

L'adéquation de l'ordre de lois contractuelles aux besoins de la pratique des affaires / Didier Ferrier. — Extrait de : Revue juridique de l'USEK. — N° 10 (2009), pp. 5-20.

Notes au bas des pages.

I. commerce international. II. Offre et demande. III. Economie de l'offre.

PER L1311 / FD258258P

L'ADÉQUATION DE L'OFFRE DE LOIS CONTRACTUELLES AUX BESOINS DE LA PRATIQUE DES AFFAIRES

PAR

Didier FERRIER

Professeur à l'université Montpellier I

1. - La question de l'adéquation de « l'offre de lois contractuelles aux besoins de la pratique » se pose dans des termes particuliers lorsque l'on aborde le domaine des affaires¹, c'est-à-dire celui des relations entre professionnels².

Dans ce domaine, le contrat n'est pas seulement le moyen de fournir ou d'obtenir un bien ou un service, il constitue plus stratégiquement l'instrument de la réalisation et du développement de l'activité économique elle-même. Dès lors, ce contrat, qu'il soit standardisé en raison de ses fréquentes récurrences (transports ou ventes par exemple) ou singulier en raison de ses rares occurrences (fourniture d'usine clé en main par exemple), emporte toujours un enjeu économique considérable pour l'une des parties au moins. Cet enjeu crée un besoin de sécurité d'autant plus pressant que le contrat présente un caractère international³.

2. - En effet si le contrat d'affaire international s'inscrit dans un ordre

1) La pratique des affaires mobilisant non seulement les opérateurs économiques mais aussi, pour ce qui nous concerne, les juristes qui les conseillent ou qui ont vocation à conseiller dans le choix ou l'application de loi contractuelle.

2) À distinguer de celui des relations entre professionnels et consommateurs, en supposant qu'une telle distinction puisse être facilement opérée. La supposition paraîtra optimiste à ceux qui connaissent les subtiles qualifications de professionnel - non professionnel ou de professionnel intervenant hors de sa spécialité ou encore de professionnel - consommateur.

3) Le contrat international étant entendu ici de manière très large. - Rapp. les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international qui définissent le contrat international comme celui qui n'est pas exclusivement rattaché à un ordre juridique national, V. Préambule commentaire n° 1.

économique unifié⁴ par le principe de la liberté des échanges, avec son corollaire : la liberté de la concurrence, il relève par ailleurs d'ordres juridiques diversifiés en raison de la concurrence existant entre les lois des États auxquels il pourrait être rattaché.

L'offre, entendue ici comme une proposition et non une imposition⁵, de lois contractuelles ou plus largement de « droit » (pour ne pas s'arrêter à une notion trop formelle de la norme), visant à soumettre ces contrats à un régime particulier, s'est multipliée depuis quelques années sous diverses initiatives d'origine privée⁶ ou institutionnelle⁷ et en poursuivant diverses finalités :

– offre à visée internationale⁸ ou régionale et notamment européenne⁹, voire même nationale pour inciter les opérateurs économiques, quelle que soit leur nationalité, à choisir la loi nationale offerte¹⁰ ;

– offre destinée à toutes les relations contractuelles (Principes du droit européen des contrats, même si certaines dispositions visent étonnamment

4) Sous l'action notamment d'organisations internationales telles que l'Organisation mondiale du commerce ou des organisations régionales ASEAN, ALENA, MERCOSUR, et bien sûr Union européenne.

5) Ce qui conduit à écarter notamment les initiatives européennes visant à travers des directives ou règlements l'harmonisation du régime de certaines relations contractuelles comme l'agence commerciale par exemple ou l'élimination de restrictions conventionnelles de concurrence, V. D. FERRIER, « L'harmonisation du droit des contrats de distribution en Europe », in *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Economica, 2001.

6) Particulièrement à caractère académique, V. Principes du droit européen des contrats élaborés par des universitaires constituant un « corps composite de docteurs forains » selon l'heureuse formule de Ph. REMY in *Les concepts contractuels français à l'heure des principes de droit européen des contrats*, dir. P. REMY-CORLAY et D. FENOUILLET, Dalloz, 2003, p. 6.

7) CNUDCI, CNUCED, UNIDROIT.

8) Principes relatifs aux contrats du commerce international adoptés en 1994 par l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit) et complétés en 2004 (*Principles of International Commercial contracts*, 2004, éd. Unidroit). - Rapp. Base de données CENTRAL Transnational Law Database établie par le « Center for transnational law ».

9) Principes du droit européen du contrat dégagés par la Commission dite « Commission Lando ». - Avant-projet de Code européen des contrats proposé par l'Académie de Pavie et dit « projet Gandolfi » du nom de son coordinateur ; auxquels on peut associer les travaux du Study Group on a European Civil Code sous la direction du Pr. VON BAR.

10) Un des objectifs de l'avant-projet de réforme du droit des contrats dit « Projet Catala », P. CATALA, « La genèse et le dessein du projet », RDC 2006, p. 12 « Il est inconcevable que la France soit muette dans un concert européen qui pianote les premières gammes d'un droit commun idéal des contrats ».

les professionnels) ou spécifiquement aux relations d'affaires (Principes d'Unidroit) ;

– offre recherchant au delà de l'harmonisation des règles leur simplification, leur actualisation voire leur promotion parce que le droit devient de plus en plus le vecteur de l'économie.

3. - Le monde des affaires est naturellement conduit à s'interroger sur l'adéquation à ses besoins de ces lois offertes, c'est-à-dire sur l'adéquation de l'offre dans ses applications (II), mais d'abord sur l'adéquation à ses besoins de l'offre de lois elle-même, c'est-à-dire sur l'adéquation de l'offre dans son principe (I).

I. - L'ADÉQUATION DE L'OFFRE, DANS SON PRINCIPE

4. - Parce que le monde des affaires est celui de professionnels qui ont la pratique des relations contractuelles et qui savent en cas de besoin établir leurs propres règles, on peut penser que l'offre de lois contractuelles n'est pas nécessaire (A), mais parce que ces relations contractuelles se développent dans un contexte international de plus en plus ouvert, il apparaît que l'offre de lois n'est pas inutile comme le laisse transparaître précisément la multiplication de l'offre (B).

A. - L'offre de lois n'est pas nécessaire

5. - Dans une certaine mesure, l'offre de lois contractuelles n'est pas nécessaire pour le monde des affaires car les professionnels sont capables de créer des règles adaptées à leur besoin (1°) et, à défaut, d'utiliser les lois existantes (2°).

6. - 1°) Le droit du commerce a été pendant longtemps un droit nourri par des usages, c'est donc naturellement que les professionnels ont créé au plan international comme au plan national d'ailleurs, des règles permettant de répondre de manière pertinente à leurs besoins¹¹.

7. - Ces règles relèvent classiquement de la tradition en ce qu'elles procèdent de l'observation des pratiques professionnelles pour conforter les

11) Pour une excellente présentation générale de cette démarche : E. JOLIVET, *Les incoterms, étude d'une norme du commerce international*, préf. D. Ferrier, avant-propos Ph. Fouchard, Litec, 2003.

bonnes pratiques¹² ou corriger les mauvaises pratiques¹³.

Se trouvent ainsi établis des usages, faisant parfois l'objet d'une véritable codification privée¹⁴, des codes de bonne conduite ou guides élaborés par des organisations internationales¹⁵ ou par des regroupements professionnels souvent soucieux d'éviter grâce à cette autorégulation l'édiction d'une réglementation contraignante¹⁶, des contrats modèles en matière d'opérations internationales élaborés par des organismes privés ou institutionnels¹⁷.

8. - Ces règles apparaissent de plus en plus souvent liées à l'innovation. Les avancées de la science et de la technique appellent en effet la mise en place de règles nouvelles pour assurer, au sens fort du verbe, les relations contractuelles. Or on a constaté que les milieux professionnels sont généralement à l'origine de ces règles car ils se révèlent plus réactifs que les autorités étatiques ou interétatiques¹⁸ ; lesquelles respectent d'autant cette initiative et en reprennent même les conclusions¹⁹.

Le secteur du commerce électronique a été ainsi encadré par des règles

12) Règles généralement de nature corporative particulières à une profession ou une branche du commerce international, Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, Dalloz, 1965. - E. LOQUIN, « La réalité des usages du commerce international », *RIDE*, 1989, p. 163. - V. les nombreux organismes ou commissions chargés d'identifier et de diffuser les normes suivies dans la pratique des acteurs économiques.

13) Au plan national la récente création de la Commission d'examen des pratiques commerciales par l'article L. 440-1 du Code de commerce traduit la reconnaissance de cette démarche professionnelle.

14) À titre d'exemple, « les règles et usances relatives aux crédits documentaires », Publ. CCI, 1994, n° 600, auxquels se réfèrent les juges, ainsi, Cass. com., 14 oct. 1981 : *D.* 1982, p. 301, note M. VASSEUR.

15) Code de conduite sur les entreprises multinationales de l'OCDE, Code de conduite sur les transferts internationaux de technologie, Guide sur la rédaction de contrats relatifs à la réalisation d'ensembles industriels publiés par l'ONU.

16) S. AMRANI-MEKKI, « La liberté de l'entreprise face à ses clients », in *Entreprise et liberté*, Trav. Assoc. H. Capitant, t. X, à paraître.

17) Commission économique pour l'Europe des Nations unies, Orgalime, et particulièrement la *Task Force Commercial Law and Practice* de la chambre de commerce internationale avec ses propositions de contrats internationaux d'agence commerciale, de concession, de franchise, ou de termes commerciaux internationaux, Incoterms 2000, règles officielles ICC pour l'interprétation des termes commerciaux, éd. ICC.

18) Ph. KAHN, *La lex mercatoria et son destin*, in *L'actualité de la pensée de Berthold Goldman, Droit commercial international et européen*, éd. Panthéon-Assas, 2004, p. 25.

19) Ph. FOUCHARD, *L'État face aux usages du commerce international*, Travaux du Comité français de droit international privé, 1973-1975, p. 71.

professionnelles ou plus largement d'origine privée²⁰ avant que des autorités nationales et communautaires fixent des règles légales de formation et de preuve des contrats électroniques²¹. Et de nombreux autres domaines pourraient être évoqués : activités liées aux biotechnologies, aux activités spatiales, aux activités sportives²².

9. - Ces règles issues de la pratique sont mises en œuvre non seulement par les professionnels eux-mêmes mais aussi par ceux appelés à trancher leur litige.

Les professionnels utilisent de manière presque systématique les contrats types ou modèles qui leur sont proposés par la CCI²³ entre autres organismes²⁴ ou encore les Incoterms que l'on a identifiés comme « *un élément majeur de l'Organisation du commerce international* »²⁵ et dont on a salué l'incontestable supériorité sur les dispositions concurrentes de la Convention de La Haye de 1964 en relevant que « *l'échec de l'harmonisation du droit de la vente par la voie de conventions internationales contrastait avec l'accueil réservé par la pratique à certains modèles plus informels* »²⁶.

Les arbitres eux aussi fondent leur sentence sur ces règles professionnelles. Une telle application est confortée par de nombreuses dispositions parmi lesquelles on relève l'article 1496 du Nouveau Code de procédure civile qui invite les arbitres à « *tenir compte dans tous les cas des usages du commerce* » et à trancher les litiges « *conformément aux règles de droit* », et

20) General Usage for International Digitally Ensured Commerce (GUIDEC), ICC 1997.

21) ICC's Commission on E-Business, IT and Telecoms, V. "An Inventory of Policy Positions and Practices Guidance", ICC 2007.

22) H. RUIZ-FABRI et J.-M. SOREL, in *Droit du commerce international*, dir. J. BEGIN et M. MENJUCQ, Lexis, p. 63.

23) M. FONTAINE, Le droit de la vente internationale. Convention de Vienne et contrats types, in Commission droit et vie des affaires, Évolution récente du droit des affaires, 1992, p. 196.

24) V. en matière de contrats de financement, de contrats de recherche et développement, *Droit du commerce international*, préc., p. 58, de contrat de vente de matières premières agricoles (code RUFRA règles et usances français pour le commerce de grains, graines oléagineuses et protéagineuses, produits du sol et dérivés ou contrat GAFTA, Grain and Feed Trade Association).

25) Ph. KAHN, « Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international », JDI, 1994, p. 115 et E. JOLIVET, op. cit.

26) M. FONTAINE, « L'harmonisation du droit des contrats et la pratique contractuelle », in Les grandes clauses des contrats internationaux, Commission droit et vie des affaires, Feduci, Bruylant éd. 2005, p. 2.

non exclusivement au « droit » c'est-à-dire à une loi nationale, que les parties ont choisies²⁷.

10. - Les règles professionnelles reconnues par le monde des affaires et sanctionnées par les arbitres internationaux, ont pu être ainsi considérées comme de véritables règles de droit²⁸.

Cette reconnaissance au titre d'une « *lex mercatoria* », même si elle n'est pas partagée par tous les auteurs²⁹, traduit bien l'importance de la création de règles par la pratique³⁰.

11. - 2°) Au demeurant, même en l'absence de règles professionnelles applicables au contrat d'affaires international, l'offre de lois contractuelles ne paraît pas nécessaire dès lors qu'une loi, supranationale ou tout au moins nationale, est toujours disponible pour traiter les difficultés qu'il soulève. La critique de la *lex mercatoria* s'est d'ailleurs construite sur le constat du caractère commun à tous les systèmes juridiques nationaux des principes qui relèveraient de cet « ordre juridique marchand »³¹, et sur la nécessité de compléter ou tout au moins de concrétiser les principes par des lois nationales.

Il n'existe pas d'anomie dans le monde des affaires internationales, bien au contraire il y a plutôt un excès de règles révélé par les conflits de lois que permet cependant de régler le droit international privé ou d'éviter les parties elles-mêmes.

12. - Les professionnels sont en effet suffisamment avisés (ou suffi-

27) Rapp. Cass. civ., 9 déc. 1981 *JDI* 1983, p. 931, note B. OPPETIT, où est approuvée la référence « aux principes généraux des obligations, généralement applicables dans le commerce international »; l'application est encore favorisée par l'article 9 de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises qui admet l'application par le juge des usages applicables au contrat, et par des règlements d'arbitrage de la CCI (V. règlement 1998, art. 17-2).

28) V. les nombreuses études de B. Goldman et particulièrement *La lex mercatoria* dans les contrats et les arbitrages internationaux, réalité et perspectives : *JDI* 1979, 475.

29) *Contra* notamment, P. LAGARDE, « Approche critique de la *lex mercatoria* », *Études Goldman*, 1982, p. 129. - A. KASSIS, « Théorie générale des usages du commerce », *LGDJ*, 1984, 578.

30) E. LOQUIN, *Où en est la lex mercatoria*, *Études Ph. Kahn*, 2000, p. 41. - B. OPPETIT, *Théorie de l'arbitrage*, PUF, 1998, p. 92. - Sur le lien entre Principes d'Unidroit et *lex mercatoria*, V. F. BORTOLOTTI, « Références aux principes Unidroit dans la pratique contractuelle », *Bull. Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, 2005.

31) A. KASSIS, *Droit européen des contrats internationaux*, spéc. p. 396 évoquant les principes tels que : « *pacta sunt servanda* », « bonne foi ».

samment bien conseillés) pour choisir la loi la plus pertinente ou tout au moins qu'ils estiment la plus appropriée à leurs relations. Dans la pratique apparaît ainsi en fonction de la relation une faveur souvent marquée pour le choix de certaines lois nationales³².

Cependant il n'est pas toujours facile d'opérer de manière pertinente et sûre un tel choix et surtout de le faire accepter par l'autre partie, ce qui explique pourquoi l'offre de lois n'est pas inutile.

B. - L'offre de lois n'est pas inutile

13. - L'offre de lois n'est pas inutile dans la mesure où la loi nationale qui serait applicable, n'assure pas toujours le bon règlement des difficultés nées du contrat international (1°) et surtout ne répond pas, en raison précisément de son caractère national, au besoin d'harmonisation du commerce international (2°).

14. - 1°) L'offre de lois n'est pas inutile car elle permet de pallier l'insuffisance ou l'incertitude de la loi nationale, dans son application comme dans son applicabilité.

L'application de la loi nationale est souvent insuffisante pour régler les questions soulevées par un contrat international notamment lorsque le contrat ne fait pas l'objet de dispositions légales adéquates³³ ou lorsque la question à régler étant liée au caractère international de la relation, n'est pas traitée en droit national : question de la monnaie de paiement et de compte³⁴, question de la fiscalité de l'opération.

L'applicabilité de la loi nationale est en outre souvent incertaine. Certes, chaque partie a généralement la conviction que le choix d'une loi nationale est sûr, parce qu'elle entend se référer à sa loi et présuppose qu'elle

32) Loi française et aujourd'hui loi suisse en matière de procédure, loi suisse ou loi allemande ou loi française en matière d'obligations, loi anglaise ou loi nord américaine en matière financière... - V. les statistiques fournies chaque année dans le premier numéro du Bulletin de la CCI.

33) De nombreux contrats très utilisés dans le commerce international ne font pas l'objet d'un traitement spécifique en droit national comme en droit régional ou international, par exemple : les contrats de construction (« BOT » : *Build operate transfer*, *Turnkey transaction*), de distribution (« *Master franchise* »).

34) V. l'exemple, bien connu, du traitement des clauses monétaires par Cass. civ., 25 juin 1950 : S. 1951, 1, p. 1, note J.-P. NIBOYET ; D. 1951, p. 749, note J. HAMEL, ou du traitement des paiements par transfert, Principes d'Unidroit, art. 6.12.8.

seule peut s'appliquer. Mais il arrive pour des raisons tenant à l'ordre public ou au jeu du droit international privé, qu'une autre loi, notamment la loi nationale de l'autre partie, s'applique. Les récents contentieux devant le juge français en matière de contrat cadre³⁵ ou d'agence commerciale³⁶ montrent la difficulté à prévoir avec certitude la loi qui sera appliquée par le juge.

Au demeurant, l'applicabilité de la loi serait-elle assurée, encore faut-il que son application soit conforme aux attentes des parties. Or il n'est pas facile de savoir précisément, surtout pour une loi étrangère, quelle sera la solution retenue. L'interprétation de la loi par le juge ou par l'arbitre peut à cet égard réserver des surprises.

15. - 2^o) Surtout, l'offre de lois contractuelles n'est pas inutile car elle permet, en proposant des règles uniformes ou tout au moins compatibles avec les différents droits applicables, de répondre au besoin d'harmonisation du commerce international, et particulièrement de supprimer l'incertitude sur la conformité du contrat au droit susceptible de s'appliquer.

En effet, aucune loi nationale ne peut prétendre aujourd'hui s'imposer dans les relations internationales³⁷. Et même les usages et autres règles produites par le monde des affaires sont le plus souvent ponctuels, instanciés³⁸ alors que les professionnels ont besoin dans un marché international largement ouvert³⁹ de règles uniformes.

N'est pas donc inutile l'offre de règles qui reflètent les pratiques dominantes dans le commerce international où les besoins des opérateurs sont homogènes et connus, et qui sont applicables à tous les contrats d'affaires internationaux.

35) Cass. 1^{re} civ., 23 janv. 2007 : *RDC* 2007, p. 842, obs. M. BÉHAR-TOUCHAIS.

36) Cass. 1^{re} civ., 3 oct. 2006 : *JDI* 2007, 132, note D. MARTEL ET V. EJEAN.

37) Comme ce fut le cas de notre Code civil au XIX^e siècle. Même si, pour des raisons culturelles et économiques, le droit anglo-saxon paraît mieux prendre en compte les besoins des professionnels, H. BEALE, « *les hommes d'affaires préfèrent un droit qui privilégie la certitude quant aux effets des contrats et les effets d'un contrat soumis au droit anglais sont beaucoup plus certains que ceux soumis au droit civil* », *La réforme du droit français des contrats et le droit européen des contrats : perspective de la law commission anglaise* : *RDC* 2006, p. 138. On peut se demander si les États s'ouvrant de façon de plus en plus large au commerce international tels que la Chine, le Brésil confirmeront cette analyse.

38) V. la traditionnelle référence aux usages « de la place ».

39) L'observation a été faite à l'échelle européenne, V. Résolution du Parlement européen 23 mars 2006 : « *un marché intérieur ne peut être pleinement opérationnel sans de nouveaux efforts d'harmonisation* » réglementaire, rapp. Communication de la Commission sur le cadre commun de référence : *RDC* 2006, p. 1278.

Ces règles uniformes sont d'autant moins inutiles qu'elles sont, d'une part, neutres⁴⁰ c'est-à-dire indépendantes d'un droit national comme d'un système juridique tel que la *Common Law* ou le droit d'inspiration romano-germanique⁴¹ et, d'autre part, larges c'est-à-dire à vocation internationale plus que régionale⁴².

16. - Cette offre de lois est d'autant plus en adéquation avec la pratique que les professionnels peuvent aisément y souscrire au nom du principe de la liberté des conventions⁴³, et peuvent même la combiner à des règles particulières⁴⁴.

Encore faut-il cependant que la loi offerte soit elle-même en adéquation avec les besoins de la pratique des affaires.

II. - L'ADÉQUATION DE L'OFFRE, DANS SES APPLICATIONS

17. - Les lois offertes ont pour vocation de répondre aux besoins de la pratique des affaires. Leur adéquation à ces besoins ne peut donc être que réelle (A) mais, comme la multiplication de ces offres⁴⁵ conduit à le supposer, l'adéquation apparaît par certains côtés imparfaite (B).

A. - L'adéquation est réelle

18. - L'adéquation est réelle ; de manière évidente lorsque la loi offerte intègre les règles créées par la pratique (1°), de manière moins évidente mais

40) Elles échappent par là au reproche fait aux règles internationales édictées par des sources étatiques, d'être le résultat de compromis éloignés des préoccupations des professionnels.

41) On a relevé que les Principes d'Unidroit avaient le mérite de transcender le clivage *civil law* et *common law* en retenant « *l'anticipatory breach* » (art. 7.3.3), la distinction entre obligation de moyen et de résultat (art. 5.1.4), le *nachfrist* (art. 7.1.5), M. FONTAINE, art. préc., p. 8.

42) Ce qui explique la préférence généralement accordée aux Principes d'Unidroit plutôt qu'aux Principes du droit européen des contrats, en ce sens le choix de la CCI relevé par A. MOURRE et E. JOLIVET, « La réception des Principes d'Unidroit dans les contrats modèles de la CCI », *Rev. dr. unif.* 2004, p. 275.

43) Renforcée par les Principes d'Unidroit (le préambule précise que les Principes « s'appliquent lorsque les parties conviennent d'y soumettre leur contrat... ils peuvent apporter une solution lorsqu'il est impossible d'établir la règle pertinente de droit applicable... », art. 1.1); dans le même sens, V. la Convention de Rome, art. 3

44) V. la combinaison entre es Incoterms et la Convention de Vienne, ou encore la combinaison entre les Principes d'Unidroit et un droit national.

45) V. *supra*.

d'autant plus remarquable lorsque la loi offerte apporte des solutions à des problèmes non réglés par la pratique (2°).

19. - 1°) La loi offerte est en parfaite adéquation avec les solutions dégagées par la pratique lorsqu'elle y renvoie ou lorsqu'elle les reprend.

De nombreuses dispositions dans les lois offertes se réfèrent aux usages et aux pratiques des professionnels⁴⁶. Ainsi l'article 1.9 des Principes d'Unidroit précise que les parties sont liées par tout usage qui dans le commerce international est largement connu et régulièrement observé, l'article 5.1.2, *b* vise les obligations implicites qui « découlent des pratiques entre les parties et des usages », et la même référence apparaît à l'article 2.205(3) des Principes du droit européen des contrats.

De nombreuses dispositions reprennent, parfois même textuellement, des solutions dégagées dans certains secteurs d'activité par la pratique des affaires et qui figurent dans des contrats types ou modèles utilisés par les professionnels. Ainsi l'article 6.1.1 des Principes d'Unidroit à propos du moment d'exécution du contrat, l'article 6.1.4 sur l'ordre des prestations, l'article 6.1.6 sur le lieu d'exécution, l'article 5.1.7 sur la détermination du prix⁴⁷.

20. - 2°) La loi apporte parfois des solutions à des problèmes qui n'avaient été jusque là réglés ni par des lois ni même par des usages. En effet, les membres des groupes de travail à l'origine de ces offres ont formalisé leur proposition sans limiter leur source d'inspiration aux ouvrages de droit ou à la jurisprudence et en utilisant la connaissance qu'ils avaient de la pratique grâce à leur expérience de conseil et d'arbitre⁴⁸. Les solutions proposées sont alors d'autant mieux adaptées aux besoins de la pratique qu'elles traduisent la prise en compte de la spécificité du contrat d'affaires, contrat généralement complexe, conclu pour une longue durée, nécessitant de lourds investissements et inscrit dans l'environnement instable que constitue le marché.

Pour se limiter à quelques illustrations, on relèvera le traitement original et pertinent de questions tenant à la formation, l'exécution et l'extinction du contrat.

46) Déjà la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises promouvait de nombreuses solutions dégagées dans des sentences arbitrales ou résultant d'usages, V. art. 9-2 fixant les conditions d'application de ces usages.

47) À rapprocher par exemple du contrat GAFTA, préc., ou encore du contrat des minoteries de Paris.

48) V. par exemple la liste des membres du groupe de travail sur les Principes d'Unidroit. Bonne illustration, a *contrario*, du caractère fâcheux de la distinction entre théorie et pratique.

21. - La formation des contrats d'affaires qui s'étalent souvent dans le temps, a inspiré des règles organisant la conduite des pourparlers.

Les Principes d'Unidroit et les Principes du droit européen des contrats ont établi ainsi des règles originales jusque là non formalisées sur les conditions de la négociation : bonne foi⁴⁹, confidentialité⁵⁰, sur les modalités d'acceptation : accord manifesté par le simple comportement des parties⁵¹, lettre de confirmation⁵², sur la sanction de la rupture abusive des pourparlers avec le remboursement des dépenses d'investissement raisonnables⁵³. Ces mesures assurent l'équilibre entre le besoin de sécurité des professionnels et la part de risque inhérent à la négociation.

22. - L'exécution du contrat a inspiré des règles organisant un aménagement de la relation contractuelle et assurant le traitement des avatars susceptibles de l'affecter.

Les Principes d'Unidroit et les Principes du droit européen des contrats prévoient ainsi, d'une part, l'adaptation⁵⁴ ou la suspension⁵⁵ du contrat avec la création d'obligations de coopération⁵⁶ et de prévenance⁵⁷, d'autre part, la sanction de l'inexécution avec l'objectif de répondre aux attentes raisonnables du créancier⁵⁸ éventuellement par l'exécution forcée en nature⁵⁹. Ces

49) Principes du droit européen des contrats, art. 2.1.15.

50) Principes du droit européen des contrats, art. 2.1.16.

51) Principes du droit européen des contrats, art. 2.102, Principes d'Unidroit, art. 2.1.1.

52) Principes du droit européen des contrats, art. 2.105, Principes d'Unidroit, art. 2.1.17 : clause d'intégralité fixant le champ de ce qui doit être considéré comme ayant été négocié.

53) C'est-à-dire justifiées par la confiance légitime de la victime dans l'issue des pourparlers, Principes d'Unidroit, art. 2.1.15, Principes du droit européen des contrats, art. 2.301. - H. MUIR-WATT, « Les pourparlers : de la confiance trompée à la relation de confiance », in *Les concepts contractuels français...*; préc. p. 53 s. - Rapp. l'absence d'effet de la révocation d'une offre alors que son destinataire était raisonnablement fondé à la considérer comme irrévocable et a agi sur la foi de cette offre, Principes du droit européen des contrats, art. 2.202.3.c.

54) Clauses de « *hardship* », Principes d'Unidroit, art. 6.2.1 à 6.2.3.

55) Clause de force majeure, Principes d'Unidroit, art. 7.1.7, Principes du droit européen des contrats, art. 8.108(2) lorsque l'empêchement est temporaire. Les parties sont invitées à coopérer non seulement dans la mise en œuvre des procédures d'alerte (Principes d'Unidroit, art. 7.1.7, 1°, Principes du droit européen des contrats, art. 8.108(3) sur les conditions de notification de la survenance d'un empêchement) mais dans la recherche d'une solution permettant de surmonter l'empêchement ou tout au moins d'en réduire les conséquences dommageables (Principes du droit européen des contrats, art. 9.505).

56) Principes d'Unidroit, art. 5.1.3, 7.4.8.

57) Principes d'Unidroit, art. 7.1.7 3°.

58) Principes du droit européen des contrats, art. 8.102 et 9.502.

mesures assurent là aussi l'équilibre entre le besoin de prévisibilité des professionnels que vise à satisfaire le contrat et l'aléa économique attaché à son exécution.

23. - L'extinction du contrat a inspiré des règles permettant la rupture préventive et donc anticipée du contrat non seulement au cas d'inexécution essentielle mais aussi lorsque l'avenir de la relation apparaît gravement compromis⁶⁰. Ces mesures répondent là encore au besoin d'efficacité économique propre au monde des affaires en ce qu'elles permettent de mettre fin à une relation contractuelle économiquement insatisfaisante et source de perte⁶¹.

24. - La loi offerte procède ainsi le plus souvent d'une considération pertinente des attentes des professionnels et des besoins de la pratique des affaires avec lesquels elle est donc en adéquation, mais une certaine méconnaissance du monde des affaires lui-même conduit parfois à une adéquation imparfaite.

B. - L'adéquation est imparfaite

25. - L'adéquation si elle est réelle est cependant parfois imparfaite, soit parce que la loi offerte est insuffisante en ce qu'elle demeure en deçà des besoins de la pratique soit parce qu'elle est excessive en ce qu'elle va au-delà des besoins de la pratique des affaires.

26. - 1°) L'insuffisance de la loi offerte tient à ses lacunes mais aussi à ses imprécisions.

27. - La loi offerte est souvent lacunaire. Le grief peut paraître excessif car les lois n'ont pas vocation à être exhaustives. Et l'observation s'applique particulièrement à des « Principes » qui, comme leur nom l'indique, sont appelés à être complétés.

On peut toutefois s'étonner que des questions de grande importance dans la pratique des affaires n'aient pas été abordées. Il en va ainsi du traitement de groupes de contrats et des ensembles contractuels, pourtant fré-

59) Lorsqu'elle est raisonnable : Principes du droit européen des contrats, art. 9.102.1.

60) Principes du droit européen des contrats, art. 9.304.

61) J. ROCHFELD, « Résolution et exception d'inexécution », in *Les concepts contractuels français...*, préc., p. 216, souligne qu'il en résulte une rapide réallocation des ressources profitable au créancier mais aussi au marché en général.

quents dans les opérations internationales⁶², ou du régime des effets du contrat à l'égard des tiers⁶³.

28. - La loi offerte est souvent imprécise. Le grief paraît, là encore, excessif car les lois ont besoin de se référer à des standards au contenu adaptable.

Les professionnels s'inquiètent cependant de voir des qualifications essentielles et fréquemment utilisées dans les textes proposés, telles que « raisonnable », « excessif », « légitime »⁶⁴ ou encore « manifestement inéquitable »⁶⁵, laissées à la libre appréciation du juge. Cette inquiétude n'exprime pas un doute sur la pertinence des juges ; même si leur spécialisation croissante en matière économique traduit la difficulté d'apprécier les relations entre professionnels⁶⁶. L'inquiétude tient à l'absence de prévisibilité et donc de sécurité, d'autant plus sensible que l'importance des investissements réalisés par les parties et plus largement les enjeux représentés par le contrat sont importants. Les professionnels ont besoin de savoir comment ils seront traités, c'est-à-dire comment le juge⁶⁷ interprétera ces standards.

Il n'est donc pas attendu une remise en cause du standard ou la promotion du contrat « *judge proof* »⁶⁸ mais, à défaut de juge national bien déterminé et de jurisprudence bien établie, l'objectivation de ces standards. Des « guidelines », des « commentaires », des « exemples » pourraient utilement répondre à ce besoin⁶⁹.

29. - 2°) La loi offerte va parfois au delà des besoins par méconnaissance de la réalité objective ou encore subjective de la relation contractuelle.

62) D. HOUTCIEFF, « Les sanctions de la formation du contrat », in *Les concepts contractuels français...* préc., p. 132; on relèvera l'apport à cet égard du Projet Catala dans les articles 1172-3 et 1137.

63) P. DIDIER, « L'effet relatif », in *Les concepts contractuels français...*, préc. p. 187. - Comp. là aussi le traitement de la cession de contrat dans le Projet Catala : art. 1165-5.

64) Ces termes se trouvent dans la plupart des articles des Principes d'Unidroit et des Principes du droit européen des contrats, souvent sous forme d'adverbe.

65) Principes d'Unidroit, art. 7.1.6.

66) V. en droit national le recours au juge consulaire, au conseil de la concurrence, à des tribunaux spécialisés en matière économique.

67) Surtout lorsque peut être appelé à intervenir un autre juge que celui envisagé et notamment le juge de « l'autre ».

68) Selon la formule de H. BEALE, art. préc. : *RDC* 2006, p 143.

69) À cet égard les Principes du droit européen des contrats constituent un modèle intéressant avec les commentaires illustrés et les références aux solutions nationales, pour peu qu'une valeur normative soit reconnue à ces commentaires.

30. - La loi offerte méconnaît l'opération, lorsqu'elle ne tient pas compte de son économie.

Ainsi, est-il pertinent de confier au juge le contrôle du prix dans les relations entre professionnels ? Le droit de la concurrence ne suffit-il pas à garantir la fixation raisonnable des prix ? Et même à l'égard d'un acheteur tenu par un engagement d'exclusivité, peut-il y avoir abus dans la fixation du prix de vente des produits, appelant intervention du juge, en l'absence de position dominante du fournisseur, d'entente sur les prix entre fournisseurs concurrents ou de discrimination à l'égard de certains acheteurs⁷⁰?

31. - La loi offerte méconnaît aussi les opérateurs lorsqu'elle ne tient pas compte de leur qualité de professionnel avisé.

Ainsi, est-il pertinent de confier au juge le pouvoir, au cas d'avantage excessif⁷¹ ou au cas de *hardship*⁷², d'adapter le contrat en vue de rétablir

70) Et pourtant V. Assemblée plénière 1^{er} décembre 1995 : *D.* 1996, p. 13, concl. M. JÉOL et note L. AYNES, avec l'analyse de G. WICKER, in « Les Concepts contractuels français... », préc. p 169. - Autre exemple tiré du droit français : peut-on assimiler la vente commerciale à une vente civile avec considération distincte des services de coopération commerciale (C. civ. art. L. 441-7), alors que la vente commerciale, à la différence de la vente civile, n'est pas conclue en vue de la seule appropriation du bien mais en vue de sa revente?

71) Principes d'Unidroit, art. 3.10. - On a d'ailleurs relevé : « il paraît difficile de concilier le principe selon lequel une partie peut invoquer son imprévoyance, son ignorance, son inexpérience ou son inaptitude à la négociation comme motif d'annulation d'un contrat qui accorde à l'autre partie un avantage excessif et celui selon lequel des opérateurs professionnels engagés dans le commerce international ne peuvent pas faire valoir qu'ils n'avaient pas conscience des obligations contractuelles auxquelles ils ont souscrit », F. BORTOLOTTI, in *Bull. Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, suppl. spécial 2005, p. 8, spéc, note 18, HILL, « A Businessman's View of the UNIDROIT Principles », in *Journ. Int'l Arb.*, 1996, p. 165-166 ; PONTIROLI, « La protezione del "contraente debole" nei Principes of International Commercial Contracts di UNIDROIT: much ado about nothing? », in *Giur. comm.*, 1997, I, p. 566 ss.

72) Principes d'Unidroit, art. 6.2.3 (4) (b). - V. sentence rendue dans l'affaire 10422 : *JDI* 2003, obs. E. JOLIVET, p. 1131 et s. On a là encore relevé que « la plupart des opérateurs commerciaux n'accepteront jamais d'insérer une telle disposition dans leur contrat car ils considèrent que les parties doivent conserver le contrôle des adaptations éventuelles du contrat. Si elles ne parviennent pas à un accord par la renégociation, il est alors préférable de résilier le contrat », F. BORTOLOTTI, art. préc. - V. PRADO. « La théorie du hardship dans les principes de l'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international », in *Dir. comm. int.*, 1997, p. 323 ss., p. 373 : « (...) Si le pouvoir octroyé aux tribunaux pour adapter le contrat ne trouve pas son fondement dans de nombreux ordres étatiques, ni dans la pratique du commerce international, on peut se demander s'il peut véritablement être considéré dans une théorie qui postule à exprimer les principes relatifs aux contrats du commerce international ou à traduire la *lex mercatoria* ».

l'équilibre des prestations, et, au cas d'erreur commune, de « mettre le contrat en accord avec ce qui aurait pu raisonnablement être convenu s'il n'y avait point eu d'erreur »⁷³; c'est-à-dire de décider à la place des professionnels ce qu'ils auraient voulu?

Est-il pertinent d'appliquer à ces professionnels des règles très protectrices au cas de comportement déloyal de leur cocontractant⁷⁴, voire des règles analogues à celles dont bénéficient les consommateurs : sanction de la clause abusive⁷⁵, sanction du vice de faiblesse?⁷⁶

32. - Il ne s'agit pas ici de prôner une loi de la jungle dans les relations contractuelles entre professionnels⁷⁷ mais de rendre au droit commun des obligations et des contrats son empire en le préservant d'une trop forte imprégnation du droit de la consommation⁷⁸.

Le droit de la consommation est le droit des assistés, le droit des professionnels est le droit des avisés⁷⁹. Le droit commun, traditionnellement droit du bon père de famille, avec son paradigme de l'égalité juridique correspond évidemment davantage aux relations en principe équilibrées entre particuliers comme entre professionnels qu'aux relations en principe déséquilibrées entre professionnel et consommateur⁸⁰.

73) Principes du droit européen des contrats, art. 4.105(3).

74) V. F. BORTOLOTTI, art. préc.: « Dans le milieu des affaires on estime qu'en ce qui concerne les transactions entre opérateurs professionnels, lesquels sont supposés être capables de juger du caractère approprié de leurs opérations, une protection excessive contre les comportements déloyaux pourrait être trop facilement détournée de sa finalité par ceux qui souhaiteraient invoquer la nullité d'un accord pour la seule raison qu'il a cessé de leur convenir ».

75) Principes du droit européen des contrats, art. 4.110.

76) Encore que la portée en est limitée lorsque se trouve visée la personne imprévoyante, ignorante, inexpérimentée ou inapte à la négociation, si l'on considère que ces qualifications ne peuvent s'appliquer à un professionnel.

77) Au demeurant le droit de la concurrence à travers la notion d'abus de dépendance économique cherche déjà à protéger le professionnel en état de faiblesse et certains droits des obligations traitent de la clause abusive dans les relations entre contractants même professionnels.

78) Aurait-on idée de penser le droit des personnes à partir du droit des incapables ?

79) Au demeurant, le droit de la consommation peut lui-même être vu comme une composante du droit professionnel, V. D. FERRIER, « Le droit de la consommation élément d'un droit civil professionnel », in *Mél. J. Calais-Auloy*, Litec, 2003, p. 373.

80) Pour un exemple *a contrario*, V. Livre vert sur les modes alternatifs de règlement des conflits du 19 avril 2002 et Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la médiation du 9 novembre 2007 avec l'échec de la soumission des relations d'affaires au traitement des relations entre professionnels et consommateurs.

L'offre de lois contractuelles dans la mesure où elle participe d'une entreprise d'unification⁸¹ ou tout au moins d'harmonisation, devrait donc plutôt chercher à être en adéquation avec les besoins de la pratique des affaires.

81) Laquelle s'est toujours faite à partir du commerce, comme le montre l'histoire du droit et les expériences les plus récentes, V. Avant-projet d'acte uniforme sur le droit des contrats de l'OHADA, M. Fontaine, Unidroit, mai 2006.