This Tribunal concludes that UNIDROIT Principles cannot apply to this case'."

lors de la conduite de l'instance arbitrale. D'autre part, un facteur supplémentaire, à savoir la nationalité des arbitres, est susceptible d'influer directement sur la mention des Principes dans l'instance arbitrale.

2. Les arbitres

L'interrogation sur l'influence de la nationalité⁴⁵ des arbitres sur l'invocation et l'application des Principes se pose également. Parmi les 109 arbitres intervenant dans les sentences étudiées, 89 sont européens, les nationalités les plus représentées étant la nationalité française (25 fois) et suisse (19 fois). 1 seul arbitre est originaire d'Afrique subsaharienne. La présence d'un arbitre européen semble aller de concert avec le recours aux Principes. Il serait toutefois hâtif de conclure qu'il existe incontestablement un lien de causalité, l'auteur du recours aux Principes n'étant pas nécessairement identifié dans les sentences.

Le lien existant entre la nationalité de l'arbitre et l'invocation ou l'application des Principes subit parfois l'intervention d'un troisième acteur de la procédure arbitrale, le centre d'arbitrage.

3. Le centre d'arbitrage

Dans les affaires étudiées, le siège de l'arbitrage était majoritairement en Europe. Or, la localisation du siège est souvent l'un des critères retenus par les institutions d'arbitrage pour choisir les arbitres lorsque ceux-ci n'ont pas été désignés par les parties ou lorsqu'un président de tribunal arbitral n'a pas été sélectionné par les coarbitres. Dès lors qu'un centre d'arbitrage doit fixer le siège de l'arbitrage, son choix d'un siège en Europe n'est-il pas susceptible de favoriser la désignation éventuelle d'un ou plusieurs arbitres européens, eux-mêmes plus facilement prédisposés à recourir aux Principes ?

Dans le cadre du règlement d'arbitrage de la CCI l'examen du projet de sentence arbitrale⁴⁶ est susceptible d'avoir une influence sur le recours aux

⁴⁵ Il serait intéressant de comparer les données statistiques en matière de nationalité à celle relatives au lieu d'exercice des arbitres. Est-ce la nationalité de l'arbitre qui est déterminante du recours aux Principes ou l'insertion de l'arbitre dans une communauté juridique nationale, voire un cumul de ces deux éléments ?

⁴⁶ Il s'agit de l'art. 27 du règlement d'arbitrage de 1998 qui énonce :

“Avant de signer toute sentence, le tribunal arbitral doit en soumettre le projet à la Cour. Celle-ci peut prescrire des modifications de forme. Elle peut, en respectant la liberté de décision du tribunal arbitral, appeler son attention sur les points intéressant le fond du litige. Aucune sentence ne peut être rendue par le tribunal arbitral sans avoir été approuvée en la

Principes et davantage encore sur leur application. La cour internationale d'arbitrage vérifie la forme de la motivation des sentences mentionnant les Principes. Une pratique de l'institution peut ainsi se développer en matière de recours aux Principes⁴⁷.

Les raisons de l'invocation des Principes dans l'arbitrage ne se résument nullement à la présence de tel ou tel acteur dans l'instance arbitrale. Aux considérations subjectives s'ajoutent des considérations objectives, généralement mieux connues des opérateurs du commerce international.

B. Des considérations objectives à l'invocation des Principes

Il s'agit des considérations qui tiennent au champ d'application géographique des Principes. De nombreuses sentences reconnaissent que les Principes sont "*internationalement reconnus*"⁴⁸. Quelques sentences en contestent l'application en raison de leur ignorance par certains acteurs du commerce international. Si la connaissance de l'existence des Principes semble avérée, la portée géographique de ces règles, c'est-à-dire leur champ d'application territorial, doit être considéré. UNIDROIT revendique la vocation internationale de ses Principes (1) mais leur application demeure régionale (2).

1. Des règles à vocation internationale

L'objectif d'unification des règles contractuelles poursuivi par les Principes est souligné par certaines sentences pour en justifier l'application. Le recours aux Principes est alors envisagé comme un moyen d'unification directe du droit, lorsqu'ils suppléent l'absence de toute autre règle de droit, ou indirecte du droit, lorsqu'ils servent à combler les lacunes d'un autre texte applicable et silencieux sur le point à trancher⁴⁹.

Le caractère de reflet ou de résumé de la pratique contractuelle ou jurisprudentielle des Principes n'est pas nécessairement suffisant pour en garantir l'application par les arbitres. Lorsqu'une référence est faite aux Principes, les arbitres cherchent parfois à s'assurer qu'aucun autre texte n'aurait eu vocation à s'appliquer et n'aurait abouti à une conclusion

forme par la Cour".

⁴⁷ Une de ces pratiques consiste notamment à attirer l'attention des arbitres sur l'opportunité de motiver l'adoption de certaines solutions en citant des sentences arbitrales publiées mentionnant les Principes.

⁴⁸ Par exemple, la sentence finale dans l'affaire 10930 en 2002.

⁴⁹ En ce sens, voir par exemple la sentence finale dans l'affaire 11638 en 2002.

différente⁵⁰. Cette attitude des arbitres peut s'expliquer par une appréhension et une acceptation variables des Principes dans les différents droits.

2. Des règles à l'application régionale

Est-ce que les Principes sont une reformulation de normes d'origine européenne et auraient principalement vocation à s'appliquer dans un contexte européen ?⁵¹ Des sentences relèvent le caractère en pratique

⁵⁰ La sentence finale dans l'affaire 11880 rendue en 2004 illustre cette hésitation :

"The starting point for solving this issue is of course the Guaranty itself. Nevertheless, the Guaranty does not contain any definition of 'non conforming goods' or of any other expressions used in the Guaranty. Therefore the examination of the text of the Guaranty shall only enable to find out which are the possibly relevant 'tools' for the interpretation of the meaning of the point at issue.

According to section [X] of the Guaranty 'The arbitrators shall apply the principles of UNIDROIT and the laws of Italy as to all matters not expressly covered by this Guaranty' [...]. There are no other references to other possible interpretation instruments and particularly there is no renvoi to definitions contained anywhere else, as for instance in other contracts.

Given the above, the interpretation of the clause under dispute has to follow the principles of interpretation set forth in the UNIDROIT principles and in the Italian legal system.

The UNIDROIT principles contain under Chapter 4, articles 4.1 to 4.8 very detailed rules on the interpretation of a contract. The arbitrator renounces to quote them in full. The essence of such rules is that if the common intention of the parties can not be established, the interpretation shall base upon the meaning that reasonable persons of the same kind as the parties would give in the same circumstances. Such relevant circumstances are those indicated under art. 4.3, which, however, does not represent an exhaustive list. Actually, art. 4.3 is the key clause on interpretation whereas the subsequent articles concern specific matters to which we will revert if necessary.

The interpretation of a contract according to Italian law does not differ from the rules indicated in the UNIDROIT principles as actually the latter represent, at least as far as this subject is concerned, a kind of summary of the generally commonly accepted principles on interpretation developed in the Western countries and deriving from the main civil law codes and case law in the international trade."

⁵¹ La question est indirectement posée par la sentence partielle dans l'affaire 12123 en 2003 :

"Preliminary Remarks

Before addressing the present case in detail, one should consider certain matters of a general nature.

*The arbitration clause states that the merits are to be governed by 'European Law' without further explanation. The expression may have a significant meaning, seeking thereby to indicate a sort of amalgam of fundamental principles to which the major European systems aspire: for example, those which are at the basis of projects for a European Civil Code, those of UNIDROIT, those to be found in international Conventions of uniform law, those of the *lex mercatoria*, and so forth. This type of analysis does not however appear necessary, since the parties have subsequently narrowed their choice and chosen to ask the arbitral tribunal to*

restreint de leur champ d'application territorial. Par exemple, un tribunal arbitral n'hésite pas à les écarter à défaut de leur connaissance suffisante et de leur acceptation au Japon⁵². Les sentences tendant à limiter le champ d'application territorial des Principes sont toutefois très minoritaires. L'accroissement du nombre de sentences faisant référence aux Principes tend à démontrer que leur invocation est davantage une question de connaissance que de volonté d'en limiter le champ d'application.

CONCLUSION

Tout observateur des Principes est amené à s'interroger sur leur vocation à être invoqués dans une instance arbitrale, comme dans tout contentieux judiciaire, ou en dehors de tout litige, lors de la rédaction d'un contrat. La réponse à cette interrogation est encore malaisée. La précision des conditions du recours aux Principes par les tribunaux arbitraux serait nécessaire.

La nature juridique des Principes demeure incertaine : sont-ce des usages, des coutumes ? Si usage il y a, ne serait-ce pas davantage le recours à la règle que la règle matérielle elle-même qui constituerait cet usage ? Quelles relations les Principes entretiennent-ils avec la *lex mercatoria* ?

L'absence de précision quant aux conditions du recours et à la nature des Principes introduit un risque juridique. La réduction de ce risque dépend naturellement d'une connaissance accrue des Principes. Cette dernière est étroitement liée à la publication des décisions arbitrales et à l'établissement d'un corpus de décisions, accessible, compréhensible et régulièrement mis à jour afin de refléter le droit positif du commerce international.

Une meilleure connaissance des Principes permettrait vraisemblablement qu'ils soient plus utilisés, notamment dans les contrats de distribution, les contrats d'entreprise liés au secteurs de l'énergie et les grands contrats d'infrastructures qui sont ceux impliquant des parties africaines et qui donnent généralement lieu à litiges tranchés par voie d'arbitrage commercial international.



apply French law to the merits, regardless of any consideration of wider inspiration.

The choice was made at the commencement of the arbitration proceedings (and in TOR) and reflects a power granted to the parties by art. 17 of the ICC Rules."

⁵² Sentence finale dans l'affaire 12446 en 2004, *supra* note 44.

THE HARMONISATION OF OHADA CONTRACT LAW : THE IMPACT OF THE UNIDROIT PRINCIPLES ON CONTRACT PRACTICE AND ARBITRATION (Abstract)

Emmanuel JOLIVET (Doctor of Law; General Counsel, International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce; Associate Professor at the University of Versailles-Saint Quentin (France)).

At a time when the changing face of contract law in the member countries of the Organisation for the Harmonisation of Business Law in Africa, as evidenced by the Preliminary Draft OHADA Uniform Act on Contract Law, is at the centre of, at times impassioned, scholarly debate, an empirical search for objective criteria by which to assess the pertinence and appropriateness of adapting the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts to this regional legal order seems both useful and necessary.

How do these Principles fit into the development of this regional body of rules? Can a comparison be made with the much wider legal framework at international level, to establish what role the Principles might play in contract law reform within OHADA? One possible way of approaching such an undertaking is to examine the practices of international business operators and especially, the impact of the Principles on contract practice and arbitration.

This study sets out to analyse what has become known as arbitral "jurisprudence". One of our first findings is that the Principles are now regularly referred to in arbitration, probably owing to the many different ways in which they can be used. 54 arbitral awards handed down between 2002 and 2004 by arbitral tribunals applying the ICC Rules of Arbitration are examined here (most of them referring to cases involving sales and distribution contracts in industry and commerce), that is 5.5% of all the awards rendered during the period in question (this means that the Principles are the rules most often referred to of all the laws in the African countries).

Most of the references to the Principles are made at the award stage rather than in the course of negotiation, the applicable law clause or the arbitrator's terms of reference. The Principles appear to be increasingly called upon by one of the parties to the arbitration, for example when the domestic applicable law is determined to corroborate, supplement or temper the legal solution resulting from strict application of a given State law; the Principles may also be a source of inspiration to identify the general principles which one of the parties would like the arbitral tribunal to adopt as the rule of law applicable to the litigation. As the actual case might be, the Principles are in that case used as a general or particular rule of law.

However, since there are no clear-cut grounds for invoking the Principles, the question of the universal application of the Principles arises. Two sets of considerations may assist in suggesting a first response to this question: the first of these are of a subjective nature and refer to the actual people, the actors on the international business stage, involved in applying the Principles – here we find that in

most cases, the Principles are invoked or applied when the parties in the dispute, the arbitrators or the arbitration centre have a link with Europe.

In addition to these subjective considerations, there are objective considerations – with which international business operators are usually more familiar – involving the geographical scope of application of the Principles. A large number of awards acknowledge that the Principles are “internationally recognised”. Some few awards on the other hand challenge their application on the grounds that some international business people are not familiar with them. UNIDROIT makes much of the worldwide calling of its Principles (in this context, recourse to the Principles is presented as a means of direct unification of the law, where the Principles compensate for the lack of any other rule of law, or of indirect unification of the law where they are used to fill a gap in another applicable text that is silent on the point at issue), but the way in which they have been applied to date might seem to suggest that their vocation is first and foremost European.

Nevertheless, the constant rise in the number of awards that refer to the Principles would seem to indicate that the extent to which they are invoked is a question of familiarity with these Principles rather than of a conscious determination to restrict their scope of application.

