



National Library
of Canada

Bibliothèque nationale
du Canada

Acquisitions and
Bibliographic Services Branch

Direction des acquisitions et
des services bibliographiques

395 Wellington Street
Ottawa, Ontario
K1A 0N4

395, rue Wellington
Ottawa (Ontario)
K1A 0N4

Your file *Votre référence*

Our file *Notre référence*

NOTICE

The quality of this microform is heavily dependent upon the quality of the original thesis submitted for microfilming. Every effort has been made to ensure the highest quality of reproduction possible.

If pages are missing, contact the university which granted the degree.

Some pages may have indistinct print especially if the original pages were typed with a poor typewriter ribbon or if the university sent us an inferior photocopy.

Reproduction in full or in part of this microform is governed by the Canadian Copyright Act, R.S.C. 1970, c. C-30, and subsequent amendments.

AVIS

La qualité de cette microforme dépend grandement de la qualité de la thèse soumise au microfilmage. Nous avons tout fait pour assurer une qualité supérieure de reproduction.

S'il manque des pages, veuillez communiquer avec l'université qui a conféré le grade.

La qualité d'impression de certaines pages peut laisser à désirer, surtout si les pages originales ont été dactylographiées à l'aide d'un ruban usé ou si l'université nous a fait parvenir une photocopie de qualité inférieure.

La reproduction, même partielle, de cette microforme est soumise à la Loi canadienne sur le droit d'auteur, SRC 1970, c. C-30, et ses amendements subséquents.

Canada

**L'HARMONISATION DU DROIT
de la
VENTE INTERNATIONALE**


N é c e s s i t é e t r é a l i t é

Présenté par M.Christophe AYELA

Sous la direction de Me. Louis PERRET

U N I V E R S I T É D ' O T T A W A

Études supérieures en droit. Maîtrise en droit international

 Christophe Ayela, Ottawa, Canada, 1993

Année universitaire 1992 / 1993



National Library
of Canada

Acquisitions and
Bibliographic Services Branch

395 Wellington Street
Ottawa, Ontario
K1A 0N4

Bibliothèque nationale
du Canada

Direction des acquisitions et
des services bibliographiques

395, rue Wellington
Ottawa (Ontario)
K1A 0N4

Your file *Votre référence*

Our file *Notre référence*

The author has granted an irrevocable non-exclusive licence allowing the National Library of Canada to reproduce, loan, distribute or sell copies of his/her thesis by any means and in any form or format, making this thesis available to interested persons.

L'auteur a accordé une licence irrévocable et non exclusive permettant à la Bibliothèque nationale du Canada de reproduire, prêter, distribuer ou vendre des copies de sa thèse de quelque manière et sous quelque forme que ce soit pour mettre des exemplaires de cette thèse à la disposition des personnes intéressées.

The author retains ownership of the copyright in his/her thesis. Neither the thesis nor substantial extracts from it may be printed or otherwise reproduced without his/her permission.

L'auteur conserve la propriété du droit d'auteur qui protège sa thèse. Ni la thèse ni des extraits substantiels de celle-ci ne doivent être imprimés ou autrement reproduits sans son autorisation.

ISBN 0-315-89696-5

Canada



UNIVERSITÉ D'OTTAWA
UNIVERSITY OF OTTAWA

L'HARMONISATION DU DROIT DE LA
VENTE INTERNATIONALE

Nécessité et réalité

U N I V E R S I T É D ' O T T A W A

AVRIL 1993

TABLE ANALYTIQUE DES MATIERES

INTRODUCTION	12
Chapitre I] L'objet de l'harmonisation	12
<i>Section 1) Le contrat de vente internationale de marchandises</i>	12
Paragraphe 1 / Le contrat de vente	12
A) Le principe d'autonomie de la volonté	12
B) L'ordre public international	13
C) L'interprétation	14
Paragraphe 2 / Le contrat de vente est international	14
Paragraphe 3 / Le contrat de vente international de marchandises	14
<i>Section 2) Le droit de la vente internationale</i>	15
Paragraphe 1 / Les sources internationales	15
Paragraphe 2 / Les sources transnationales	15
Paragraphe 3 / Les sources nationales	16
A) Le droit anglais	16
B) Le droit canadien	17
C) Le droit des États-Unis d'Amérique	18
D) Le droit français	18
<i>Section 3) Le contentieux en matière de vente internationale de marchandise</i>	19
Chapitre II] Nécessité et réalité de l'harmonisation	20
<i>Section 1) L'harmonisation, une nécessité</i>	20
Paragraphe 1 / Domaine de l'harmonisation nécessaire	20
Paragraphe 2 / Intégration économique et harmonisation du droit de la vente	20

<i>Section 2) L'harmonisation, une réalité?</i>	20
--	----

PREMIERE PARTIE

LES MOYENS DE L'HARMONISATION DU DROIT DE LA VENTE INTERNATIONALE DE MARCHANDISES

TITRE I] L'HARMONISATION INTERNATIONALE	23
Chapitre I] Les traités internationaux de libre-échange	24
<i>Section 1) L'Accord de Libre Échange Nord Américain</i>	24
<i>Section 2) Le traité C.E.E. et ses prolongements</i>	26
Paragraphe 1 / La C.E.E. et les facteurs d'harmonisation préexistants	27
A) Les facteurs idéologiques	28
B) Les facteurs politiques	29
C) les facteurs économiques	29
Paragraphe 2 / La C.E.E. en tant que "moteur" de l'harmonisation du droit en Europe	30
A) Les outils juridiques de l'harmonisation	31
1 / Les dispositions du Traité de Rome et l'harmonisation du droit des contrats	31
a) La limitation expresse du domaine de l'article 100 du Traité C.E.E	32
b) La limitation implicite du domaine de l'article 100 du Traité C.E.E.	34
2 / Les grands principes du droit communautaire et l'harmonisation du droit des contrats	34
a) Le principe d'effet direct	34
b) le principe de primauté	35
B) Les limites à l'efficacité de ces outils juridiques (incompatibilité des droits français et anglais)	35
1 / La signification des termes	35

2 / La discordance des concepts	36
Chapitre II] Les conventions internationales spécifiques	39
<i>Section 1) La convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises</i>	<i>42</i>
Paragraphe 1 / Applicabilité de la convention des Nations Unies du 11 avril 1980	42
A) Dispositions générales et champ d'application	42
1 / La vente	43
2 / La vente est internationale	44
3 / La vente internationale est une vente de marchandises	44
B) Autonomie de la volonté et compétence "ratione loci"	45
1 / Respect du principe de l'autonomie de la volonté	45
2 / Rattachement de la Convention à un État	47
Paragraphe 2 / La portée de la convention des Nations Unies du 11 avril 1980	48
A) La supériorité des usages	48
1 / La notion d'usage uniforme du droit du commerce international	49
2 / Usages commerciaux et Convention de Vienne	49
B) L'interprétation uniforme de la Convention de Vienne	51
1 / L'interprétation	52
2 / Les lacunes	55
<i>Section 2) Les conventions internationales de rattachement</i>	<i>58</i>
Paragraphe 1 / La loi d'autonomie dans les conventions de rattachement	59
A) Le principe	59
B) Les atténuations au principe	60

Paragraphe 2 / Les règles de conflit de lois "supplétives" dans les conventions de rattachement	64
A) La convention de Rome de 1980	64
B) Les conventions de La-Haye de 1955 et 1986	66
TITRE II] L'HARMONISATION TRANSNATIONALE	68
Chapitre I] Le recours à l'arbitrage commercial international	69
Section 1) La notion d'arbitrage commercial international et le droit le régissant	69
Paragraphe 1 / La notion d'arbitrage international	69
Paragraphe 2 / Les sources du droit de l'arbitrage du commerce international	70
A) Les sources internationales	70
B) Les sources nationales	71
C) Les sources transnationales	71
Paragraphe 3 / La convention d'arbitrage: la liberté de déterminer les modalités de l'arbitrage	73
Section 2) La liberté de recourir à l'arbitrage commercial international	74
Paragraphe 1 / Le droit commun	74
A) La Convention de New-York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères	75
1 / Champ d'application	75
2 / Contenu	76
a) Reconnaissance des conventions d'arbitrage étrangères	76
i) Formes de la convention d'arbitrage	76
ii) Limites de l'arbitrabilité	76
b) Reconnaissance de l'autorité et l'exécution des sentences étrangères	77

i) causes de refus imposées par la convention	77
ii) causes de refus de reconnaissance des sentences laissées à l'appréciation des États contractants	79
B) Les droits nationaux	80
1/ Le droit français	80
2/ Le droit anglais	80
3/ Le droit des États-Unis d'Amérique	80
4/ Le droit canadien	81
Paragraphe 2 / Spécificité de certains contrats de vente internationale en matière d'arbitrabilité des litiges internationaux	82
A) Spécificité en raison de la qualité des parties	82
B) Spécificité en raison de la nature du litige	84
1/ Arbitrage et droit de propriété intellectuelle	84
2/ Arbitrage et droit de la concurrence	85
Chapitre II] Les effets du recours à l'arbitrage commercial international	86
<i>Section 1) Avantages et inconvénients de l'arbitrage commercial international pour les contractants</i>	<i>86</i>
Paragraphe 1 / L'arbitrage est plus fonctionnel que la justice d'État	86
A) Plus de rapidité	86
B) Moins de formalisme	87
C) Plus de discrétion	87
D) Le coût de l'arbitrage est plus élevé (?)	87
Paragraphe 2 / Les conflits de juridiction et le choix entre le juge et l'arbitre	88
A) Clause attributive de compétence et clause compromissoire	88
B) Hypothèse d'un "vide" contractuel	91

<i>Section 2) Les effets des sentences arbitrales sur l'harmonisation du droit des contrats internationaux</i>	92
Paragraphe 1 / L'harmonisation indirecte des droits nationaux par le choix de la loi applicable	92
Paragraphe 2 / L'arbitre, la "lex mercatoria" et l'affermissement d'un droit supranational impératif	94
A) Applicabilité de la lex mercatoria	94
B) Contenu de la lex mercatoria	98
1/ Contenu des principes généraux du droit international	98
2/ Contenu des usages du commerce international	100

SECONDE PARTIE

L'IMPACT DES MOYENS INTERNATIONAUX ET TRANSNATIONAUX MIS EN OEUVRE POUR HARMONISER LE DROIT DE LA VENTE INTERNATIONALE DE MARCHANDISE

TITRE I] LES <i>INCOTERMS</i> DE LA CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE	105
Chapitre I] Présentation générale des <i>Incoterms</i>	105
<i>Section 1) Classification</i>	106
Paragraphe 1 / Ventes au départ et ventes à l'arrivée	106
Paragraphe 2 / Ventes maritimes et ventes tous modes de transport	107
Paragraphe 3 / Livraisons directes et livraisons indirectes	107
<i>Section 2) Nature juridique</i>	108
Chapitre II] Les obligations du vendeur suivant les différents <i>Incoterms</i>	109
<i>Section 1) Les ventes tous modes de transport</i>	109
Paragraphe 1 / Ventes à l'usine (EXW)	109
A / Livraison	109
B / Obligations complémentaires	110
Paragraphe 2 / Ventes "franco transporteur" (FCA)	110
A / Livraison	110
B / Obligations complémentaires	112
Paragraphe 3 / Ventes "port payé jusqu'à..." (CPT) et "port payé, assurance comprise, jusqu'à..." (CIP)	112
A / Livraison	112
B / Obligations complémentaires	113
Paragraphe 4 / Ventes "rendu frontière" (DAF)	113

A / Livraison	113
B / Obligations complémentaires	114
Paragraphe 5 / Ventes "rendu droits non acquittés" (DDU) et "rendu droits acquittés" (DDP)	115
A / Livraison	115
B / Obligations complémentaires	115
<i>Section 2) Ventes maritimes classiques</i>	116
Paragraphe 1 / Ventes "franco le long du navire" (FAS)	116
A / Livraison	116
B / Obligations complémentaires	117
Paragraphe 2 / Ventes "franco bord" (FOB)	117
A / Livraison	117
B / Obligations complémentaires	117
Paragraphe 3 / Ventes "coût et fret" (CFR) et "coût, assurance et fret" (CAF)	116
a / Livraison	117
B / Obligations complémentaires	118
Paragraphe 4 / Ventes "rendu <i>ex-ship</i> " (DES)	119
A / Livraison	119
B / Obligations complémentaires	120
Paragraphe 5 / Ventes "rendu à quai (droits acquittés)" (DE Q)	120
A / Livraison	120
B / Obligations complémentaires	120

TITRE II] LES DISPOSITIONS SUBSTANTIELLES DE LA CONVENTION DE VIENNE	121
Chapitre I] La Convention de Vienne et la formation du contrat de vente	121
<i>Section 1) L'offre</i>	121
Paragraphe 1 / Définition	121
Paragraphe 2 / Régime	123
<i>Section 2) L'acceptation</i>	124
Paragraphe 1 / Définition	124
Paragraphe 2 / Régime	127
Chapitre II] La Convention de Vienne et les effets du contrat de vente	128
<i>Section 1) Les obligations du vendeur</i>	128
Sous-section 1) L'obligation de délivrance conforme	128
Paragraphe 1 / Livraison des marchandises	128
Paragraphe 2 / La remise des documents	128
Paragraphe 3 / La remise d'une marchandise conforme	128
Sous-paragraphe 1 / La conformité matérielle	129
Sous-paragraphe 2 / La conformité juridique	131
Sous-paragraphe 3 / Le moment d'appréciation de la conformité	132
Sous-paragraphe 4 / Le transfert des risques	132
A / Le régime du transfert des risques	134
1/ Le moment du transfert des risques	135
i) Ventes impliquant un transport de marchandises	135
ii) Marchandises vendues en cours de transport	136
iii) Les autre cas	137

2/ Les effets du transfert des risques	139
i) Principe	139
ii) Tempérament	140
B / La contrepartie des risques: l'obligation de conserver les marchandises	141
1/ Contenu et conditions de l'obligation	142
2/Dénouement de la situation résultant de l'exécution de l'obligation	144
i) Retirement des marchandises par la partie pour le compte de laquelle elles sont conservées	144
ii) Vente des marchandises conservées	145
<i>Sous-section 2) Les sanctions en cas d'inexécution de ses obligations par le vendeur</i>	146
Paragraphe 1 / L'exécution en nature	147
Paragraphe 2 / La résolution du contrat	147
Paragraphe 3 / Les compensations monétaires (la sanction de principe)	148
A / La réduction du prix	148
B / Les dommages-intérêts	148
<i>Section 2) Les obligations de l'acheteur</i>	148
Paragraphe 1 / Le paiement du prix	148
Paragraphe 2 / La prise de livraison des marchandises	149
Chapitre III] Les règles communes au vendeur et à l'acheteur	150
CONCLUSION	152
ANNEXE I : Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises	154

ANNEXE II : Convention de New-York DU 10 JUIN 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales	169
ANNEXE III : Droit anglais et français des contrats comparé (Offre et acceptation, "consideration", vices du consentement...).	174
INDEX ALPHABÉTIQUE	186
BIBLIOGRAPHIE	190

INTRODUCTION

Notre sujet portant sur l'harmonisation du droit de la vente internationale de marchandises, implique, la confrontation de deux notions cadres fondamentales qu'il nous faut définir avec précision: la notion de droit de la vente internationale de marchandises, c'est-à-dire, en ce qui nous concerne, l'objet de l'harmonisation (Chapitre I), et celle d'harmonisation (Chapitre II).

Chapitre I] L'objet de l'harmonisation

Il est constitué par le contrat de vente internationale de marchandises (Section I), par le droit de la vente internationale de marchandises (Section 2), et aussi, dans une moindre mesure, par le contentieux en la matière (section 3).

Section 1) Le contrat de vente internationale de marchandises

Nous nous proposons d'étudier le contrat de vente (Paragraphe 1), internationale (Paragraphe 2), de marchandises (Paragraphe 3).

Paragraphe 1 / Le contrat de vente

Si nous sommes en matière contractuelle c'est qu'il existe un principe d'autonomie de la volonté (A), limité par l'ordre public (B), parfois suppléé par des règles d'interprétation (C).

A) Le principe de l'autonomie de la volonté

Le principe selon lequel les parties sont libres de se fixer leur propre loi est, dans la grande majorité des pays du monde, de droit positif. Il est l'émanation naturelle d'une organisation démocratique de la vie en société ainsi que d'une application effective de l'économie de marché. En outre, comme nous le verrons, toutes les Conventions internationales le reprennent. Ceci est remarquable, dans la mesure où la dimension internationale du contrat de vente va mettre les

parties face à des choix, et il faut leur conseiller d'utiliser dans toute la mesure du possible cette liberté de choix qui leur est laissée.

Le corollaire de ce principe de la "convention loi"¹ est un autre principe tout aussi universel: celui de l'effet relatif des contrats².

Si l'on est libre de se lier par contrat, on ne peut en revanche mettre des obligations à la charge d'un tiers sans son accord, pas plus que ce dernier n'est fondé à se prévaloir des stipulations contractuelles sans l'accord des parties. Ce second principe ne sera pas développé ultérieurement³.

Le principe de l'autonomie de la volonté est important puisqu'il permet d'affirmer que les parties à un contrat international sont libres de déterminer le droit applicable à leurs relations contractuelles, voire le juge ou l'arbitre compétent pour trancher leur litige pour les cas où, soit leurs contrats seraient incomplets ou imprécis, soit leurs relations seraient sources de litige. On peut alors se demander dans quelle mesure il est pertinent de s'interroger sur l'harmonisation du droit régissant le contrat de vente international.

En fait, le sujet garde tout son intérêt pour au moins deux raisons:

D'abord, et contrairement à ce que le non initié pourrait penser, nombre de contrats internationaux sont mal négociés, mal rédigés. En effet, très souvent vendeurs et acheteurs ne se préoccupent que de l'intérêt immédiat qu'il y a pour eux à s'engager dans une opération internationale, ils ne consultent les juristes spécialisés que lorsqu'un contentieux est né. En outre, les difficultés de négociation font parfois que l'on ne peut se mettre d'accord sur la loi applicable ou sur le mode de règlement des litiges. Dans une telle hypothèse, soit la vente ne se conclue pas, soit le contrat se forme ou plutôt se "malforme".

Ensuite, la liberté contractuelle n'est pas un principe absolu: il est souvent limité par la notion d'ordre public.

B) L'ordre public international

On peut penser qu'il existe au moins trois niveaux d'ordre public:

- L'ordre public interne, c'est-à-dire celui qui n'a de valeur que dans les relations contractuelles propres à un seul État.
- La conception du for de l'ordre public international.

¹ Cf. Jean-Michel Jacquet "Principe d'autonomie et contrats internationaux", *Economica*, 1983, pp.23 S; Marcel Fontaine "Le principe de la convention-loi", *Faculté de droit de Louvain*, 1984, doc. 84/3.

² Ce que les Anglais et les Américains nomment "Privity of contract".

³ Il est surtout utile en matière de contrats de distribution lorsque se pose le problème de la prétendue violation du territoire exclusif d'un distributeur par un tiers exportateur et ou importateur.

- L'ordre public purement international, ou plutôt devrions nous parler d'ordre public transnational.⁴

Quelque soit son niveau (nous n'étudierons que les deux derniers) l'ordre public va agir comme une limite au pouvoir des parties, et il sera très important d'étudier dans quelle mesure cette notion est harmonisée ou pas.

C) L'interprétation

Quid lorsque les clauses du contrat sont ambiguës ou contradictoires?

Le juge saisi décidera alors, le plus souvent suivant ses propres règles d'interprétation du contrat qui sont loin d'être harmonisées⁵, quel sens et quelle portée il faudra donner à ces clauses. Il sera en outre, comme nous le verrons, aidé dans cette mission par les dispositions de la Convention de Vienne du 11 avril 1980⁶.

Cette phase importante du contentieux contractuel mérite elle aussi de voir ses règles harmonisées.

Paragraphe 2 / Le contrat de vente est international

Le contrat est international dès lors qu'il intègre un élément d'extranéité c'est-à-dire qu'il est conclu par des parties ayant leurs établissements dans des États différents⁷.

Sans aller plus avant sur ce point, précisons que tout contrat interne sera exclu de notre étude puisqu'il n'y a aucun intérêt à étudier l'harmonisation du droit interne de la vente interne.

En outre, pour ce qui est de la qualité des parties, il est évident que dans la majorité des cas, celles-ci auront la qualité de commerçants⁸. En effet, rares sont les consommateurs qui sont parties à des contrats internationaux. Nous présumerons donc que les parties au contrat sont des professionnels du négoce international.

⁴Selon M. Jean Robert, sémantiquement parlant, il y a transnationalisme dès lors qu'une situation juridique s'établit au-delà d'un droit national, et peut en intéresser plusieurs. (Le phénomène transnational, L.G.D.J. 1988, p.3). Pour M. Jessup, l'expression désigne tout droit régissant des actions qui transcendent les frontières nationales, de sorte qu'en font partie le droit international privé et toutes autres règles qui n'y entrent pas. Dès lors donc qu'une situation dépasse les frontières nationales, il appartiendra à celui qui en est juge de choisir, parmi l'ensemble des règles possibles, celle qui paraît la plus appropriée. (Ph. Jessup, Transnational Law, Yale University Press, 1956).

⁵ Pour une étude comparative de ces règles, cf. Jean Thieffry et Chantal Granier "La vente internationale", Ed. CFCE, 1985, pp. 24-26.

⁶ Cf. infra. pp. 46 S.

⁷ Convention de Vienne Art. premier-1.

⁸ Qu'il s'agisse de personnes physiques ou morales.

Paragraphe 3 / Le contrat de vente internationale est un contrat de vente de marchandises

S'il n'est pas le seul contrat international susceptible d'organiser une opération commerciale, le contrat de vente de marchandises est le plus courant en pratique. C'est pour cela que nous l'avons choisi et que nous n'en étudierons pas d'autres. Mais n'oublions pas que d'autres contrats, notamment ceux relatifs au transport de marchandises ou au financement des opérations internationales, revêtent une importance pratique considérable.

N'oublions pas non plus qu'il peut être parfois très difficile de distinguer le contrat de vente d'autres contrats voisins tels les contrats d'approvisionnement et de fourniture, de distribution, de prestation de services (contrats de sous-traitance, contrats d'entreprise...), ou de transfert de technologie.

Sans définir, pour l'instant, ce qu'est un contrat de vente de marchandises, disons que lorsqu'il sera pertinent d'évoquer certains contrats voisins, soit parce qu'ils nous aideront à définir la vente de marchandises de façon négative, soit parce qu'ils emportent de façon incidente vente de marchandises, cela sera fait.

Après avoir délimité le domaine de notre étude quant au type de contrat en cause, il nous faut maintenant définir sommairement quelles sont les sources du droit de la vente internationale de marchandises.

Section 2) Le droit de la vente internationale de marchandises

C'est un droit composite constitué d'un amalgame plus ou moins homogène de droit international (Paragraphe 1), transnational (Paragraphe 2) et national (Paragraphe 3).

Paragraphe 1 / Les sources internationales

Elles sont constituées de tout Convention ou Traité négociés et ratifiés par les États.

Comme l'on pourrait s'y attendre, ce sont celles qui revêtent le plus d'importance dans le domaine qui nous intéresse. A ce titre, elles seront systématiquement et longuement détaillées.

Signalons d'ores et déjà la plus importante d'entre elles, la Convention des Nations--Unies sur "les contrats de vente internationale de marchandises" (infra Convention de Vienne) du 11 avril 1980 qui porte loi uniforme en matière de vente internationale de marchandises.

Paragraphe 2 / Les sources transnationales

Aussi dénommées supranationales ou anationales (nous considérons les trois dénominations comme interchangeable), elles sont constituées de tout standards, normes, règles,

principes, usages, coutumes... élaborés par la pratique internationale⁹. Elles sont donc, à ce titre, presque totalement indépendantes du pouvoir de faire le droit appartenant aux États.

Nous tenterons d'en donner une définition, d'en définir la portée et d'en décrire les relations avec les sources internationales.

Paragraphe 3 / Les sources nationales

Précisons immédiatement qu'il peut paraître paradoxal d'étudier l'impact d'un droit national en matière de contrats internationaux.

Nous verrons pourtant qu'une telle étude est souvent nécessaire.

Nous abordons ici l'un des problèmes majeurs: on ne peut affirmer qu'il existe un droit international de la vente internationale de marchandises réellement autonome. Celui qui veut étudier cette matière se doit de faire constamment référence aux droits nationaux qui trouveront souvent vocation à s'appliquer. Nous déterminerons donc trois points essentiels: Quel est le contenu des droits nationaux de la vente internationale? Quel est le domaine d'application de ces droits nationaux? Suivant quelles règles le juge saisi va-t-il déterminer le droit national applicable au contrat?

Si les deux dernières questions seront largement développées ultérieurement, la première, en revanche, qui relève du droit comparé, fera l'objet de moins de réflexions. Il nous est apparu en effet qu'il était plus utile d'étudier préférentiellement le droit réellement international de la vente.

Il n'en demeure pas moins qu'il nous faut d'ores et déjà décrire sommairement le contenu des droits nationaux de la vente. Pour ce faire, quatre pays ont été retenus en raison du rôle déterminant de leur droit sur le plan international: L'Angleterre (A), les États-Unis d'Amérique (B), le Canada (C) et la France (C).

Précisons immédiatement que les pays qui ont adhéré à la Convention de Vienne du 11 avril 1980 possèdent désormais une législation duale, c'est-à-dire un droit interne de la vente et un droit international de la vente. Malgré cette hypothèse l'étude de leur droit interne reste pertinente. En effet, comme nous le verrons, la Convention de Vienne ne régit pas l'ensemble du droit de la vente internationale, ses lacunes et ses imprécisions ne permettent pas de cloisonner les deux législations. On assistera souvent à un phénomène de "résurgence" du droit national en matière internationale.

⁹ Cf. Aleksander Golstajn "Reflections on the Structure of the Modern Law of International Trade" in "International Contracts and Conflicts of Law- A Collection of Essays" by Peter Sarcevic, 1990, pp. 1-14.

A) Le droit anglais

Le droit anglais n'est pas celui de la Grande-Bretagne, sa territorialité se limite à l'île moins l'Écosse plus l'île de Whight.

Le droit anglais de la vente ne peut s'analyser qu'en faisant état de la jurisprudence, cela n'étonnera personne, mais aussi de quelques lois¹⁰ qui revêtent une certaine importance.

Nous évoquerons les lois suivantes:

- "Unfair Contracts Terms Act" de 1967
- "Uniform Law on International Sale Act" de 1967
- "Sale of Goods Act" de 1979¹¹.

B) Le droit canadien

Le Canada est un pays fédéral et la compétence législative en matière de contrat de vente est entre les mains des provinces¹². Il en résulte une grande disparité du droit sur ce point, tout au moins peut-on opposer avec certitude le droit de l'Ontario (une province de Common Law) à celui du Québec (une province de droit civil).

Au Québec, le droit positif de la vente se trouve dans les codes. Plus précisément, il faut surtout se référer au titre III (Art. 982 à 1246) du Code civil du Bas-Canada qui sera d'ailleurs bientôt abrogé dès que le Projet de "Code civil du Québec" sera voté (cela devrait s'opérer dans le courant de l'année 1994)¹³.

En Ontario, le droit positif de la vente est à chercher dans la jurisprudence et aussi dans le "Sale of Goods Act" de 1980¹⁴.

Notons en outre, qu'un "Uniform Sale of Goods Act" a été élaboré par la Conférence sur

¹⁰ Cf. H.G Beale, W.D. Bishop, M.P. Furston "Contracts, Cases and Materials", second edition, Butterworth, 1990.

¹¹ Pour une étude plus approfondie du droit anglais des contrats, cf. René David et David Pugsley "Les contrats en droit anglais", 2ème Ed., L.G.D.J., 1985; David Tiplady "Introduction to the Law of International Trade", 1989, pp. 1-39; Michael Elland-Goldsmith "Les principes généraux du droit anglais des contrats et les opérations internationales", DPCI, 1980, pp. 445-495; J.A. Jolowicz (sous la direction de) "Droit anglais", 2ème Ed., Dalloz, 1992, pp.123 S; J.C. Smith "The Law of Contract", S.& M., 1989.

¹² En vertu du "Constitution Act" de 1867.

¹³ Pour aller plus loin, cf. Maurice Tancelin "Des obligations, contrats et responsabilité", 4ème Ed., 1988., W & L; HEC "Droit civil et commercial", 1993, W & L; Jean Pineau, Danielle Burman "Théorie des obligations", Thémis, 2ème Ed., 1988; Denys-Claude Lamontagne, Gérard Golstein "Droit des contrats, Recueil de jurisprudence", Thémis, 1990; Maurice Tancelin, Daniel Gardner "Jurisprudence commentée sur les obligations", 5ème Ed., W&L, 1992.

¹⁴ Il est à noter que toutes les autres Provinces canadiennes, sauf le Québec, sont des Provinces de Common Law qui ont toutes adopté un "Sale of Goods Act" dont les dispositions sont très proches de celles de l'Ontario.

l'uniformisation des lois puis proposé à toutes les Provinces de Common Law, et que la Commission de réforme du droit de l'Ontario a élaboré un rapport sur le droit de la vente¹⁵ destiné à réformer le "Sale of Goods Act" de 1980¹⁶.

C) Le droit des États-Unis d'Amérique

On peut dire que dans ce pays, le droit de la vente est unifié grâce à l'adoption, de 1951 à 1968, du Code de Commerce Uniforme¹⁷ par tous les États américains, exceptée la Louisiane. Le Code de Commerce a une force impérative, il s'impose aux juges, alors que vis-à-vis des parties, la plupart de ses dispositions sont supplétives, ces dernières conservent une grande liberté contractuelle.

Une autre source importante aux États-Unis est le "Restatement Second, Contracts" publié en 1969. Si ce texte n'a aucune valeur impérative, il ne s'impose ni aux juges ni aux parties, il jouit cependant d'une autorité morale non négligeable et il n'est pas rare que l'on s'y réfère spontanément¹⁸.

D) Le droit français

C'est le titre Sixième du Code civil de 1804 qui régit le droit de la vente en France. Il faut ensuite prendre en compte certaines décisions judiciaires importantes¹⁹.

¹⁵ Ontario Law Reform Commission "Report on Sale of Goods", Toronto, Ministry of Attorney General.

¹⁶ Pour aller plus loin, cf. John Swan, Barry J. Reiter "Contracts, Cases and Materials", fourth Ed., Toronto, 1991.

¹⁷ Uniform Commercial Code (infra U.C.C.) dont l'article 2 est consacré aux contrats de vente de marchandises. Pour une étude plus détaillée de l'élaboration et du contenu de ce code, cf. Alain A. Levasseur "Droit des États-Unis", Précis Dalloz, 1990, pp. 263-275; John Swan, Barry J. Reiter "Contracts, Cases and Materials", op. cit. pp. 36 S.

¹⁸ Cf. John Swan, Barry J. Reiter, op. cit. note 15, p. 37. pour aller plus loin sur le droit américain des contrats cf. Alain Levasseur "Droit des États-unis", op. cit. pp. 85-109; Samuel Williston "Williston on Sales", V. I, II, III, fourth Ed., 1973 (plus mise à jour de 1993); Arthur Linton Corbin "Corbin on Contracts", 8 vol., 1951; E. Allan Farnsworth "Farnsworth on Contracts", Vol. I, II, III, 1990; Ronald A. Anderson "Anderson on Uniform Commercial Code", second Ed., Vol. I, II, 1970.

¹⁹ Pour aller plus loin, cf. Ph. Malaurie et L. Aynès "Les obligations", 2ème Ed., CUJAS, 1990; François Collart Dutilleul et Philippe Dèlebecque "Contrats civils et commerciaux", Précis Dalloz, 1991; Alain Sériaux "Le droit des obligations", P.U.F., 1992; Jacques Ghestin "Traité de droit civil", T. II, "Le contrat-formation", L.G.D.J., 1988; Charles Larroumet "Droit civil", "les obligations", T. III, "Le contrat", 1990.

Après cette succincte étude on peut d'ores et déjà affirmer que tous les pays retenus, qu'ils appliquent la Common Law ou le droit civil, ont procédé à une codification du droit de la vente. Ceci démontre que le droit écrit est indispensable lorsque l'on recherche l'uniformité et la stabilité juridique.

Qu'en est-il sur le plan de l'harmonisation de ces droits de la vente?

Le droit français et le droit québécois sont très proches puisque le Code civil du Bas-Canada a été directement inspiré par le "Code Napoléon". Cependant cette proximité ne sera plus aussi patente lorsque le projet de Code civil du Québec entrera en vigueur.

Le droit anglais et le droit des autres provinces canadiennes sont eux aussi harmonisés. En effet, les "Sale of goods Act" (loi sur la vente de marchandises) de ces provinces sont tous calqués sur le "Sale of goods Act" anglais de 1893.

Certes, ici encore, des réformes qui devraient se produire au Canada risquent de limiter cette harmonisation. On constate notamment une volonté qu'ont les législateurs de ce pays, de se rapprocher du droit américain, ce qui paraît tout à fait logique eu égard à l'intensité des échanges commerciaux entre les deux pays.

Le droit américain, depuis l'adoption du Code de Commerce Uniforme, s'est presque totalement coupé de sa source, la Common Law anglaise.

Il en résulte un droit inclassable, à mi-chemin entre la Common Law et le droit civil. Il jouit cependant d'une autorité incontestable sur le plan international et il a notamment fortement influencé les rédacteurs de la Convention de Vienne du 11 avril 1980.

Pour en terminer avec l'étude des droits nationaux, nous dirons que, malgré les apparences, la dialectique Common Law-Droit civil est en fait inutile. Certes, on constatera que les concepts respectivement utilisés par les "Common lawyer" et par les civilistes sont les mêmes à travers le monde, ce qui facilite grandement l'étude comparative et l'harmonisation. Nous verrons cependant que cela est largement insuffisant à harmoniser l'ensemble du fond du droit de la vente.

Section 3) Le contentieux en matière de vente internationale de marchandises

On ne peut étudier le droit de la vente internationale sans décrire la spécificité de son contentieux et s'interroger sur son harmonisation.

En outre, pour ce qui est de l'aspect principal de la problématique qui nous préoccupe, l'étude du contentieux est très intéressante. Plus exactement, nous verrons dans quelle mesure l'arbitrage, qui constitue un mode de règlements des litiges très usité, contribue à l'harmonisation du droit de la vente.

Chapitre II] Nécessité et réalité de l'harmonisation

Incontestablement, l'harmonisation du droit de la vente internationale de marchandises est une nécessité. Est-elle une réalité?

Section 1) L'harmonisation, une nécessité

Cette harmonisation tire sa justification du développement du commerce international (Paragraphe 1), elle est d'autant plus importante que l'on tente d'instaurer une plus grande intégration économique (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 / Le domaine de l'harmonisation nécessaire

Le contrat de vente internationale de marchandises est indéniablement le principal instrument du commerce international.

De même que les barrières tarifaires et non tarifaires sont considérées comme des obstacles au développement du commerce international, la non harmonisation du droit de la vente internationale peut constituer une barrière juridique. Nous démontrerons pourquoi au cours de nos développements.

Nous pensons que si l'harmonisation est souhaitable dans le domaine du droit commercial en général, elle ne l'est pas dans les autres. En effet, on imagine mal pourquoi il faudrait harmoniser le droit des personnes par exemple. En outre, même si cela était envisageable il serait très difficile voire impossible d'harmoniser le droit en ce domaine, ce dernier étant trop imprégné d'ordre public, trop dépendant de facteurs purement idéologiques voire spirituels propres à chaque nation.

Paragraphe 2 / Intégration économique et harmonisation du droit de la vente

Si l'on considère qu'harmoniser le droit de la vente internationale c'est faciliter le développement du commerce international, alors il est clair que toute tentative d'intégration économique régionale, dont l'objectif minimum ne peut être que l'instauration d'une zone de libre-échange, devrait normalement être une cause directe d'harmonisation. Nous verrons que la logique implacable de ce postulat est loin de se vérifier en pratique lorsque nous étudierons l'Accord de Libre Échange Nord Américain et la Communauté Économique Européenne.

Section 2) L'harmonisation, une réalité(?)

Avant de se demander si l'harmonisation est une réalité, encore faut-il savoir ce que recouvre ce concept. Or, dès que l'on veut comparer le fond de règles de droit d'origine différentes, un problème terminologique se pose. Doit-on parler de rapprochement, d'harmonisation, d'unification, d'uniformisation... si l'on est francophone? Doit-on utiliser les termes "approximation", "harmonization", "unification"... si l'on est anglophone?

Le sens de ces différents termes est proche²⁰ et il semble qu'en général la doctrine utilise les uns et les autres avec toutefois une certaine préférence pour le terme "harmonisation". Nous nous rangerons donc du côté de la doctrine majoritaire même si il nous semble qu'une différence d'intensité dans la ressemblance des droits peut se déduire suivant le terme employé:

Ainsi, dire que deux droits sont harmonisés c'est seulement affirmer qu'ils sont compatibles, c'est-à-dire qu'ils utilisent les mêmes concepts juridiques sans pour autant en tirer les mêmes conclusions²¹. En revanche, si l'on affirme que deux droits sont unifiés ou uniformisés c'est que non seulement les concepts utilisés sont identiques, mais qu'en outre pour un même problème de fait la décision judiciaire au fond sera semblable.

Que nos prétentions soient claires: même si nous utiliserons le plus souvent indifféremment les deux termes, seul l'aspect le plus avancé dans la proximité des droits, c'est-à-dire l'identité des décisions au fond, nous intéresse. C'est donc en ce sens qu'il faudra les interpréter.

La dialectique de notre étude sera double: l'harmonisation est-elle nécessaire? Est-elle réelle? Tous au long de nos développements nous militerons pour un développement nécessaire de l'harmonisation du droit de la vente internationale de marchandises. Le problème de la réalité de l'harmonisation sera le fondement des deux parties de notre recherche.

La première partie sera consacrée à la description des moyens d'harmonisation existant qu'ils soient potentiels ou spécifiques, la seconde à l'étude de l'impact réel du moyen le plus efficace: la Convention de Vienne du 11 avril 1980.

²⁰ Cf. Daniel Vignes "The Harmonisation of National Legislation and the EEC", *European Law Rev.*, 1990, pp.358 et 359; Carol Cosgrove Twitchett "Harmonisation and the EEC", p.1.

²¹ Donc tous les pays anglophones qui appliquent la "Common Law" ont des droits harmonisés, et il en sera de même pour les pays francophones appliquant le Droit civil.

PREMIERE PARTIE

LES MOYENS D'HARMONISATION DU DROIT DE LA VENTE INTERNATIONALE

Ces moyens, qu'ils soient potentiels ou de droit positif, suffisants ou limités, peuvent se classer en deux grandes catégories selon leurs origines:

_ Ils peuvent être d'abord le fruit d'un transfert de compétences législatives d'un plan interne vers un plan international.

Il s'agit ici de ce que nous dénommerons l'harmonisation internationale (Titre I) ou, plus simplement, "l'harmonisation par le haut" qui se réalise grâce à l'élaboration et à l'adoption de conventions internationales ou de traités internationaux par la communauté mondiale ou régionale des États. Nous verrons, en outre, que ces États peuvent soit négocier directement entre eux, soit se doter d'institutions représentatives²² auxquelles ils transféreront ou pas certaines de leur compétences législatives.

_ Ils peuvent être, ensuite, issus de la pratique marchande internationale qui éprouve un besoin toujours croissant de "sécurité" juridique, c'est à dire d'harmonisation voir d'uniformisation du droit régissant son principal outil juridique de travail: le contrat de vente internationale de marchandises. Nous regrouperons les moyens de cette origine sous l'appellation "d'harmonisation transnationale" (Titre II) ou, plus communément, "l'harmonisation par le bas".

La dialectique qui guidera notre étude sera fondée sur une approche comparée des deux méthodes sur le plan de leur efficacité.

Il ne faut cependant pas être trop réducteur et constater que si, en général, ces deux approches sont véritablement en contradiction, elles peuvent être parfois complémentaires. Nous verrons ainsi de quelle façon la Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises, fruit d'un processus d'"harmonisation par le haut", a su faire une place non négligeable à de nombreux concepts juridiques uniformes dégagés par la pratique internationale. Ceci ne constitue qu'un exemple mais souhaitons qu'il soit très souvent imité dans

²² Ce qui est, en général, la meilleure solution pour parvenir au plus large accord possible.

la mesure où l'unification du droit étant un objectif difficile à atteindre, il n'est pas trop des effets cumulés des deux moyens essentiels pour y parvenir.

TITRE I] L'HARMONISATION INTERNATIONALE

En matière de conventions internationales on peut distinguer celles qui pourraient conduire à une harmonisation du droit de la vente d'une manière incidente voir indirecte, deä celles ayant cet objectif comme unique objet.

_ Les premières peuvent être intéressantes dans la mesure où on considère que l'intégration économique ou, plus modestement, le libre échangeisme entre les États devrait être source d'harmonisation du domaine du droit qui nous intéresse. Nous croyons, avec d'autres auteurs, une telle idée juste et justifiable puisque, comme nous le démontrerons, une non harmonisation du droit de la vente internationale constitue un frein au libre-échange, une barrière juridique au commerce international. C'est pour cela que nous étudierons dans un premier temps les traités internationaux de libre-échange (Chapitre I).

_ Les secondes seront bien évidemment au coeur de nos développements; elles sont nombreuses mais seront-elles efficaces?

Nous répondrons à cette question en traitant, dans un second temps, les conventions internationales spécifiques (Chapitre II) par opposition aux traités de libre-échange qui ont, eux, une vocation beaucoup plus générale.

CHAPITRE I] Les traités internationaux de libre-échange

De tels traités²³ sont nombreux dans toutes les régions du globe mais seuls quelques-uns sont dignes d'intérêt. Parmi ceux-ci, nous en avons retenus deux dont l'importance est patente à plusieurs égards:

_ L'Accord de Libre Échange Nord Américain (ci-après A.L.E.N.A.)²⁴ qui, bien qu'au stade de projet, constitue un pas important vers l'intégration économique des pays signataires et qui suscite d'autant plus l'intérêt que la principale puissance mondiale, les États-Unis d'Amérique, en est l'instigatrice (Section 1).

_ Le Traité de Rome de 1957 qui a fondé la Communauté Économique Européenne (ci-après C.E.E.)²⁵ et qui représente l'exemple d'intégration régionale la plus avancée. Il mérite à ce titre une étude (Section 2).

Bien entendu, dans les deux cas, il s'agira de démontrer exclusivement dans quelle mesure l'intégration économique est source d'harmonisation du droit de la vente internationale.

Section 1) L'Accord de Libre Échange Nord Américain

En Amérique du nord l'instauration du libre-échange a débuté le premier janvier 1989 lors de l'entrée en vigueur de l'Accord de Libre Échange (A.L.E.) ratifié par le Canada et les États-Unis. Ensuite, le mouvement d'intégration s'est élargi depuis le discours de Georges Bush du 27 juin 1990 intitulé "Initiative Bush pour les Amériques" qui révélait sa volonté de développer un partenariat économique plus intense avec l'Amérique Latine et les Caraïbes.

C'est ainsi qu'un nouvel accord de libre-échange, l'A.L.E.N.A., fut signé le 17 décembre

²³ Peut être devrions nous plutôt parler de "conventions" voir d'"accords internationaux" ("agreements"). Ce problème terminologique ne sera pas tranché pour deux raisons: d'abord, il concerne le droit international public dont l'étude est exclue du champ de notre étude, ensuite, il nécessiterait une étude trop détaillée dans la mesure où chaque pays donne à la question des solutions différentes.

²⁴ En anglais "North American Free Trade Agreement" (N.A.F.T.A.).

²⁵ En anglais "European Economic Community" (EEC).

1992 par les États Unis, le Canada, et le Mexique. Avant même son entrée en vigueur²⁶, bon nombre d'observateurs s'accordent pour lui prédire un avenir fructueux ainsi qu'un domaine d'application géographique en extension²⁷.

Quelles sont les caractéristiques majeures de l'A.L.E.N.A.?

_ C'est un accord essentiellement économique et commercial²⁸ mais dont le rayonnement est tout de même très large puisque libéralisant peu à peu les marchés des produits agricoles, des automobiles, du textile et des vêtements, des capitaux et investissements, des produits... Il traite en outre des problèmes relatifs à l'harmonisation des législations en matière de propriété intellectuelle et d'environnement.

_ C'est un accord qui se veut très ouvert (cf. Clause d'accession Art.2205).

_ C'est un accord pragmatique: il règle de façon précise et a priori toutes les conséquences de son existence. Il ne contient ni déclaration générale, ni souhaits, ni principes généraux.

_ C'est un accord non institutionnalisé et c'est sans doute ici que se manifeste sa différence la plus nette avec le traité C.E.E.. L'A.L.E.N.A. ne crée aucune institution supranationale tant politique que judiciaire. Les différends se règlent au cas par cas par l'intervention de comités d'arbitrages "ad-hoc".

On peut dès lors s'interroger sur la contribution d'un tel accord à l'harmonisation du droit de la vente internationale dans le territoire qu'il couvre.

Force est de constater qu'elle est inexistante. En tout cas rien ne permet d'affirmer que directement ou indirectement elle permette un progrès en ce sens.

Il est vrai que dans une région où les litiges entre États se règlent par arbitres interposés, on conçoit facilement que l'A.L.E.N.A. encourage aussi les ressortissants de ces États à utiliser ce mode de règlement des litiges²⁹. Or, le recours à l'arbitrage va, dans une certaine mesure, rendre le problème de la discordance des législations nationales sur la vente moins crucial pour les opérateurs du commerce international³⁰. Ensuite, on peut tenter d'expliquer cette carence de l'A.L.E.N.A. en la matière par le fait que les trois pays contractants sont liés par la convention de Vienne du 11 avril 1980.

Pourtant, pour de multiples raisons que nous détaillerons plus loin, on peut affirmer que

²⁶ Qui est fixée pour le 1er janvier 1994 si le nouvel exécutif américain dirigé par Bill Clinton se conforme, comme selon toute vraisemblance, à l'esprit de l'"initiative Bush". Le Canada a ratifié l'A.L.E.N.A. en juin 1993.

²⁷ On parle par exemple de l'adhésion prochaine du Chili.

²⁸ Il ressemble ainsi énormément au G.A.T.T. à la différence cependant que son contenu est beaucoup plus détaillé et contraignant pour les États contractants.

²⁹ Cf. infra note 219.

³⁰ Cf. infra pp. 99 S.

l'A.L.E.N.A. est incomplet lorsqu'il ne prévoit aucune mesure d'harmonisation du droit de la vente internationale de marchandise³¹.

Le traité de Rome et les traités subséquents qui ont fondé une intégration européenne sans communes mesures avec celle résultant de l'A.L.E.N.A. vont-ils évoquer ce problème?

Section 2) Le traité C.E.E. et ses prolongements

Selon l'opinion de Mme. Twitchett³², on peut penser que, sans aucun doute, *"l'harmonisation est la clef de la création et du développement du marché commun européen. Si la C.E.E. veut être davantage qu'une simple union douanière, il faut que l'harmonisation pénètre encore plus profondément dans la vie économique et sociale de ses citoyens"*.

Faut-il en déduire que l'harmonisation des différents droits nationaux des contrats s'impose?

Aux vues de cette analyse difficilement contestable, la réponse ne peut être que positive³³. Comment harmoniser l'économie des États membres sans harmoniser les règles régissant le principal instrument de circulation des biens et services? Comment créer une certaine unité sociale européenne si le contrat en tant qu'instrument d'élaboration du tissu social connaît les traitements les plus opposés?

L'harmonisation n'est pas un but, c'est un moyen³⁴.

Le droit communautaire est un droit international et contraignant qui a pour seule raison d'être l'harmonisation des différentes législations, encore que pour l'instant son spectre en soit limité. Ce n'est pas un droit qui a pour vocation de se substituer aux droits nationaux, il agit plutôt

³¹ Pour aller plus loin cf. Ann Weston "From F.T.A. to N.A.F.T.A.", congrès A.C.E.L.A.C., Ottawa, 1992, inédit; Michael Hart "A north American Free Trade Agreement, The strategic implication for Canada", Centre for Trade Policy and Law, Ottawa, 1990; Gary Clyde Hyfbauer, Jeffrey J. Schott "North American Free Trade, Issue and Recommendations", Washington D.C., 1992; Universidad Nacional Autonoma de Mexico "Legal aspects of the Trilateral Free Trade Agreement", Mexico, 1992; Louis Perret "Le droit de l'intégration économique interaméricaine", Cours de l'Université d'Ottawa, 1993, inédit.

³² Carol Cosgrove Twitchett, in "Harmonisation in the E.E.C.", op. cit.

³³ On peut citer à l'appui de cette idée Ole Lando ("Principles of European Contract Law", in "International Contracts and Conflicts of Laws", ed. Peter Sarcevic, 1990, p.1) qui nous fait part d'une analyse très intéressante: *"The European Economic Community aims to abolish restrictions to intra-community trade. From this objectives it follows that those differences in laws which restrict trade should be also abolished. The history of several europeans countries shows that political and economic integration has led to a subsequent unification of the civil and the commercial law. In 1804-1807 this happened in France, in 1866 in Italy, in 1900 in Germany. In each country, provincial statutes and customs were replaced by a civil and commercial code"*.

³⁴ Cf. H.A. Schwarz-Liebermann von Wahlendorf, "Droit comparé. Théorie générale et principes", Paris, LGDJ, 1978, p.129.

comme un modèle impératif³⁵. Cette distinction n'est pas inutile car la notion de "modèle" induit une certaine souplesse dans la internationalité de ce droit. C'est ainsi que son intégration dans les droits nationaux donnera parfois des résultats légèrement discordants.

Le problème qui se pose est de démontrer dans quelle mesure l'intégration européenne, surtout économique, a contribué ou contribuera à harmoniser voir à unifier le droit de la vente internationale de marchandises. Nous verrons que malgré le lien que l'on peut voir entre l'unification du droit de la vente et le développement du commerce transfrontière, il est très difficile de déterminer en quoi la création de la C.E.E. et son développement continu a été un facteur d'harmonisation.

Certes, en matière de contrat de travail, d'assurance, d'agence commerciale, de transports de biens ou de personnes de nombreuses directives ont été adoptées.

Certes, la Convention de Rome de 1980³⁶ a permis d'unifier les règles du droit international privé des États membres, tout comme celle de Bruxelles de 1968³⁷ a grandement facilité la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires entre États membres.

Certes, la Convention de Vienne de 1980 a été adoptée par la plupart des États membres de la C.E.E..

Il faut pourtant reconnaître que ces mesures sont insuffisantes: il n'existe ni directives précises visant la vente ni même d'harmonisation des principes généraux du droit de la vente en Europe³⁸; la Convention de Vienne n'est pas complète et parfois trop imprécise, en outre, le Royaume-Uni ne l'a toujours pas ratifiée. Alors, il faut se demander pourquoi la C.E.E. fait-elle preuve d'une telle inertie en la matière?

Nous verrons que ce phénomène s'explique d'autant moins facilement que la C.E.E. aurait pu exploiter des facteurs d'harmonisation préexistants (Paragraphe 1), ou utiliser certains textes juridiques pour jouer un rôle "moteur" dans l'harmonisation du droit de la vente internationale en Europe (Paragraphe 2).

Cette étude sera aussi l'occasion de comparer succinctement le droit civil français et la "Common Law" anglaise.

Paragraphe 1 / La C.E.E. et les facteurs d'harmonisation préexistants

³⁵ Cf. Daniel Vignes "the Harmonisation of National Legislation and the EEC", *European Law Review*, oct.1990, p.359.

³⁶ Cf. infra p. 73.

³⁷ Cf. infra p. 104.

³⁸ Cf. Ole Lando "European Contract Law", *the American Jour. of Comp. Law*, 1983, pp.653-659.

Le but de cette partie de notre étude est de faire état du contexte dans lequel s'est réalisée et se réalise l'intégration européenne source d'harmonisation. Il nous apparaît, eu égard à la généralité des arguments, qu'il serait impossible voire inutile de réduire ce contexte européen à une comparaison France/Angleterre. De même, nous ne pourrions ici être très précis et dégager l'impact direct sur le droit de la vente internationale de ces facteurs d'harmonisation préexistants à la C.E.E.

Pour René David³⁹, *"l'histoire du droit européen du XIII^e au XIX^e siècles montre un constant progrès dans l'unification du droit"*. La période charnière fut la Révolution française et la codification du droit français en 1804 qui inspira beaucoup d'autres États européens. Il est pourtant permis de penser que cette influence fut très faible sur le droit anglais qui a gardé le système de la "Common law".

Cependant, la codification n'est pas le seul facteur d'harmonisation. Il y en a d'autres, ils sont de trois ordres: idéologiques (A), politiques (B), économiques (C).

A) Les facteurs idéologiques

Pour M. Rodolfo Sacco, *"le droit des pays de l'Europe occidentale est uniforme dans le sens que les valeurs qui sont à sa base sont plus ou moins les mêmes partout."*

*Le pouvoir du Parlement, l'indépendance du juge, les libertés publiques, l'égalité... l'autonomie de la volonté sont des institutions que nous trouvons partout ...Nous constatons que les mêmes aspirations sont diffusées dans tous les pays ; que la solution la plus moderne ne manque pas de faire tâche d'huile et de se diffuser partout"*⁴⁰.

On peut donc considérer qu'il existe un fond juridique commun européen.

Simplement, les techniques de mise en oeuvre des ces principes juridiques seraient spécifiques à chaque État. Si l'on compare le droit anglais et le droit français, cette idée paraît fondée.

En Angleterre, le juge est lié aux précédents, en France il est libre de les ignorer. Les notions de "Trust", d'"Equity", d'"implied conditions" n'ont pas leurs équivalents en France.

Pourtant, comme nous le démontrerons⁴¹, la réalité est plus nuancée: entre la "Common law" et le droit civil, il peut exister de grandes similitudes de techniques, alors que le fond, c'est-à-dire la règle de droit est très différente.

Ce "fond commun juridique" est peut-être la conséquence de la valeur suprême des droits

³⁹ " The International Unification of Private Law", op. cit., p.3.

⁴⁰ in "New Perspectives for a Common Law of Europe", Institut Universitaire Européen, sous la direction de Mauro Cappelletti, 1978, pp. 95 à 96.

⁴¹ Cf. Annexe III.

de l'homme dans tous les pays européens.

On constate, par exemple, que tous les traités européens⁴² disposent dans leur préambules une proclamation de foi dans les vertus fondamentales de la liberté. Il est pourtant extrêmement difficile de démontrer en quoi cet impératif idéologique commun est source d'harmonisation du droit des contrats.

En sera-t-il de même du facteur politique?

B) Les facteurs politiques

L'impératif politique constitue l'un des facteurs d'harmonisation les plus puissants. Cela, même si, selon que le territoire envisagé soit de type fédéral ou unitaire, l'harmonisation sera plus ou moins parfaite⁴³.

Ici encore, il faudra chasser toute certitude: un Etat unitaire peut avoir tendance à se disloquer ou, en tout cas, à connaître en son sein des différences sensibles dans le traitement juridique des relations contractuelles⁴⁴. Inversement, un État fédéral peut atteindre une réelle harmonisation de son droit des contrats⁴⁵.

Que penser alors de la C.E.E. dont la nature est difficile à déterminer. On ne peut affirmer que le territoire communautaire soit un état fédéral. On ne peut non plus affirmer qu'il constitue une simple addition d'états souverains, l'intégration y étant tellement poussée⁴⁶.

En réalité, cette question n'est pas fondamentale pour le sujet qui nous préoccupe. Il est vrai que l'harmonisation du droit des contrats, bien davantage que sur des considérations

⁴² Communauté du Charbon et de l'acier (C.E.C.A en 1951), C.E.E (1957), EURATOM (1957), Association Européenne de libre Échange (A.E.L.E en 1959)...

⁴³ Cf. Jean Limpens " Les facteurs propices à l'éclosion et au développement d'un droit commun de l'Europe" in Perspectives for a common law of Europe, op.cit.

⁴⁴ C'est le cas du Royaume-Uni où le droit des contrats est différent en Écosse et en Angleterre.

⁴⁵ Voir l'exemple des États-Unis d'Amérique avec l'adoption de l'"U.C.C".

⁴⁶ En tout cas, si la C.E.E. ne constitue pas une entité aussi intégrée que le Canada ou les États-Unis, le besoin d'harmonisation du droit de la vente qu'elle génère est peut être beaucoup plus impérieux. On peut citer en ce sens Ole Lando ("Principles of European Contract Law", op. cit., p.2) : *"In the United States a citizen of one state can read and understand the law of his sister states. This is facilitated by the fact that the laws of states, with the exception of Louisiana, are all based on the Common law.*

On the contrary, a citizen of european states does not have such ready access to the laws of his sister states. Very often he cannot read them in the original and those he can read he may not fully understand (...) It is thus in Europe where there is no common legal tradition that an harmonization of laws is needed. Fear of the unknown and the incomprehensible has kept many potential exporters and importers away from the market".

idéologiques ou politiques, se fonde sur des considérations économiques.

C) Les facteurs économiques

La C.E.E. est d'abord et surtout une communauté économique. C'est dans le but de favoriser le développement économique de ses états membres qu'elle a été créée. En outre, il est possible d'affirmer qu'aujourd'hui encore cet objectif reste prioritaire.

Quelles ont été les méthodes utilisées? Essentiellement trois:

- Création d'une zone de libre-échange et d'un tarif douanier commun.
- Élaboration d'un droit européen de la concurrence pour garantir un fonctionnement juste et équilibré du système libéral (Voir notamment l'article 85 et 86 du traité de Rome de 1957).
- Tentative de création d'une monnaie unique européenne pour notamment éviter que les fluctuations monétaires incessantes n'entravent l'activité économique en introduisant trop d'insécurité dans le commerce intra-communautaire.

Ces trois types de mesures ont au moins un point commun: elles tendent toutes à libéraliser et à faciliter le commerce entre les états membres. Comment? En rassurant, en sécurisant les agents économiques européens en leur garantissant un respect et une notion unique de la concurrence puis en les mettant à l'abri des risques de change.

Ne serait-il pas tout autant judicieux d'envisager une vaste action communautaire d'harmonisation du droit des contrats? Bien sûr que oui. En pratique, cela aura au moins l'intérêt d'éviter de longs procès coûteux.

Après ce bref exposé du contexte européen plus ou moins propice à l'harmonisation, il devient utile de déterminer comment la C.E.E. a pris en compte cet impératif d'harmonisation du droit des contrats en Europe.

Paragraphe 2 / La C.E.E. En tant que "moteur" de l'harmonisation du droit en Europe

Le souci d'harmoniser le droit des contrats en Europe n'est pas absent. Il faut néanmoins reconnaître que le droit communautaire ne le vise jamais directement. Tout au plus se contente-t-il d'essayer d'en régir quelques points particuliers⁴⁷.

⁴⁷ Il existe une volonté communautaire de s'attaquer au problèmes des clauses abusives. Le paragraphe 30 du deuxième programme de la Communauté Européenne (Bull.C.E., 5-1981, 1-4-1 à 1-4-3) pour une politique de protection et d'information des consommateurs énonce que: "*la commission présentera en premier lieu un document de réflexion sur le sujet... et les différentes options possibles en vue d'harmoniser les conditions de concurrence susceptibles d'être affectées par des disparités en ce domaine*". Il se peut que cette prise en compte du problème au niveau communautaire ait suffi à provoquer des réactions semblables au sein de chaque État membre. Le

Pourtant la C.E.E. dispose des outils juridiques nécessaires et suffisants pour l'accomplissement d'une telle oeuvre (A). Mais il ne faut cependant pas oublier que les obstacles à l'harmonisation sont encore nombreux et importants (B).

A) Les outils juridiques de l'harmonisation

Le Traité sur lequel se fonde la C.E.E. contient une disposition qui encourage les institutions communautaires à oeuvrer pour une harmonisation des législations nationales (1). Une telle action serait efficace puisqu'elle bénéficierait des principes d'applicabilité directe et de primauté du droit communautaire⁴⁸(2).

doute est de rigueur puisqu'il n'existe à ce jour aucune directive communautaire spéciale sur ce point (Pour un bilan plus complet cf. Bull.C.E. "Les clauses abusives", supplé. 1.84, 1984, pp.12-16).

Pourtant le contrat d'adhésion est de plus en plus répandu. Il consiste en un contrat préalablement rédigé par l'une des parties et proposé à l'autre contractant tel quel. Ce dernier ne peut qu'accepter ou refuser: il ne dispose pas d'un réel pouvoir de négociation. Il peut être conclu entre un professionnel et un consommateur ou entre professionnels. On comprendra aisément pourquoi ces contrats peuvent être dangereux pour ceux qui ne peuvent faire davantage qu'y adhérer. Ainsi, le problème des clauses abusives va se poser. La France et l'Angleterre ont légiféré sur ce point pour doter les juges de moyens de lutte contre ces clauses.

La réglementation française aurait pu être totalement inefficace sans une remarquable audace des magistrats de sa "Cour Suprême".

En effet, la loi du 10 janvier 1978 sur les clauses abusives se donnait pour seul objet d'habiliter le seul pouvoir exécutif à dresser par décret une liste des clauses réputées abusives. Heureusement que face à l'inertie de ce dernier la Cour de Cassation a réagi le 6 décembre 1989 (J.C.P. 1990.II. 21534). Désormais, tout juge français peut se fonder directement sur l'article 35 de cette loi pour écarter l'application d'une clause qu'il estime abusive. Or, selon cet article 35 sera abusive la clause "*manifestement excessive*". On peut cependant constater que cette décision n'a pas eu d'effets importants, tant la jurisprudence est restrictive dans appréciation du caractère manifestement excessif de la clause. Ainsi, par exemple, il semble qu'il n'exerce son pouvoir protecteur qu'au profit du simple consommateur.

En Angleterre, le "Unfair Contract Terms Act" de 1977 autorise le juge à pratiquer le "reasonableness test" (Cf. Laurence Gormley, chron. in *European Law Rev.*, 1985, p.134) à l'issue duquel il pourra déterminer au cas par cas le caractère déraisonnable d'une clause. Dans une telle éventualité, comme le juge français, il en écarterait l'application.

On peut penser que sur ce problème le droit anglais est moins restrictif que le droit français puisque, par exemple, le contrôle judiciaire s'étend aux contrats conclus entre professionnels.

⁴⁸ Sur les voies d'uniformisation du droit en Europe et leur efficacité sur un plan très général cf. Ivo E. Schwartz "Voies d'uniformisation du droit dans la Communauté Économique: règlements de la communauté ou conventions entre les États membres", *J.D.I. (Clunet)*, 1978, pp.751-794.

1 / Les dispositions du Traité de Rome et l'harmonisation du droit des contrats en Europe

Parmi les dispositions conférant à la Commission un pouvoir d'harmonisation limité à des matières spécifiques⁴⁹, aucune ne vise le droit des contrats.

Cependant l'article 100 de ce même Traité habilite le Conseil à procéder, par voie de directives, au "*rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont une incidence directe sur l'établissement et le fonctionnement du marché commun*"⁵⁰.

On peut immédiatement constater que ce texte est très général et que par conséquent son domaine semble très étendu. Il n'existe que deux limites à son utilisation: la première est expresse et tient en la condition "d'incidence directe sur l'établissement du marché commun" (a). La seconde est implicite et découle de la rédaction même de ce texte, qui nous paraît imprécise (b).

a) La limitation expresse du domaine de l'article 100

A en croire M. Dashwood⁵¹, cette limite n'en est pas vraiment une, tant la notion de marché commun, telle que définie par le Traité de Rome, est vaste⁵².

En outre, même si l'on avait une conception plus restrictive du marché commun, il est clair que la législation sur le droit des contrats ne serait pas exclue du domaine de l'article 100, ceci dans la mesure où, comme nous l'avons déjà expliqué, un droit des contrats harmonisé est l'une des conditions déterminante de la bonne circulation des biens et services au sein de la Communauté.

Il est donc possible d'affirmer que le droit des contrats a une incidence sur l'établissement et le fonctionnement du marché commun. Mais s'agit-il d'une incidence directe? La réponse à

⁴⁹ Cf. par exemple l'article 54 visant l'harmonisation du droit des sociétés, l'article 99 visant l'harmonisation des impôts indirects (T.V.A. ou V.A.T.), l'art. 75 sur le transport international, l'art. 87 sur le droit de la concurrence...

⁵⁰ Pour une étude complète et détaillée du domaine et de la procédure de l'art.100 cf. Robert Kovar in "Traité instituant la C.E.E., commentaire article par article", Economica, 1992, pp.549-559.

⁵¹ "The Impact of European Community Law on National laws", International Business Lawyer, May 1983, 11, p.161.

⁵² Sur ce point cf. Alan Dashwood, "Harmonisation in the EEC", op. cit., pp.10 et 11.

cette question découle de la constatation précédente: la notion de marché commun étant tellement vaste, toute législation nationale est susceptible d'entrer directement en contact avec lui. Citons, pour corroborer cette idée, les directives d'harmonisation des législations nationales sur la protection de l'environnement prises en application du présent article⁵³. Ainsi, de par sa rédaction, et eu égard à la notion de marché commun, l'article 100 est un texte très vaste qui donne des possibilités d'harmonisation du droit des contrats en Europe⁵⁴.

Pourtant, force est de constater que ce texte n'a pas été utilisé en ce sens. Est-ce parce qu'harmoniser le droit des contrats des États membres est une tâche trop difficile? Ou bien parce que cette harmonisation n'est pas jugée utile par ces mêmes États⁵⁵? Ou enfin, parce que les disparités entre les différentes législations nationales ne sont ni très nombreuses ni très profondes, et que, de ce fait, l'harmonisation est déjà une réalité?

On ne peut apporter de réponses catégoriques à ces trois questions: l'harmonisation est une entreprise difficile mais pas impossible (les disparités existantes ne constituent pas des obstacles infranchissables), chacun s'accorde à la trouver utile.

Nous pensons que, aux yeux des pays membres, le problème n'est pas crucial. En quelque sorte, les questions économiques supplanteraient les problèmes juridiques. C'est une erreur: bien

⁵³ A l'occasion de l'adoption de ces directives, le Parlement anglais a contesté le fait que l'article 100 donne une compétence aussi large aux instances communautaires. Cf. le 22ème rapport du Comité C.E.E. de la Chambre des Lords; et pour une opinion critique: G. Close, "Harmonisation of Laws: Use or Abuse of the Power under the EEC Treaty?", *European Law Review* 3 (1978) 461-86.

⁵⁴ Notons en outre, que l'article 100 A introduit dans le Traité C.E.E. par l'Acte Unique Européen, renforce cet article. Pour M. A. Mattera ("Le marché unique européen", Paris Jupiter, 1988, p.137) *"en dépit des restrictions qu'il comporte, des réserves qu'il a suscitées et continue encore de provoquer, des vastes zones d'ombres qu'il contient, l'article 100 A constitue incontestablement l'innovation la plus importante et le résultat le plus tangible de l'Acte Unique Européen."* La principale innovation de ce texte est que le Conseil peut décider à la majorité qualifiée. Pour aller plus loin cf. Alain Kovar, op. cit., pp. 561 S.

⁵⁵ Signalons ici qu'en matière d'harmonisation de l'article 100, les États demeurent souverains. En effet, c'est le Conseil qui décide à l'unanimité d'adopter une directive d'harmonisation fondée sur ce texte, sur proposition de la Commission (la procédure instaurée par l'article 100 est ici conforme au schéma classique de répartition des compétences instaurée par le Traité CEE, Cf. Robert Kovar, op. cit., p.556.

souvent c'est le juridique qui prime l'économique⁵⁶.

Pourtant, il faut aussi reconnaître que, comme nous l'avons démontré, les problèmes économiques ont une forte incidence sur l'harmonisation du droit des contrats. Ainsi, peut-on espérer que le simple fait que la C.E.E. existe en tant que zone de libre-échange suffise à déclencher un processus d'harmonisation indirect.

b) La limitation implicite du domaine de l'article 100

Elle résulte, selon nous, de l'imprécision du texte de cet article trop général. Cela traduit sans doute un certain détachement des États membres à l'égard du problème qui nous préoccupe.

Il n'en demeure pas moins que potentiellement cet article 100 peut constituer un outil remarquable d'harmonisation du droit des contrats dans la C.E.E. Ceci d'autant plus qu'une directive prise sur son fondement bénéficierait de l'appui des deux grands principes du droit communautaire.

2 / Les grands principes du droit communautaire et l'harmonisation du droit des contrats

Deux principes fondamentaux expliquent la force particulière du droit européen sur les législations des États membres: le principe d'effet direct (a), et le principe de primauté (b).

a) Le principe d'effet direct

Bien que le Traité C.E.E. ne contienne qu'une disposition incidente (l'article 189) dont on aurait pu déduire que seuls les règlements étaient susceptibles d'effet direct, la Cour de justice, dans son arrêt "Van Gend et Loos"⁵⁷, a étendu, dans un premier temps, ce principe aux dispositions du Traité, puis aux directives communautaires⁵⁸. Sans entrer dans les détails, nous remarquerons simplement qu'une directive d'harmonisation suffisamment claire et précise⁵⁹ sera

⁵⁶ La déréglementation n'est-elle pas l'un des piliers du libéralisme moderne?

⁵⁷ C.J.C.E. 5 Déc. 1963, Aff. 26/62, Recueil de la Jurisprudence de la Cour des Communautés n.1.

⁵⁸ Pour aller plus loin Cf. Guy Isaac "Droit communautaire général", Masson, 1983, p. 168 S.

⁵⁹ Cette nécessité de précision nous conduit à penser qu'une directive d'harmonisation des principes généraux du droit des contrats, nécessairement rédigée en des termes généraux, ne pourrait bénéficier de l'applicabilité directe. Donc, seule la directive touchant un point particulier de ce droit est à considérer. D'une manière plus générale, cela tend à remettre en cause le rôle de la directive en tant qu'outil d'harmonisation. Pour M. Gandolfi (in "Colloque sur la future codification européenne en matière d'obligations et de contrats", op. cit.) "*les directives*

directement applicable dans les États membres ⁶⁰.

Cela signifie que si un État est réticent à intégrer la norme communautaire dans son ordonnancement juridique, un particulier pourra quand même s'en prévaloir.

Ce principe serait de peu de portée si le droit communautaire n'était pas supérieur aux droits nationaux.

b) Le principe de primauté du droit communautaire

Ici encore, c'est la Cour de justice des Communautés européennes qui, dans son arrêt "Costa"⁶¹, a posé ce principe⁶².

Cela permet à la norme communautaire d'avoir dans chaque État membre la même force. C'est ainsi que la directive d'harmonisation aurait la même portée dans tous les États.

Cette étude, qui concerne davantage le droit communautaire que le sujet qui nous préoccupe, nous a tout de même permis de mettre en évidence la puissance harmonisatrice potentielle de la C.E.E.

Si le qualificatif potentiel s'impose, c'est peut-être parce que les difficultés à surmonter en matière d'harmonisation du droit des contrats sont très voire trop importantes. Pour vérifier le bien fondé de cette idée, il serait intéressant de comparer le Droit civil français et la Common Law anglaise.

B) Les limites à l'efficacité des outils juridiques d'harmonisation des droits français et anglais des contrats

D'après Denis Tallon⁶³, on peut considérer que si toute entreprise d'harmonisation connaît d'importants obstacles, ces derniers se présenteront d'une manière particulière lorsque l'harmonisation met en présence des droits de "Common Law" et des droits civils. Plus précisément, il faudra surmonter les difficultés linguistiques (1) ainsi que les discordances des

communautaires ne sont pas, en raison notamment de leur caractère fragmentaire, à même de résoudre un tel problème...". Peut-être, mais quelle solution adopter? Les pays de Common Law sont-ils prêts à sacrifier leur histoire sur l'autel de la codification. Il semble que oui: le Parlement britannique tente aujourd'hui de réformer et de codifier le droit en vigueur en rédigeant, dans le cadre de la Law Commission, un projet de "contract code".

⁶⁰ Pour une étude plus détaillée, voir Guy Isaac, "Droit communautaire général", Masson, 1983, pp.168 à 171.

⁶¹ C.J.C.E. 15 Juillet 1964, Aff.6/64, Rec. de la Jurisp. de la C.J.C.E. n.1141.

⁶² Pour aller plus loin, voir Guy Isaac, op. cit., pp. 172 à 179.

⁶³ "L'harmonisation des règles du droit privé entre pays de droit civil et de Common Law", Rev. Int. de droit comparé, 1990, p.515.

concepts (2).

1 / Les problèmes de signification des termes

La tentative d'harmonisation se déroulant dans le cadre franco-anglais nécessite une profonde connaissance du fond du droit pour dissiper les équivoques dues à de "faux amis". Citons par exemple "l'unilatéral contract", qui, à première vue, correspond au contrat unilatéral de l'article 1103 du Code civil, c'est-à-dire au contrat qui crée une obligation à la charge d'une partie seulement. Ce n'est qu'une apparence. L'"unilateral contract" de la "Common Law" est en réalité le contrat qui se forme par l'exécution d'un acte⁶⁴. Le droit français s'attache ici à la formation de l'acte alors que le droit anglais s'en tient au contenu. L'"unilateral contract" de la Common Law n'engage qu'une seule partie, mais le créancier reste tout de même débiteur d'une obligation de faire ou de ne pas faire; en droit français le contrat unilatéral est parfait même si le créancier n'est tenu d'aucune obligation.

Un autre problème terminologique existe lorsqu'il s'agit de désigner la disparition du contrat par suite de l'inexécution imputable à une partie. En droit français, la terminologie résolution-Résiliation, bien que définie précisément par la doctrine, est incertaine en jurisprudence⁶⁵. En droit anglais, c'est pire: on parle tantôt de "termination", "cancellation", "rescission", voire d'"avoidance"⁶⁶.

Pour en terminer avec ces quelques exemples des problèmes de terminologie, on peut citer l'exemple des notions françaises de débiteur, créancier et dette auxquelles répondent en apparence celles anglaises de "debtor", "creditor" et "debt". En apparence seulement, car les notions françaises sont générales et visent toutes les obligations contractuelles alors que ces termes anglais ne valent qu'en cas de dette d'une somme d'argent.

2 / La discordance des concepts

Le comparatiste qui s'attelle à un travail d'harmonisation ne peut se passer d'une approche conceptuelle même si, il faut le reconnaître, l'harmonisation des résultats concrets est bien plus efficace.

Il y a des cas où la discordance des concepts est flagrante: il suffit d'évoquer ici le

⁶⁴ Cf. "Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co." (1883), (Q.B) 256: promesse de payer une somme d'argent à celui qui utilise sans résultat un médicament. Pour aller plus loin cf. Annexe III.

⁶⁵ Cf. Jacques Ghestin "L'effet rétroactif de la résolution des contrats à exécutions successives", Mélanges P. Raynaud, Paris, 1985, p. 203.

⁶⁶ Terme retenu dans la version anglaise de la Convention des Nations Unies sur le contrat de vente internationale de marchandises(1980).

"trust"⁶⁷, auquel ne correspond directement aucune institution dans la panoplie du droit civil français⁶⁸.

Parfois, les concepts paraissent semblables mais ne se recouvrent pas. L'équivoque existe même au stade de la comparaison du concept de base, celui de contrat. En droit français, le contrat est "*un accord de volonté en vue de produire des effets de droit*"⁶⁹. En droit anglais, la notion de contrat est plus équivoque car résiduelle. Le "contract" n'est pas une "convention" qui désigne l'accord où l'une des parties est une administration publique, ni une "promise" qui est la déclaration d'assumer une obligation. Il recouvre les notions d'"obligation" qui désigne toute obligation créée par le contrat, d'"agreement" qui est la rencontre des volontés nécessaires à sa validité...

On peut donc considérer que le "contract" est un type d'"agreement" contenant une "promise".

Ce qui est frappant ici, c'est la différence de vision du droit: le juriste français de tradition civiliste préfère une approche globale, plus conceptuelle alors que le "common lawyer" adopte une démarche plus pragmatique, n'hésitant pas à "décortiquer" une notion pour être le plus précis possible. On peut affirmer que le droit anglais, et plus généralement la Common Law, s'attache davantage aux remèdes qu'aux principes⁷⁰.

Cette discussion conceptuelle devient très importante lorsqu'il s'agit de déterminer la valeur juridique de certains actes tels les "gentlemen's agreements", "letter of entent", "contract to make a contract", les avant-contrats, les pourparlers⁷¹...

Nous pensons qu'il est préférable de ne pas aller plus avant dans cette voie. Nous préférons tenir pour acquis qu'un lien contractuel, source d'obligations réciproques, existe. Il devient dès lors intéressant de comparer quel sera le régime de ce lien contractuel. Le but qui nous motive est toujours le même: dans l'hypothèse où un conflit naîtrait entre deux ou plusieurs contractants ressortissants de France et d'Angleterre, ces derniers auraient-ils intérêt à revendiquer l'application de telle ou telle loi nationale. Plus précisément, existe-t-il de telles différences entre le droit anglais et le droit français des contrats qu'une harmonisation en soit impérieuse?

Nous répondrons à cette question au cours de notre conclusion sur ce point, elle reposera sur deux constatations:

⁶⁷ Pour une étude détaillée du trust cf. Robert E. Kirkpatrick "Initiation au droit anglais", 1964, pp. 216 à 222.

⁶⁸ Sauf à faire revivre l'antique "fiducie" du droit romain. cf. C. Witz "La fiducie en droit privé français", Paris, 1981.

⁶⁹ Jacques Ghestin "Traité de droit civil, les obligations", Paris, 1983, p.3.

⁷⁰ Cf. Lord Wilberforce "Davy v. Spelthorne Borough Council", (1984) A.C. 262 (H.L.) p.276.

⁷¹ Pour une étude comparative de ces actes, voir Guido Alpa "le contrat individuel et sa définition", Rev. Int. de droit comparé, n.2, 1988, pp. 328 à 345.

– Il semble qu'au delà des différences conceptuelles et techniques, Common Law anglaise et droit civil français ne sont pas trop éloignés. Certes, quelques oppositions subsistent mais leur domaine est restreint, leur nombre réduit. Peut-on pour autant affirmer que les deux droits sont harmonisés? Il semble que non. De toute façon, si tel était le cas, nous ne pourrions retirer de cette constatation aucune satisfaction dans la mesure où la C.E.E. n'est pas seulement composée de deux États mais de douze et que, contrairement à ce que l'on pourrait croire a priori, les différences de fond entre le droit civil français et la "common law" anglaise ne sont pas plus flagrantes qu'entre le droit civil français et, par exemple, le droit civil italien ou espagnol.

Est-ce que les quelques points communs que l'on peut constater entre ces deux droits sont le fruit du processus d'intégration en Europe⁷²?

– Force est de constater que le droit communautaire n'incite que très rarement directement à l'harmonisation du droit de la vente internationale. Nous pensons que ce n'est pas parce que, conscient de son impuissance, il se refuse à accomplir une tâche trop difficile. Il semble plutôt que cela lui paraisse inutile voire hors de son domaine⁷³.

C'est une erreur, la C.E.E. se doit d'oeuvrer pour aboutir à une véritable uniformisation du droit de la vente si elle veut pouvoir réaliser ses ambitieux objectifs d'intégration toujours plus poussée des États membres⁷⁴. Pour conclure sur ce point nous dirons que face à l'insuffisance des traités d'intégration économique en matière d'harmonisation du droit de la vente, les conventions internationales spécifiques à cette matière sont à privilégier.

⁷² Pour une réponse positive cf. Xavier Lewis ("L'eupéanisation du common law", in "Common law d'un siècle à l'autre", sous la direction de Pierre Legrand JR., ed. Y. Blais, 1992, pp. 279-308). D'après cet auteur "*l'accession, le premier janvier 1973, du Royaume Uni et de la république d'Irlande à la Communauté Économique Européenne allait faire subir au common Law de ces deux pays de grands bouleversements. On peut même dire qu'une révolution s'était mise en marche*" (p. 219). Cependant, après avoir affirmé cela il ne peut démontrer l'indémontrable: l'incidence directe ou indirecte du droit communautaire sur le droit substantiel de la vente internationale de marchandises.

⁷³ Il faut cependant tempérer cet avis en considérant que l'existence de la C.E.E. a permis une uniformisation du droit international privé (cf. infra p. 73).

⁷⁴ Le problème qui nous intéresse devient en effet plus crucial encore depuis l'adoption de l'Acte Unique des 17 et 28 février 1992 (en vigueur depuis le 1 janvier 1993) dans lequel les pays membres ont réaffirmés avec force leur commune volonté de créer dans le cadre les concernant un "espace sans frontières intérieures" où sera assuré la libre circulation des marchandises..."

Pour une étude détaillée visant à répondre à la question de savoir si dans un tel contexte une uniformisation du droit de la vente s'impose et, si oui, comment devrait-elle se réaliser cf. Giuseppe Gandolfi "Pour un code européen des contrats", R.T.D.Civ, 1992, pp. 707-736.

Chapitre II] Les conventions internationales spécifiques

Les Conventions internationales d'harmonisation du droit de la vente internationale de marchandises peuvent avoir des objectifs plus ou moins ambitieux: soit uniformiser le droit substantiel de la vente internationale (i), soit, plus modestement porter règle de conflit de loi uniforme (ii). Lesquels sont préférables (iii)?

i) Les Conventions d'unification substantielles

Elles disposent un véritable droit uniforme de la vente internationale de marchandises qui transcende les différents droits nationaux. Leur élaboration, bien que souhaitée par tous puisque utile à tous les opérateurs du commerce international, a été cependant très difficile⁷⁵.

C'est en 1929, à Rome, que fut posée la première pierre d'un édifice dont l'édification devait s'achever à Vienne plus de cinquante ans plus tard. En effet, l'Institut International pour l'Unification du Droit privé, plus connu sous le nom d'UNIDROIT, venait d'y être créé par le Gouvernement italien. Composé d'éminents juristes, il se mit rapidement au travail et un projet de Convention fut réalisé dès 1934, projet qui visait à unifier le droit de la vente internationale. Après une interruption des travaux pour cause de guerre, le gouvernement néerlandais organisa à La Haye une première Conférence diplomatique pour soumettre ce projet aux représentants des gouvernements de la plupart des pays.

Cela aboutit à la création d'une Commission spéciale, qui existe toujours, et qui présenta deux nouveaux projets de Convention qui furent soumis en 1964 à une nouvelle Conférence diplomatique convoquée par le gouvernement néerlandais. C'est ainsi que furent adoptées deux

⁷⁵ Pour un historique détaillé de l'unification du droit de la vente internationale, voir Alejandro M. Garro "Reconciliation of Legal Traditions in the United Nation Convention on Contracts for the International Sales of Goods", *The Int. Lawyer*, 1989, pp. 443 et suiv.; Christine Moccia "The United Nation Convention on Contracts for the International Sales of Goods and the Battle of the Forms", *Fordham Int. Law Journal*, vol 13, 1989-1990, pp.650 et suiv.; Bradley J. Richards "Contracts for the International Sales of Goods: Applicability of the United Nation Convention", *Iowa Law Rev.*, 1983, pp.208 et suiv.; Jean-Pierre Plantard "Un nouveau droit uniforme de la vente internationale: la Convention des Nations-Unies du 11 Avril 1980", *Journ. de Drt. Int.*, 1988, pp. 311 S.

Conventions le 1er Juillet 1964 à La Haye:

- la Convention portant loi uniforme sur la formation des contrats de vente internationale des objets mobiliers corporels, dite "L.U.F.C." (en anglais "ULIS").

- la Convention portant loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels, dite "L.U.V.I."⁷⁶.

Elles sont toutes deux entrées en vigueur le 18 Août 1972, mais elles n'eurent pas le succès escompté⁷⁷ du fait, sans nul doute, de la non adhésion des États-Unis d'Amérique qui lui reprochaient sa trop grande proximité avec le droit civil. Il n'empêche que leurs applications ont donné lieu à de nombreuses décisions de justice qui ont contribué à démontrer que l'unification du droit de la vente n'était pas une utopie. Mais il fallait obtenir un plus large consensus autour de cette tentative d'unification, une réforme s'imposait.

C'est la Commission des Nations-Unies pour le Droit Commercial International (C.N.U.D.C.I.) qui, dès sa première session tenue en 1968, a entrepris de mener à bien cette réforme.

Cette commission disposait de plusieurs atouts, dont son dynamisme et sa compétence.

En outre, elle jouissait d'un avantage indéniable sur UNIDROIT tenant au prestige de son statut (organisme dépendant directement de l'Assemblée Générale des Nations-Unies) ainsi qu'à la possibilité d'associer à ses travaux, en permanence, des représentants qualifiés de tous les continents, de tous les systèmes juridiques, de tous les systèmes économiques.

C'est ainsi que sur le fondement des Conventions de La Haye modifiées et fusionnées, elle put adopter un projet de Convention en 1977. Ce projet fut soumis à la signature des États lors d'une Conférence diplomatique convoquée à Vienne en 1980 par les Nations-Unies⁷⁸.

La Convention des Nations-Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, aussi appelée Convention de Vienne ou C.V.I.M., fut adoptée le 11 Avril 1980 (Section 1).

On peut affirmer qu'elle constitue un succès sans précédent en matière d'unification du droit de la vente: trente trois pays y ont adhéré⁷⁹, les plus grandes puissances industrielles

⁷⁶ Pour une analyse détaillée du contenu de ces deux Conventions, voir Philippe Kahn "La Convention de La Haye du 1er Juillet 1964 portant loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels", R.T.D.Com., 1966, p 690.

⁷⁷ Neuf États les ont ratifiées: la Belgique, la Gambie, Israël, les Pays-Bas, la R.F.A., le Royaume-Uni, Saint-Marin et l'Italie.

⁷⁸ Soixante-deux États y furent représentés, la Conférence de La Haye de 1964 n'en avait réuni que 28. Pour le texte complet de la convention cf. Annexe I.

⁷⁹ Pour une liste complète, voir Alain Prujiner "Traité et documents usuels en droit du commerce international", W & L, 1992, p.29. (Reproduit en Annexe I).

(Allemagne, États-Unis, Canada, France) y côtoient la Chine et la Syrie⁸⁰.

Dès lors, on peut s'interroger sur les causes de cette réussite. La Convention est-elle si consensuelle qu'elle risque de perdre tout intérêt pratique?

Ne valait-il pas mieux tenter d'uniformiser les règles de conflit de loi pour laisser les droits nationaux, plus précis et plus vastes, régir les ventes internationales?

ii) Les Conventions de rattachement.

Elles ont pour objet la détermination de la loi nationale applicable aux contrats de vente internationale de marchandises. Elles n'ont vocation à s'appliquer que si les parties n'ont pas elles-même déterminé la loi qui régirait leur relation contractuelle ou donné compétence à un arbitre pour trancher leur litige.

Il existe aujourd'hui trois Conventions de ce type:

- la Convention adoptée par la Conférence diplomatique de La-Haye le 15 Juin 1955⁸¹ sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandise.

- la Convention de La-Haye du 22 Décembre 1986⁸² (qui n'est pas encore entrée en vigueur⁸³) qui a le même objet.

- la Convention de Rome du 19 juin 1980⁸⁴ sur la loi applicables aux contrats internationaux, élaborée dans le cadre de la C.E.E. et qui connaît un succès beaucoup plus important que ses devancières⁸⁵.

Nous étudierons les Conventions de rattachement dans un second temps (Section 2). Signalons simplement, d'ors et déjà, que bien qu'importantes, leur domaine d'application est

⁸⁰ Il est aussi important de noter que le Mexique, signataire de l'A.L.E.N.A. y a adhéré. Citons tout de même deux absents de marque: le Royaume-Uni et le Japon.

Pour une tentative d'explication de la non adhésion du Royaume-Uni à cette convention cf. R.H.P. Sleight "La convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises, le point de vue anglais", *Gaz. Pal.*, 1991, pp.385-401.

⁸¹ Ratifiée par la Belgique, le Danemark, la Finlande, la France, l'Italie, la Norvège, la Suède, le Niger et la Suisse.

⁸² Pour une étude détaillée de cette Convention cf. Dany Cohen et Bernard Ughetto "La nouvelle Convention de La-Haye relative a la loi applicable aux ventes internationales de marchandises", *Recueil Dalloz-Sirey*, 1986, chronique pp. 149-160.

⁸³ Il faut en effet cinq ratifications ou adhésions pour son entrée en vigueur. Seuls la Tchécoslovaquie et les Pays-Bas l'ont signée.

⁸⁴ Pour une étude détaillée cf. Paul Lagarde "Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 Juin 1980", *Rev.C. de Drt. Int. Privé*, 1991, pp. 287-340.

⁸⁵ Ratifiée par l'Allemagne, la Belgique, le Danemark, la France, la Grèce, l'Italie, le Luxembourg, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord.

doublement limité: d'abord, elles n'ont pas vocation à uniformiser le droit substantiel de la vente internationale, ensuite et surtout, les adhésions qu'elles ont engendrées sont insuffisantes tant sur le plan qualitatif que sur le plan quantitatif. En effet, ni le Canada ni les États-Unis d'Amérique, ni le Japon, qui sont des puissances commerciales importantes, y ont adhéré.

iii) Le choix des méthodes de l'unification du droit de la vente internationale

A priori, les deux méthodes semblent totalement opposées: créer un droit uniforme n'est-ce pas exclure toute idée d'attribution de compétence à un droit interne par le biais d'une règle de conflit de loi. Il faut pourtant se résoudre à croire qu'elles concourent toutes deux à l'affermissement d'un droit uniforme⁸⁶. C'est ainsi que la Convention de Vienne, tant dans ses modalités d'application que dans le comblement de ses lacunes, a du faire expressément appel aux règles du droit international privé.

Il semble que combiner ces deux méthodes soit une solution réaliste⁸⁷ sans pour autant être souhaitable si l'on est partisan d'une réelle autonomie du droit de la vente.

Section 1) La convention des Nations Unies sur le contrat de vente internationale de marchandises

Il n'est pas ici question d'étudier les règles de fond de la convention, c'est-à-dire ses dispositions substantielles (ou matérielles). Il s'agit simplement, pour l'instant⁸⁸, de déterminer ses conditions d'application (Paragraphe 1) ainsi que sa réelle portée (Paragraphe 2).

Si nous nous apercevons assez rapidement des limites de cette Convention qui n'est pas assez autonome, nous n'en montrerons pas moins ses mérites qui sont certains.

Paragraphe 1 / Applicabilité de la convention des Nations Unies du 11 avril 1980

Pour comprendre le mécanisme ainsi que les incidences de cette Convention il convient de s'interroger d'abord sur ses dispositions générales et son champ d'application (A), c'est-à-dire, décrire essentiellement l'applicabilité "ratione materiae" de la Convention. Ensuite il nous faudra déterminer son applicabilité "ratione loci" ainsi que la possibilité qu'ont les contractants d'en

⁸⁶ Cf. Giorgio Conetti "Uniform Substantives and Conflicts Rules on the International Sale of Goods and their Interaction", in "International Sales of Goods, Dubrovnik lectures", op. cit., pp.385-401.

⁸⁷ Cf. Jean-Paul Béraudo "Droit uniforme et règles de conflit de loi dans les Conventions internationales récentes", J.C.P. 1992, p. 507; Peter Winship "Private International Law and the U.N. Sales Convention", Cornell Int. Law Journ., 1988, pp. 487-533.

⁸⁸ Pour une étude des dispositions substantielles cf. infra pp. 119 S.

écarter l'application (B).

A) Dispositions générales et champ d'application

La Convention de Vienne s'applique aux ventes (1), internationales (2), de marchandises (3).

1 / La vente

La Convention ne définit pas ce qu'il faut entendre par vente. On peut néanmoins avoir une idée assez précise de la conception qu'il faut en avoir, en combinant les articles 30 et 53⁸⁹ qui énoncent respectivement les obligations essentielles qui incombent au vendeur et à l'acheteur. Il s'agit de l'acception traditionnelle et presque universelle de la notion de vente: livrer une chose contre un prix. La Convention est un peu plus précise: le vendeur doit livrer les marchandises, transférer la propriété, remettre les éventuels documents s'y rapportant, alors que l'acheteur doit payer le prix et prendre possession des marchandises⁹⁰.

Cette définition est-elle suffisamment précise?

La réponse est délicate si l'on examine la pratique contractuelle internationale qui crée souvent des contrats à exécutions successives assez complexes, en combinant des ventes à des prestations de services⁹¹. Le problème est important car la Convention exclut expressément les contrats dans lesquels la part prépondérante de l'obligation de la partie qui fournit les marchandises consiste en une fourniture de main d'oeuvre ou de service. Mais alors, comment doit-on apprécier la part prépondérante? Doit-on considérer l'importance économique de la prestation de service pour le contrat litigieux? Cette approche est à rejeter tant elle réduirait le domaine de la Convention.

Prenons un exemple: un constructeur automobile américain vend des voitures au Mexique. Comment qualifier ce contrat? Si l'on considère le coût du travail fourni (coût de fabrication de

⁸⁹ Cf. Nicole Lacasse "Champ d'application de la Convention des Nations-Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises", in Actes du Colloques sur la vente internationale sous la direction de M. Louis Perret et de Mme Nicole Lacasse, W & L, 1987, p. 25; Philippe Kahn "La Convention de Vienne du 11 Avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises", Rev. Drt. Comp., 1981, pp. 953 et suiv.; John Honnold "The Sales Convention: Background, Statut, Application", Jour. of Law and Commerce, 1988, pp.1-10; Bradley J. Richards "Contracts for the International Sale of Goods: Applicability of the United Nations Convention", Iowa Law Rev., 1983, pp.209-240.

⁹⁰ Pour une étude plus détaillée des obligations respectives de l'acheteur et du vendeur, cf. infra p. 119 S.; Vincent Heuzé "La vente internationale de marchandises, droit uniforme", Ed. Joly, 1992.

⁹¹ Par exemple: la vente d'ensembles industriels clés en main, contrats de fourniture et d'assistance.

l'automobile) par rapport au prix de vente, il est alors certain qu'il s'agit ici d'un contrat d'entreprise. Si en revanche on prend comme critère la banalité de la prestation de travail (travail à la chaîne) c'est la qualification de contrat de vente qui s'impose.

Dans le cas d'un ensemble contractuel complexe, peut-on imaginer que la Convention de Vienne ne puisse régir que les contrats de vente de ce groupe contractuel?

Au cours des travaux préparatoires, ce problème avait été abordé⁹² mais il n'a pas pu être tranché. Il semble alors que la réponse soit positive. Ainsi, par exemple, le contrat cadre sera régi par un droit national applicable et les contrats d'application qui emportent vente de marchandises le seront par la Convention.

Il est difficile, du fait du silence de la Convention, de ne pas se référer à tel ou tel droit national pour déterminer la qualification du contrat en cause. Cela n'est pas souhaitable.

En ce qui concerne le critère permettant de déterminer l'internationalité de la vente, il semble en revanche, que la Convention soit plus explicite.

2 / La vente est internationale

L'article premier dispose que la Convention s'applique aux contrats de vente de marchandises entre des "parties ayant leur établissement dans des États différents". La notion d'établissement n'est pas définie mais d'après les travaux préparatoires, il semble que sa définition soit aisée⁹³. Ainsi on peut certainement affirmer qu'il s'agit du lieu permanent et régulier où une partie mène ses affaires. Donc une place temporaire de séjour durant des négociations n'est pas un établissement au sens de la Convention. Une telle définition du critère d'internationalité ne peut être qu'approuvée tant elle est simple et efficace⁹⁴. Dans le cas où une partie aurait plusieurs établissements, il faut, selon l'article 10, prendre en considération l'établissement "qui a la relation la plus étroite avec le contrat...".

Notons enfin que d'après l'article 1, alinéa 3, la nationalité des parties est inopérante. Ainsi, il peut exister un contrat international entre deux parties d'une même nationalité. De même, il importe peu que les marchandises, objet du contrat, effectuent ou non un déplacement transfrontière.

3 / La vente internationale est une vente de marchandises.

A la notion d'objet mobilier corporel employée par les Conventions de La Haye de 1964,

⁹² C.N.U.D.C.I., Annuaire, VII, 1976, p. 102.

⁹³ Cf. Nicole Lacasse, op. cit., p.31.

⁹⁴ Cf. Philippe Kahn, op. cit., note 1, p. 959.

la Convention de Vienne a substitué volontairement la notion beaucoup plus floue de marchandises. Ceci est révélateur de l'esprit de cette Convention qui, pour s'assurer un succès aussi large que possible, utilise en général des notions courantes dont la signification est perçue par tous les utilisateurs, qu'ils soient ou non des juristes avertis.

D'ailleurs, c'est dans le même but, n'ignorant pas les nombreuses législations nationales d'ordre public en matière de vente aux consommateurs, que la Convention exclut expressément les contrats liant au moins un consommateur de son champ d'application⁹⁵. Cette hypothèse de l'achat de marchandises par un non professionnel est le seul cas d'exclusion du contrat de vente du domaine de la Convention en raison de la qualité des parties.

Mais d'autres exclusions sont prononcées en raison de la nature de la marchandise elle-même⁹⁶, on peut dire qu'elles sont justifiées et de peu de portée.

Par ce système d'exclusions expresses de certaines catégories de marchandises de son champ d'application, la Convention nous fournit une définition négative, résiduelle de la notion de marchandise. Ce n'est certes pas suffisant, mais cela permet une grande souplesse d'utilisation de ce texte si l'on admet que toute marchandise qui n'est pas expressément visée par l'exclusion doit entrer dans son domaine d'application.

Voici donc les trois conditions d'application de la Convention tenant à la nature juridique (contrat de vente internationale) et à l'objet du contrat (vente de marchandises). Elles sont complétées par d'autres séries de conditions qui vont déterminer son applicabilité.

B) L'applicabilité de la Convention: autonomie de la volonté et compétence "ratione loci"

La Convention ne peut s'appliquer que si les parties n'en ont pas décidé autrement (1) ou si, en l'absence d'un tel choix, elle est rattachée à un État signataire (2).

1 / Respect du principe de l'autonomie de la volonté

Ce principe juridique fondamental est quasi universel, les rédacteurs de la Convention n'ont pu l'ignorer.

Il en résulte que les parties à un contrat de vente internationale de marchandises sont libres d'écarter tout ou partie de la Convention de Vienne. Cette possibilité est prévue par l'article 6. La principale carence de ce texte est son imprécision: l'exclusion peut-elle être tacite ou doit-elle

⁹⁵ Art. 2, alinéa.1: " La présente convention ne régit pas les ventes de marchandises achetées pour un usage personnel, familial ou domestique".

⁹⁶ Cf. Art. 2 b,c,d,e,f. Pour un commentaire détaillé des exclusions de l'article 2, cf. C.M. Bianca et M.J. Bonell "Commentary on the International Sales Law, the 1980 Vienna Sales Convention", Giuffrè Milan, 1987, pp. 34 et suiv.

être expressément stipulée?

On peut trancher ce problème en se fondant sur l'esprit de la Convention qui se veut d'une application la plus large possible: l'exclusion doit être expresse⁹⁷.

Plus précisément, il s'agit de déterminer l'applicabilité de la Convention de Vienne lorsque les parties ont désigné une loi nationale pour régir leur convention. Il faut distinguer deux hypothèses:

- Si la loi choisie est celle d'un État non contractant, il est clair que la Convention sera exclue.

- Si, en revanche, la loi désignée par les parties est celle d'un État contractant, et si l'on se fonde sur l'idée incontestable selon laquelle l'État qui adhère à la Convention l'introduit de ce fait dans son ordonnancement juridique, on ne peut que déduire qu'une telle stipulation n'aura pas pour effet d'écarter la Convention. En choisissant la loi d'un État contractant, les parties ont choisi la Convention qui y a été intégrée.

Il faut cependant se résoudre à penser que même dans une telle hypothèse une volonté expresse des parties d'écarter la Convention sera efficace⁹⁸.

Les opérateurs du commerce international doivent donc se montrer prudent dans la rédaction de leurs contrats pour éviter les mauvaises surprises. Ce serait par exemple le cas d'un vendeur américain qui dans ses conditions générales de vente aurait donné compétence à la loi américaine et qui s'apercevrait qu'en l'absence de stipulations contraires ce serait la Convention qui aurait vocation à s'appliquer.

Le fait de choisir la solution de l'exclusion expresse permet aussi de répondre à une question importante: une stipulation contractuelle manifestement en désaccord avec une disposition de la Convention peut-elle partiellement écarter l'application de la Convention?

La réponse pourrait être positive si l'on considérait que l'exclusion tacite était possible. En effet, n'y aurait-il pas en l'espèce volonté tacite de déroger à la Convention? Selon notre opinion, il semble que l'on puisse répondre par la négative. La réponse négative serait heureuse car elle permettrait de donner une certaine portée à la Convention: elle s'appliquerait non seulement dans le silence du contrat mais aussi, de manière de plus audacieuse, à l'encontre de certaines de ces

⁹⁷ Dans le même sens, voir I.I. Doré "Choice of Law Under the International Sales Convention: a United Nation Perspective", *Am. Journ. Int. Law*, 1983, p.532; I.I. Doré et J.E. De Franco "A Comparison on the non Substantive Provisions of the UNCITRAL Convention on the International Sales of Goods and the Uniform Commercial Code", *Harv. Int. law Journ.*, 1982, p.53.; Pour une interprétation en faveur de l'exclusion tacite: Cf Nicole Lacasse, *op. cit.* note 14, p. 37; M.J. Bonell "La nouvelle Convention des Nations-Unies sur les contrats de vente internationales de marchandises", *D.P.C.I.*, 1981, p.13.

⁹⁸ Cf. J.P. Plantard "Un nouveau droit uniforme de la vente internationale: la Convention des Nations-Unies du 11 Avril 1980", *Journ. du Drt. Int.*, 1986, pp.311 à 367.

stipulations⁹⁹. Pourtant, admettre une telle solution équivaldrait à donner à cette convention une force impérative qu'elle n'a pas.

Un autre problème est celui de savoir si au nom même du principe de l'autonomie de la volonté, les parties dont les établissements respectifs ne se situeraient pas dans des États contractants pourraient donner une compétence exclusive à la Convention pour régir leurs relations contractuelles. Il semble qu'une réponse positive s'impose dans tous les cas où le juge saisi respecte le principe de l'autonomie de la volonté.

Nous nous trouvons ici dans l'hypothèse où un choix de la loi a été opéré par les parties, par la stipulation d'une clause d'*electio juris*. Qu'en serait-il dans l'hypothèse inverse? Comment, dès lors, déterminer l'applicabilité de la Convention?

2 / Rattachement de la Convention à un État

Dans le silence des parties, l'article premier de la Convention prévoit un double mécanisme d'application de la Convention à une relation contractuelle déterminée:

- L'article premier, paragraphe 1, a) dispose que tel sera le cas si les parties ont leurs établissements dans des États contractants .

- L'article premier, paragraphe 1, b) dispose, en outre, que la Convention sera applicable lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un État contractant. Dans cette hypothèse, la Convention pourra être appliquée même si l'établissement d'une, voire des deux parties, n'est pas dans un État contractant puisque, en effet, elle sera applicable si les règles de conflit de lois mises en oeuvre par le juge saisi donnent compétence à la loi d'un État contractant.

Pour certains États, cette disposition n'est pas acceptable et l'article 95 leur permet d'adhérer à la Convention sous réserve de la non application à leur encontre de cette disposition¹⁰⁰.

Sans porter un jugement sur leurs attitudes, il est seulement possible de tenter de décrire, le plus précisément possible, le mécanisme prévu par le b) du paragraphe 1 de l'article premier.

L'hypothèse de départ est, rappelons-le, celle d'un contrat de vente internationale de marchandises conclu entre deux parties qui n'ont pas l'une et l'autre leurs établissements dans des États contractants. Comment parvenir à une application de la Convention?

Suivant l'article précité de la Convention, il convient de faire application de la règle de conflit de loi du "for" (la *lex fori*), c'est-à-dire la règle de conflit édictée par la loi du juge saisi. Il

⁹⁹ Surtout les plus injustes, les plus déséquilibrées.

¹⁰⁰ La Chine, les États-Unis et la Tchécoslovaquie ont fait la réserve de l'article 95.

faut distinguer trois cas:

1) Le for est un État contractant n'ayant pas fait la réserve de l'article 95:

–il devra appliquer la Convention si sa règle de conflit désigne la loi d'un État contractant (en général sa propre loi).

–il ne l'appliquera pas dans l'hypothèse inverse.

2) Le for est un État contractant ayant fait la réserve de l'article 95:

Un exemple permettra de mieux comprendre. Un juge américain est saisi d'un litige entre un vendeur américain et un acheteur anglais. Si sa règle de conflit donne compétence à la loi des États-Unis, il n'appliquera pas la Convention puisque l'Angleterre n'est pas un État contractant.

3) Le for n'est pas un État contractant:

– Si la règle de conflit de loi donne compétence à la loi d'un État contractant ayant la réserve de l'article 95, la Convention ne s'appliquera pas. Ainsi, le juge anglais saisi d'un litige survenu entre un acheteur anglais et un vendeur américain, ne pourra pas appliquer la Convention même si sa règle de conflit de loi donne compétence à la loi américaine.

– si en revanche, la règle de conflit du for donne compétence à la loi d'un État contractant n'ayant pas fait ladite réserve, le juge devra appliquer la Convention. Ce serait par exemple le cas si un litige opposait un vendeur français à un acheteur anglais et qu'un juge anglais, saisi de ce litige, donnait compétence à la loi française. En appliquant la loi française, il serait tenu d'appliquer la Convention qui a été intégrée dans l'ordonnancement juridique français.

Comme nous venons de le démontrer, l'applicabilité de la Convention est parfois délicate car déterminée par les règles de conflit de loi du for ou par les volontés individuelles.

Cela peut conduire le commentateur à s'interroger sur sa réelle portée.

Paragraphe 2 / La portée de la convention des Nations Unis du 11 avril 1980

Il est possible de s'interroger sur sa réelle portée si l'on prend en compte deux facteurs importants: sa subordination aux usages du commerce international (A), et les risques d'interprétation divergentes des règles de droit substantielles (ou matérielles) qu'elle prévoit (B).

A) La supériorité des usages

Le problème des relations entre une réglementation internationale telle que celle prévue

par la Convention et les usages est très important¹⁰¹. Il faut en effet bien comprendre qu'il existe dans le commerce international un réseau de règles et de pratiques coutumières dont la naissance et le développement furent dictés par une nécessaire réglementation des échanges commerciaux internationaux, que la lenteur de l'élaboration des Conventions internationales n'a pu rendre effective à temps. Il devient donc indispensable d'étudier la notion d'usages uniformes du commerce (1) d'une part, et, d'autre part, la force de ces usages face à une Convention internationale qui a le même domaine (2).

1/ La notion d'usage uniforme du commerce international

On peut affirmer avec Philippe Fouchard que "*... les usages constituent le noyau dur de la "lex mercatoria" et que l'arbitrage est l'instrument privilégié de son élaboration et de son application*"¹⁰². Ceci s'explique si on définit la "lex mercatoria" (le droit des marchands) comme un ensemble de principes juridiques internationaux issus "*non seulement de règles étatiques ou conventionnelles (pluri-étatiques) particulières, mais aussi d'usages observés entre commerçants et de principes consacrés par les sentences arbitrales*"¹⁰³.

On peut donc conclure qu'un usage est un principe juridique de droit international (ou plutôt transnational, voir anational) positif qui naît de la pratique: l'usage, c'est la force de l'habitude.

Dans quelle mesure est-il obligatoire? La Convention de Vienne dans son article 9 nous apporte une réponse: pour être obligatoire, l'usage doit être "largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats de même type dans la branche commerciale considérée".

Est-il supérieur à la Convention de Vienne?

2 / Usages commerciaux et Convention de Vienne

En vertu de l'article 9 de la Convention, "les parties sont liées par les usages auxquels elles ont consenti et par les habitudes qui se sont établies entre elles".

De la clarté de la rédaction de cette disposition on peut déduire que la Convention est ici encore supplétive. Plus précisément, un juge national saisi d'un litige que la Convention aurait dû régir, devra l'écarter et appliquer l'usage pertinent. Cependant cette démarche n'est pas systématique et la Convention impose au juge une recherche préalable portant sur trois points:

¹⁰¹ Cf. Michaël Joachim Bonell, op. cit., p. 15.

¹⁰² "Les usages, l'arbitrage et le juge" in "Le droit des relations économiques internationales", études offertes à Berthold Goldman, Litec, 1982, p.67. Sur le problème spécifique des relations entre l'arbitrage et la "Lex mercatoria" cf. infra pp 109 S.

¹⁰³ P. Mayer "Droit international privé", 2ème Ed., 1983, n.23, Ed. Montchrétien.

1) L'article 9, alinéa 2, prévoit une possibilité de dérogation expresse aux usages. Il emploie l'expression de "Convention contraire" des parties.

Comment interpréter cette expression? Faut-il une clause qui vise expressément un usage déterminé pour en écarter l'application, ou bien une stipulation manifestement contraire à un usage peut-elle suffire? Il faut choisir la seconde solution si l'on veut être cohérent avec la hiérarchie des normes: une stipulation contractuelle suffisamment claire et acceptée par les parties, ne peut être tenue en échec par un usage¹⁰⁴.

2) La deuxième condition est relative à la connaissance par les parties de l'usage. L'article 9, alinéa 2, vise en effet les usages dont les parties "avaient connaissance ou auraient dû avoir connaissance". La Convention est ici très objective: elle semble en effet considérer que tout opérateur du commerce international est présumé connaître les usages en cours dans sa branche d'activité.

3) La troisième condition concerne l'usage lui-même. En effet, comme nous l'avons déjà affirmé, il doit s'agir d'un usage qui "dans le commerce international, est largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats de même type dans la branche commerciale considérée" (art.9, alinéa.2).

Peut-on en déduire que l'usage se doit d'avoir un caractère international pour être reconnu comme tel par la Convention? La réponse la plus logique serait positive: la Convention ne visant que les opérations commerciales internationales, il est clair que toutes ses dispositions ne valent que sous la condition d'internationalité.

Pourtant, la majorité de la doctrine milite pour une interprétation plus extensive de la notion¹⁰⁵. En visant la notion de "branche commerciale", l'article 9, alinéa 2, semble en effet

¹⁰⁴ Ainsi, lorsque la Convention de Vienne est applicable, on pourrait hiérarchiser les normes substantielles appelées à régir la vente internationale de la façon suivante:

- 1) Dispositions d'ordre public international de la *lex fori* et/ou de la *lex contractus*.
- 2) Stipulations contractuelles (suffisamment claires et précises, et acceptées par toutes les parties).
- 3) Usages du commerce international (tels qu'envisagés par l'article 9 de la Convention de Vienne).
- 4) Dispositions de la Convention de Vienne (sauf volonté contraire des parties).
- 5) Principes généraux du droit international dont s'inspire la Convention (en cas de lacunes de la Convention dans les domaines qu'elle régit, cf. art. 7 para. 1).
- 6) Droit interne national (déterminé par le *for* en vertu de sa règle de conflit de lois) lorsque le problème de droit n'est pas dans le domaine de la Convention (comme, par exemple, celui de la validité des conventions).

¹⁰⁵ Voir Nicole Lacasse, *op. cit.*, note 1, p. 39; I.I. Doré et J.E. De Franco "A Comparison of the

reconnaître la supériorité des usages limités à un produit, à une région ou à un groupe de partenaires commerciaux sans exiger une existence internationale.

Pour conclure sur ce point, on peut s'interroger sur l'intérêt pratique du débat. Sachant que la Convention ne s'appliquera qu'à des contrats passés entre les parties ayant leur établissement dans des États différents, on imagine avec difficulté dans quelle mesure un usage invoqué par l'une des parties pourrait ne pas avoir un caractère international. Ceci est d'autant plus vrai si l'on considère que la Convention présume, d'une présomption simple, la connaissance de l'usage par toutes les parties.

Quoi qu'il en soit, en l'absence de convention contraire, et si les deux conditions mentionnées sont réalisées, le juge aura l'obligation d'appliquer le ou les usages par préférence à la Convention.

On peut cependant considérer que cette dernière ne sera écartée que partiellement: elle resterait applicable aux domaines du contrat non régis par l'usage.

On peut en conclure que la Convention est doublement supplétive: son application est subordonnée tant à l'absence de volontés individuelles contraires qu'à la non existence d'usages commerciaux. Sa portée est limitée. Elle le sera bien davantage si les règles de droit substantielles qu'elle prévoit font l'objet d'interprétations divergentes de la part des juridictions des États contractants.

B) L'interprétation uniforme de la Convention de Vienne

Il s'agit ici d'un problème crucial puisque déterminant l'efficacité de la Convention et l'abondance de la doctrine sur ce point en est révélatrice¹⁰⁶. On constate un souci d'interprétation uniforme des règles que dispose la Convention.

Ce souci est légitime quand on sait que, comme toute règle de droit, la convention est sujette à interprétation; il l'est d'avantage si l'on considère l'imprécision du texte de la Convention résultant du compromis nécessaire dont elle est le fruit.

Ainsi, comme nous venons de le faire, c'est-à-dire sans même étudier les dispositions

non Substantive Provisions of the UNCITRAL Convention on the International Sale of Goods and the Uniform Commercial Code", *Harvard Int. L. Journ.*, 1982, p. 58.

¹⁰⁶ Claude Samson "L'harmonisation du droit de la vente: l'influence de la Convention de Vienne sur l'évolution et l'harmonisation du droit des provinces canadiennes", *les Cahiers du Droit*, 1991, pp.1016 et suiv.; Susanne Cook "The Need for Uniform Interpretation of the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods", *University of Pittsburg Law Review*, 1988; "Unification and Certainty: the United Nations Convention for the International Sale of Goods", *Harvard Law Review*, 1984, pp.1984 et suiv.; Maureen T. Murphy "United Nations Convention on the International Sales Law", *Fordham Int. Law Journ.*, 1989.

substantielles de la Convention de Vienne, il nous a été possible de constater que par ses imprécisions, elle "ouvrait très souvent la porte" à des interprétations.

Conscients de ce problème, les rédacteurs de la Convention ¹⁰⁷ l'ont dotée de son propre mécanisme d'interprétation. Plus exactement, l'article 7 semble distinguer deux hypothèses dans ses alinéas 1 et 2:

L'imprécision de la Convention qui fait naître le besoin d'interprétation (1).

Les lacunes de la Convention qui doivent s'appréhender à la lumière des principes généraux dont elle s'inspire (2).

1 / L'interprétation¹⁰⁸

Suivant l'article 7, alinéa 1, elle doit se faire en tenant compte du "caractère international de la Convention et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application et d'assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international".

Cette disposition invite les juges à s'abstraire du système juridique auquel ils sont formés pour raisonner avec un esprit neuf sur les dispositions nouvelles qui doivent régir uniformément les ventes internationales. C'est l'affirmation de l'autonomie du droit uniforme¹⁰⁹.

Est-ce un objectif réalisable? Il semble que non et, comme le soulignait M. René David¹¹⁰ au sujet de la L.U.V.I.¹¹¹ qui contient une disposition semblable, le résultat sera rarement atteint et il est à craindre que les juristes éprouvent le plus grand mal à approcher cet

¹⁰⁷ "Estimant que l'adoption de règles uniformes applicables au contrat de vente internationale de marchandises et compatible avec les différents systèmes sociaux, économiques et juridiques contribuera à l'élimination des obstacles juridiques aux échanges internationaux et favorisera le développement du commerce international". Préambule de la convention (Annexe I).

¹⁰⁸ Il sera ici question de l'interprétation des dispositions de la Convention et non pas de l'interprétation des stipulations contractuelles. Ce second aspect est abordé par l'article 8 de la Convention qui donne aux juges nationaux des directives très précises en matières d'interprétation du contrat:

En premier lieu, il doit rechercher, à défaut d'intention expresse des parties, l'intention réelle de l'une des parties lorsque l'autre connaissait ou ne pouvait ignorer cette intention. En second lieu, lorsque la volonté réelle n'est pas déterminable avec certitude il devra rechercher ce qu'une personne raisonnable de même qualité que l'autre partie, placée dans la même situation, aurait pu comprendre. Pour une étude détaillée de l'article 8 ainsi qu'une comparaison de cet article avec les règles d'interprétation françaises et américaines cf. A. Kaczorowska "Règles uniformes d'interprétation d'un contrat international", Rev. de Droit Int. et de Droit Comp., 1991, pp. 294-313.

¹⁰⁹ Sur cette notion, cf. René David "International Encyclopaedia of Comparative Law", vol.II, chap. V, n. 247-346.

¹¹⁰ Op. cit. n.63

¹¹¹ Convention de La Haye du 1er Juillet 1964 sur les obligations du vendeur et de l'acheteur.

objectif idéal d'un droit uniforme interprété de façon totalement autonome.

Il n'empêche qu'avec de la bonne volonté, on peut y parvenir. Un exemple encourageant nous vient de la Chambre des Lords. Dans l'affaire "Fothergill"¹¹², les Lords se sont penchés, avant de prendre leur décision, sur les travaux préparatoires de la Convention en cause et sur les décisions rendues par les juridictions d'autres pays. Dans le même sens on peut citer Lord Wilberforce, qui considère que les conventions internationales doivent être interprétées, "*dégagées des règles techniques du droit anglais ou de tout précédent juridique anglais, selon des principes élargis d'acception générale*"¹¹³. Ce raisonnement doit constituer un exemple pour toute juridiction nationale saisie d'un litige conduisant à une nécessaire interprétation de la Convention de Vienne.

On peut pourtant s'interroger sur l'efficacité d'une telle démarche.

En effet, on peut penser que le "*recours aux travaux préparatoires peut s'avérer difficile car d'un accès souvent malaisé et surtout décevant, ceux qui y ont participé sachant mieux que quiconque combien les décisions sont souvent adoptées à la faveur de malentendus plus ou moins volontaires, d'ambiguïtés consenties pour sortir d'une impasse, concessions mentales dans la perspective d'aboutir*"¹¹⁴. De plus, même si, suivant l'exemple anglais et conformément à l'article 7 qui l'invite "à promouvoir l'uniformité de l'application" de la Convention, le juge national voulait consulter les décisions prises à l'étranger avant de décider lui-même, on peut douter de la portée d'une telle démarche.

En premier lieu, le juge n'a pas le temps ni souvent les moyens de se livrer à une étude jurisprudentielle préalable à un niveau quasi-planétaire, succès de la Convention oblige.

En second lieu, s'il constatait des divergences d'interprétation, quelle voie devrait-il suivre?

On s'aperçoit ici que la CNUDCI devrait assurer l'application uniforme de la Convention en diffusant la jurisprudence sur ce point (tout comme s'efforce de le faire UNIDROIT) et surtout en revendiquant un véritable pouvoir d'interprétation autonome. Ainsi, pourrait-on imaginer qu'en pratique, un juge saisi d'un problème d'interprétation de la Convention soit tenu de surseoir à statuer et sollicite l'avis de la CNUDCI. Même si ensuite il n'était pas juridiquement obligé de le suivre, une telle solution paraît intéressante.

Mais, il faut pour l'instant s'en remettre au souci de cohérence et au bon sens des juges. Il faut aussi faire confiance en leur besoin de justice et d'équité.

¹¹² 1980, 2 ALL.E.R 696 (H.L.). Dans cette affaire, les Lords font application de la convention de Varsovie de 1929 sur le transport aérien international.

¹¹³ "James Buchanam & Compagnie v. Babco Fowarding & Shipping (U.K) Ltd", 1978 A.C. 141-152.

¹¹⁴ Jean-Pierre Plantard (membre du Conseil de la Direction d'UNIDROIT), op. cit. p.330

C'est justement ce que semble exploiter la Convention en visant dans son article 7 "la nécessité d'assurer le principe de bonne foi dans le commerce international". Ce principe devient ainsi le meilleur guide d'interprétation des dispositions de la Convention. Est-ce une solution suffisante?

Ici encore, la réponse ne peut être que négative. En effet, faute de donner elle-même une définition claire et précise du "principe de bonne foi", la Convention met les juges "dos à dos" ne leur laissant comme seule solution que le recours à la *lex contractus* interne pour déterminer le sens du principe.

Or, une brève étude comparative des droits nationaux sur ce point montre que si ce principe est partout de droit positif, il est loin d'être univoque:

Le droit français est très hésitant. Lui aussi dispose dans l'article 1134, alinéa 3, du Code civil que "les conventions légalement formées doivent être exécutées de bonne foi", sans définir cette notion pour autant. Alors, doit-on l'interpréter restrictivement en ne réprimant sur le fondement de cette disposition que les déloyautés les plus manifestes confinant à la fraude ou au dol, ou plus largement en imposant aux parties un devoir de collaboration¹¹⁵.

En Ontario, l'article 205 du "Second Restatement of the Law of Contracts", vise aussi l'obligation de bonne foi mais sans la définir.

Au Québec, le nouveau Code civil consacre ce principe dans son article 1375 sans non plus le définir¹¹⁶.

En droit américain, malgré la définition donnée par le Code de Commerce Uniforme de l'obligation de bonne foi¹¹⁷, cette notion fait l'objet d'interprétations divergentes¹¹⁸.

En droit anglais, enfin, il semble que s'il n'existe aucun principe général de bonne foi ("good faith"), le concept de personne raisonnable si souvent utilisé par le juge anglais conduise à une appréciation de la bonne foi des parties. Mais, ici encore, on ne peut parler de réelle uniformité de la notion.

Ainsi, l'équivocité du principe de bonne foi n'est pas une garantie d'interprétation

¹¹⁵ Pour une étude plus détaillée sur ce point, cf. Yves Picod "Le devoir de loyauté dans l'exécution des conventions", LGDJ, 1990; Christophe Ayela "La notion de bonne foi dans l'exécution des contrats", mémoire DEA droit privé, Aix-En-Provence, 1992.

¹¹⁶ "La bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de son extinction". Pour une étude plus détaillée sur ce point, cf. Claude Samson, *op. cit.*, pp.1016 et suiv.

¹¹⁷ U.C.C. Art. 1-203: "Honesty in fact" and "Observance of reasonable commercial standards of fair dealing in the trade".

¹¹⁸ Cf. Errol P. Mendes "The United Nation Sales Convention & U.S.-Canada Transactions; Enticing the World Largest Trading Bloc to do Business under a Global Sales Law", *Jour. of Law and Com.*, 1988, pp.121-135.

uniforme de la Convention. Ceci est d'autant plus regrettable que certaines dispositions de la Convention¹¹⁹ impliquent une appréciation du comportement des parties qui ne peut se faire qu'au regard du principe de bonne foi.

On pourrait cependant rétorquer que le principe de bonne foi est un principe général du droit international¹²⁰ et que de ce fait il a un sens qui lui est propre. On ne peut l'analyser au regard de tel ou tel droit national. Cette autonomie de la notion de bonne foi permet donc d'affirmer qu'il sera beaucoup plus aisé de lui donner une acception univoque.

2 / Les lacunes

La nette distinction opérée par la Convention entre l'interprétation d'une part, et le comblement des lacunes d'autre part, est apparue au stade ultime de la Conférence diplomatique de Vienne.

L'avant-projet issu des travaux de la CNUDCI se contentait d'un article sur l'interprétation quasi identique à l'article 7 paragraphe 1, dont on pouvait dès lors penser qu'il était suffisant pour servir de guide tant pour l'interprétation des dispositions obscures ou ambiguës que pour résoudre les difficultés que la Convention n'avait pas du tout prévues.

Pourtant la Conférence a voulu faire plus et elle en a fait trop. En effet, dans l'article 7, paragraphe 2, elle dispose, ce qui est normal, que "les questions concernant les matières régies par la présente Convention et qui ne sont pas expressément tranchées par elle, seront réglées selon les principes généraux dont elle s'inspire"¹²¹ mais elle ajoute, ce qui est condamnable, qu'à défaut de ces principes généraux, il faudra se référer à "la loi applicable en vertu des règles de droit international privé".

Cette dernière disposition, qui heurte la conception générale de l'autonomie complète d'un droit uniforme extrait en bloc et de manière irréversible des systèmes juridiques nationaux, sème le doute. Elle constitue, en outre, un retour en arrière incompréhensible eu égard à l'article 2 de la LUVI qui l'a précédée et qui dispose que "les règles de droit international privé sont exclues pour l'application de la présente loi"¹²².

Ce recours à la règle de conflit de loi est dangereux car risquant de mettre en péril l'utilité même de la Convention, rendant équivoque une loi qui se voulait uniforme.

Il nous faut donc espérer que ce recours à la règle subsidiaire faisant appel au droit

¹¹⁹ Notamment l'article 8 sur le comportement des parties, l'article 18 sur l'acceptation de l'offre du contrat, l'article 19 sur la notion de contre offre.

¹²⁰ Ainsi que l'obligation de se conduire en homme raisonnable qu'utilise assez souvent la convention.

¹²¹ Elle reprend ici l'article 17 de la LUVI.

international privé ne soit que théorique et qu'en pratique les lacunes, s'il en existe, soient comblées par référence à la règle première en faisant appel aux principes généraux dont s'inspire la convention¹²³.

Un autre problème devient alors de définir ces principes généraux et de savoir s'ils existent réellement.

Quelques uns sont expressément visés: respect de la bonne foi, autonomie des parties, prévalence des usages. D'autres se dégagent de l'ensemble des dispositions de la Convention: référence constante à la notion de comportement raisonnable (qui rejoint celle de bonne foi), faveur accordée aux effets prévisibles du contrat, préférence systématique accordée aux solutions permettant de sauver le contrat plutôt que de le priver d'effets.

Comme nous l'avons déjà dit, si ces principes sont un peu trop flous, il faut croire que poussés par une nécessaire et profitable uniformisation du droit, les juges sauront en déduire les applications pratiques cohérentes car harmonisées.

En conclusion sur ce point, nous pensons qu'avant de synthétiser les carences internes de la Convention, il faut s'interroger sur l'opportunité pour les parties d'y avoir recours.

1. Notons tout d'abord qu'en l'absence de choix exprès des parties de la loi qui régit leur contrat¹²⁴, l'utilité de la Convention est indéniable. Elle constitue en ce cas une loi impérative (pour le juge) et uniforme. Les conflits entre les parties relatifs à la détermination de la loi applicable n'auront plus de raison d'être.

Ceci constitue une garantie de règlement des litiges d'une manière rapide et efficace.

Cependant, si les parties ont pensé, par la rédaction d'une clause expresse, à choisir une loi nationale applicable, il se peut qu'elles n'aient pas intérêt à ce que la Convention s'applique. Pour démontrer cette idée, il nous faut suivre l'exemple de Jean Thieffry¹²⁵ et distinguer plusieurs hypothèses:

– Si les parties ont leurs établissements dans des pays industrialisés aux systèmes juridiques similaires (par exemple vendeur de l'Ontario et acheteur de l'État de New-York) elles devraient choisir par préférence à la Convention, l'application de l'un de leur droit respectif. Ceci parce qu'un droit national est plus précis que la Convention. De plus, la partie qui devra faire usage d'un droit qui lui est étranger, ne devrait pas être réticente à ce choix du fait de la similitude

¹²³ Il nous faut aussi conseiller aux parties de se prémunir contre les incertitudes des règles de conflit, en prévoyant soit l'application subsidiaire du droit national de leur choix, soit en excluant expressément l'application de la Convention (Cf. infra p.63).

¹²⁴ Une hypothèse qui reste assez fréquente.

¹²⁵ Jean Thieffry et Chantal Granier "La vente internationale", Ed. CFCE, 1985.

de ce droit étranger et de son droit national.

– Si l'on se fonde sur la même hypothèse mais en considérant deux systèmes juridiques différents (par exemple un vendeur français et un acheteur anglais), alors la Convention est préférable¹²⁶.

– La troisième hypothèse est celle d'une vente entre des parties ayant leurs établissements dans un pays en voie de développement et dans un pays industrialisé (par exemple un vendeur français et un acheteur sénégalais ou tunisien) avec un système juridique comparable. Ici encore, il est préférable de choisir une loi nationale pour les motifs déjà cités. Par contre, si l'on considère que les systèmes juridiques sont dissemblables, le recours à la Convention est conseillé.

– La dernière hypothèse est celle d'un contrat est-ouest. Ici, la discordance quasi systématique des systèmes juridiques milite pour l'application de la Convention.

2. Pour ce qui est de la Convention elle-même, on peut noter tout de suite que dans les matières qu'elle régit (conclusion et exécution du contrat de vente internationale de marchandises) elle n'a pas une portée absolue. D'abord parce que, comme nous venons de le démontrer, en cas de lacunes ou d'ambiguïté, il y a un risque de voir les droits nationaux redevenir applicables¹²⁷, ensuite parce que, il faut le souligner, une clause valable au regard de la Convention peut cependant être écartée si elle est contraire à une disposition d'ordre public de la "lex fori" voir de la lex contractus. On peut penser qu'il en serait ainsi, par exemple, d'une clause pénale manifestement excessive à l'encontre de laquelle le droit français (article 1152 du Code civil) permet une réduction judiciaire dans tous les cas.

On peut ensuite déplorer l'absence de réglementation uniforme de la validité des conventions.

Mais il faut toutefois constater que la Convention est un outil juridique satisfaisant car peu ambigu, équilibré car ménageant de façon juste les intérêts du vendeur et de l'acheteur. Même si son entrée en vigueur ne règle pas tous les problèmes de choix de la loi, même si l'intérêt d'une

¹²⁶ Pour ce qui est du cas précis d'un contrat conclu entre des français et des américains cf. Patrick Thieffry "Sale of Goods Between French and US Merchants: Choice of Law Considerations under the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods", *The Int. Lawyer*, 1988, pp.1017-1035.

¹²⁷ C'est pour cette raison qu'il faut recommander aux parties de déterminer dans le contrat quelle sera la loi nationale applicable en cas d'incertitude ou de lacune de la convention (en anglais "gap filling").

étude comparée des droits nationaux de la vente reste entier, la Convention de Vienne a au moins le mérite d'exister.

Nous avons vu que la convention de Vienne faisait souvent référence aux règles de conflit. Qu'est-ce qu'une règle de conflit? Ces règles sont-elles harmonisées ou non?

Section 2) Les conventions internationales de rattachement

L'harmonisation des règles de conflit de loi est parfois, en pratique, aussi importante que l'unification des règles matérielles.

On remarquera d'ailleurs immédiatement qu'il est d'autant plus inexplicable de voir les États-unis et le Canada être non contractants de quelque convention internationale que ce soit en la matière.

Pourtant, il existe trois conventions internationales que nous présenterons dans l'ordre chronologique de leur élaboration:

1. La Convention de La Haye du 15 Juin 1955 sur "la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels". Bien que son contenu ne soit pas critiquable outre mesure, cette Convention n'a pas connu un grand succès et seuls neuf États¹²⁸ y ont adhéré¹²⁹.

2. La Convention de Rome du 19 Juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

Cette Convention, qui a réalisée une unification du droit international privé des contrats (de tous les contrats) au sein de la Communauté Économique Européenne¹³⁰, est entrée en vigueur le 1er Avril 1991¹³¹.

3. La Convention de La Haye du 22 Décembre 1986.

Les membres de la Conférence diplomatique de La Haye ont éprouvé le besoin de

¹²⁸ Belgique, Danemark, Finlande, France, Italie, Niger, Norvège, Suède, Suisse.

¹²⁹ Pour une tentative d'explication de cet échec cf. Michel Pélichet "La vente internationale de marchandises et le conflit de loi" in Recueil de Cours de l'Académie du Droit international (infra. R.C.A.D.I.), 1987. T.201, pp. 25 S.

¹³⁰ L'Allemagne, la Belgique, le Danemark, la France, la Grèce, l'Italie, le Luxembourg, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et l'Irlande du Nord y ont adhéré.

¹³¹ Il est à remarquer que beaucoup de pays ont adhéré aux Conventions de La Haye et de Rome. Sur le risque de cumul des règles de conflit dû à un "chevauchement" des Conventions cf. Denise Cleuer "De certaines incidences de l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 Juin 1980 sur le droit de la vente internationale de marchandises", Gaz. Pal., 1991.410 S.

réformer la Convention de 1955. Malgré l'utilité d'une telle démarche, la nouvelle Convention élaborée depuis plus de six ans n'est pas encore entrée en vigueur, et seuls deux pays l'ont signée.

Malgré le peu de portée de ces Conventions que l'on peut qualifier de Conventions Internationales de rattachement, nous proposons d'en faire une étude plus détaillée.

D'abord parce qu'elles peuvent servir de modèle à d'autres États, notamment aux États nord-américains, ensuite parce qu'elles sont de droit positif et que d'autres États peuvent encore y adhérer, enfin et surtout, parce que ce sera pour nous l'occasion d'étudier les règles de conflit de loi qu'évoque la Convention de Vienne du 11 Avril 1980.

Nous verrons que la règle de conflit de loi qui a valeur de principe, c'est la loi d'autonomie (Paragraphe 1). Les Conventions prévoient aussi des règles de conflit que l'on peut qualifier de "supplétives" (Paragraphe 2).

Paragraphe 1/ La loi d'autonomie dans les Conventions internationales de rattachement

Il est un principe quasi universel selon lequel les parties à un contrat international sont libres de déterminer la loi qui régira leurs relations.

Il faut aussitôt se poser la question de savoir si cette liberté est absolue ou pas. Peut-on imaginer, par exemple, que cette liberté soit "encadrée" par une obligation de relation sérieuse entre la loi choisie et le rapport de droit créé par le contrat?

Selon que l'on envisage les Conventions internationales en la matière, ou les droits nationaux des États n'ayant pas adhéré à de telles Conventions, la liberté de choix des parties peut être plus ou moins grande.

Cependant, malgré l'intérêt qu'il y aurait à étudier les différents droits nationaux sur ce point, nous limiterons notre étude, qui vise à décrire les moyens d'unification du droit de la vente, aux dispositions des Conventions internationales de rattachement:

Toutes les Conventions internationales de rattachement disposent ce principe sans le limiter (A). Il n'est pourtant pas absolu (B).

A) Principe

– La Convention de La Haye de 1955 dispose dans son article 2 que la "vente est régie par la loi interne du pays désigné par les parties contractantes".

– La Convention de Rome, dans son article 3-1, reprend cette solution: "Le contrat est régi par la loi choisie par les parties..."

– La Convention de La Haye de 1986 respecte elle aussi la loi d'autonomie puisqu'elle

dispose dans son article 7 que "la vente est régie par la loi choisie par les parties...".

Sans décrire les modalités de ce choix¹³², on constate le caractère quasi absolu du principe de libre choix de la loi applicable puisqu'aucun lien n'est exigé entre la loi choisie et le rapport contractuel¹³³.

Il faut approuver un tel principe¹³⁴ et condamner certaines des atténuations dont il fait l'objet.

B) Les atténuations au principe

Il ne s'agit pas ici de véritables exceptions au principe puisque la liberté de choix n'est pas remise en cause, elle est simplement limitée.

– D'abord, c'est l'évidence même, le choix n'est possible que si le lien contractuel est international, il doit contenir un élément d'extranéité, et la Convention de La Haye de 1955 prend la précaution de préciser que "la seule déclaration des parties, relative à l'application d'une loi ou à la compétence d'un juge ou d'un arbitre, ne suffit pas à donner à la vente le caractère international"¹³⁵. Les Conventions de Rome et de La Haye définissent le contrat international: Pour la première, le contrat est international lorsque les litiges qui en découlent sont sources de conflits de lois (Article 1-1), la seconde reprend cette solution et ajoute qu'il l'est, en outre, "lorsque les parties ont leurs établissements dans des États différents".

Le critère du lieu d'établissement est plus simple, et, de ce fait, il permet de rendre tout à fait autonome la définition du contrat international puisqu'il n'autorise aucune interprétation. En revanche, si l'on dit simplement que telle Convention s'applique dès qu'un conflit de loi surgit, on laisse le for décider si un tel conflit existe et on crée des risques de divergences dans l'application du Traité.

Précisons, pour en finir sur ce point, que dans tous les États où l'autonomie de la volonté est respectée, le rapport contractuel purement interne mais soumis par la volonté des parties à un droit étranger, est tout à fait concevable. Simplement, le droit étranger n'aura compétence que

¹³² Il faut dans tous les cas un accord de volonté qui peut-être exprès ou "résulter clairement des termes du contrat et du comportement des parties" (Convention de La Haye de 1986, art.7).

¹³³ Sur les cinq liens envisageables cf. infra p. 73.

¹³⁴ Pour un point de vue radicalement opposé cf. Vincent Heuzé "La réglementation française des contrats internationaux. Critique des méthodes", Paris, 1990.

¹³⁵ La Convention de Rome dispose elle aussi dans son article 3-3 que "le choix par les parties d'une loi étrangère, assorti ou non de celui d'un tribunal étranger, ne peut, lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés au moment de ce choix dans un seul pays, porter atteinte aux dispositions auxquelles la loi de ce pays ne permet pas de déroger par contrat, ci-après dénommées *dispositions impératives*".

pour régler les matières non soumises à l'impérativité des lois internes d'ordre public¹³⁶.

– Une limite plus importante à la liberté de choix des parties se retrouve dans l'article 7 de la Convention de Rome de 1986 qui vise les traditionnelles lois de Police et qui dispose qu'"il pourra être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la solution présente un lien étroit..." en concurrence avec la loi déclarée applicable, dans la mesure où ces dispositions se veulent applicables.

Ce point qui a déjà suscité de nombreuses réactions¹³⁷ ne sera pas développé ici car son étude nécessiterait une description systématique des lois de Police de chaque pays¹³⁸.

– Pour qu'il y ait choix d'une loi applicable, il faut un accord véritable entre les parties. Mais lorsque cet accord est contestable, du fait, par exemple, d'une discordance entre les conditions générales de vente et d'achat et la loi applicable, quelle sera la loi compétente pour donner une réponse?

La logique voudrait que l'on étudie l'accord de volonté au regard d'une loi objectivement déterminée par le juge saisi de la question. Pourtant, les Conventions de La Haye et de Rome soumettent cette question à la loi apparemment choisie par les parties. Cette solution a l'avantage de la simplicité.

Cependant, lorsqu'il s'agit d'apprécier le silence de l'une des parties, si la Convention de La Haye (de 1986) s'en tient à la même solution, la Convention de Rome nuance le principe dans son article 8, alinéa 2: "Toutefois, pour établir qu'elle n'a pas consenti, une partie peut se référer à la loi du pays dans lequel elle a sa résidence habituelle s'il résulte des circonstances qu'il ne serait pas raisonnable de déterminer l'effet du comportement de cette partie d'après la loi prévue au paragraphe précédent".

– Il est un autre problème que toutes les Conventions internationales ignorent: c'est celui de l'exclusion par les parties des lois à venir. Il s'agit pour elles de stipuler des clauses d'intangibilité ou de stabilisation qui figeront le droit applicable à leur relation contractuelle. Si

¹³⁶ Sur ce point cf. Henri Batiffol "Les contrats en droit international privé comparé", Mc. Gill University, Institut de droit comparé, 1981, pp. 64 S.

¹³⁷ Cf M. Pélichet "La vente internationale de marchandises et le conflit de loi", op. cit., pp. 181 S. Georges A.L. Droz "Regards sur le droit international privé comparé" RCADI, 1991, T.229, p. 255; P.M.North "Reform but not Revolution, General Course on Private International Law", RCADI, 1990, T.220, pp. 164 S; Richard Plender "The European Contracts Convention, the Rome Convention on the Choice of Law for Contracts", Sweet & Maxwell, London, 1991, pp. 321 S. Cf aussi l'article fondamental de Ph. Francescakis "Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de loi", Rev. Crit. de Drt. Int. Privé, 1966, 1.

¹³⁸ On peut toutefois affirmer que les "lois de police" que disposent les pays sont peu fréquentes et de peu de portée en général. Cf. Bernard Audit "Droit international privé", *Economica*, 1991, p. 647 S; Jean Thieffry "La vente internationale", op. cit. p. 14 S.

cette solution est pratique puisque permettant aux contractants de délimiter avec le maximum de précision possible la loi qui régira leur relation, elle n'en est pas moins discutable.

Si l'on se fonde sur la thèse de l'incorporation de la loi dans le contrat cette pratique est valable. En effet, *"dans cette conception, la loi étrangère est à regarder comme l'objet d'une clause du contrat au même titre que les autres... Après tout, on trouve tout naturel qu'elles (les parties) stipulent qu'en cas de différends, tel juge ou tel arbitre sera compétent, pourquoi ne pas regarder la stipulation de la loi applicable de la même manière? Comme on l'a souvent dit, les parties auraient pu recopier la loi étrangère dans ses dispositions qui les intéressaient; au lieu de les recopier, elles s'y sont référés globalement..."*¹³⁹

Le problème est que cette thèse serait incontestable si les droits nationaux ne contenaient aucune réglementation impérative, c'est-à-dire si les parties pouvaient choisir les dispositions de la loi nationale qu'elles entendraient se voir appliquer. Or, il n'en est rien, la quasi totalité des législations nationales comportent des dispositions impératives motivées par l'ordre public de direction ou de protection. Certes, en matière de contrats internationaux on peut s'attendre à ce que de telles dispositions soient moins nombreuses. En effet, lorsque le juge saisi devra vérifier la conformité des stipulations du contrat international à la loi qui le régit, il le fera en fonction de sa conception de l'ordre public international beaucoup plus étroite que celle qu'il se fait de l'ordre public interne.

Cependant, malgré son étroitesse cette conception évolue nécessairement. Le problème devient alors de savoir si par une stipulation expresse les parties peuvent bloquer cette évolution.

Les Conventions internationales étant muettes sur ce point, il faudrait consulter chaque droit national pour savoir si oui ou non il accepte une telle solution.

On peut simplement faire remarquer que dans la jurisprudence française, la Cour de Cassation^{140a} a affirmé que si tout contrat international est nécessairement rattaché à un État, les parties peuvent cependant exclure les dispositions à venir de la loi choisie.

On peut, comme le font de nombreux auteurs¹⁴¹, condamner directement ou indirectement une telle prise de position, il est notamment possible de dénoncer son incohérence¹⁴²: en effet, si la loi choisie évolue et vient abroger une de ses dispositions applicables au contrat, alors quelle loi régira le contrat?

¹³⁹ Cf. Henri Batiffol, op. cit., p. 67.

¹⁴⁰ Cass. Com. 21 Juin 1950 (Aff. "des messageries maritimes"), Rev. Crit. de Drt. Int. Pvé, 1950.609.

¹⁴¹ Cf. notamment F. Rigaux "Examen de quelques questions laissées ouvertes par la Convention de Rome sur la loi applicables aux obligations contractuelles" Clunet, 1991, pp. 307-321; H. Batiffol et P. Lagarde "Droit international privé", 7ème édition, 1983, T.II. n.571; P.Mayer "Droit international privé", 3ème édition, 1987, n. 701.

¹⁴² Cf. H.Batiffol, op. cit., p.72.

Le contrat sera sans loi, aucun droit positif ne le régira, mais simplement des principes juridiques.

Ce débat fort passionnant qui nous mènerait aux frontières du droit et du non droit (nous pensons en effet que même dans cette hypothèse, le contrat est quand même soumis à un droit) ne peut être abordé ici.

Constatons simplement que la clause selon laquelle le contrat ne serait rattaché à aucun droit national mais serait régi par la "lex mercatoria" sera nulle au regard de la plupart des législations internes¹⁴³ (qui sont donc d'ordre public international sur ce point) et le juge saisi utilisera ses règles de conflit pour opérer le rattachement que les parties n'ont pas voulu faire¹⁴⁴.

Exception faite de ces quelques atténuations, le principe de liberté de choix de la loi applicable est une réalité pour les ressortissants des États ayant adhéré aux Conventions internationales de rattachement. En cela, on peut dire que les Conventions internationales de rattachement parviennent à uniformiser les règles de conflit de loi ou plutôt à créer un système unique de conflit de loi.

Ceci est d'autant plus remarquable que, si les pays de tradition civiliste connaissaient déjà le principe de la loi d'autonomie, les pays de Common Law, en revanche, utilisent le système de la "proper law". La "proper law", c'est la loi la plus adaptée au contrat, celle qui a le plus de points de contact avec lui. Alors, en application de ce principe, il est permis de se demander si le choix d'une loi sans point de contact avec le contrat sera acceptable pour un juge appliquant la Common Law dans un État non contractant?

Pour répondre à cette question, il faudrait étudier les droits des pays de Common Law non contractants (États-Unis d'Amérique et Canada sans le Québec, par exemple) et cela nous mènerait hors du cadre de notre étude¹⁴⁵.

¹⁴³ Le projet de Code civil du Québec semble autoriser le contrat sans loi.

¹⁴⁴ La liberté des parties est beaucoup plus grande lorsqu'elles décident de soumettre leur litige à un arbitre. Ainsi, l'arbitre devrait respecter une telle volonté et si, éventuellement, un juge national était saisi d'une demande en exécution ultérieure, il ne la rejeterait pas en prétextant que la sentence n'est fondée sur aucune loi nationale. Cf. infra pp. 109 S.

¹⁴⁵ On peut tout de même citer Jean Thieffry et Chantal Garnier ("La vente internationale de marchandises", Ed. CFCE, 1985, p. 163) qui considèrent qu'"en dehors du champ d'application d'un tel Traité (Traité de rattachement ci-dessus étudié) il serait risqué de ne pas chercher le rattachement du droit désigné avec le contrat". Il ajoute ensuite que de toute façon un tel rattachement n'est pas contraignant pour les parties (Cf. infra p. 73). Dans le même sens Cf. Richard Cutler "Comparative Conflicts of Law: Effectiveness of Contractual Choice of Forum", Texas Int. Law Journ. 1985, p. 97.

A l'appui de cette idée, faisons état de la jurisprudence des États-Unis qui depuis l'affaire "Seeman v. Philadelphia Warehouse Co" (247 US 403 (1927)), semble exiger une "reasonable relation" entre la loi choisie par les parties et le support contractuel.

Voyons donc maintenant ce que disposent les Conventions lorsque les parties n'ont pas exercé de choix. Nous verrons que dans cette hypothèse il existe des règles de rattachement que nous qualifierons de supplétives.

Paragraphe 2/ Règles de conflit de loi "supplétives" dans les Conventions internationales de rattachement

On peut dire que la principale qualité de ces Conventions résulte de l'unification des règles de conflit servant à déterminer la loi applicable en dehors de toute volonté exprimée par les parties.

En effet, comme nous le fait remarquer M. Yvon Loussouarn¹⁴⁶, *"l'uniformité de façade qui règne en matière de loi d'autonomie disparaît lorsque les parties n'ont pas désigné la loi applicable pour faire face à une grande variété de solutions"*.

Plus précisément, on peut affirmer que coexistent cinq critères de rattachement de la loi au contrat: un juge pourra prendre en compte la loi du vendeur, de l'acheteur, du lieu de conclusion du contrat¹⁴⁷, son lieu d'exécution¹⁴⁸ ou enfin, sa propre loi¹⁴⁹.

En outre, si certains systèmes peuvent désigner un seul critère de rattachement voire les désigner tous mais en les hiérarchisant, d'autres peuvent choisir le plus adapté en fonction de la nature du lien contractuel qui lui est soumis (théorie de la "proper law").

On comprend dès lors que face à une telle disparité qui ôte toute prévisibilité à l'issue du litige¹⁵⁰, le besoin d'unification auquel ont répondu les Conventions de Rome (Section 1) et de La Haye (Section 2).

A) La Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux

¹⁴⁶ "La Convention de La Haye d'octobre 1955 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises", Rev. Crit. Int. Drt. Pvé, 1986, p.282.

¹⁴⁷ "Lex loci contractus".

¹⁴⁸ "Lex loci executionis"

¹⁴⁹ La loi du for. Notons à ce sujet la forte tendance des tribunaux américains à appliquer la loi du for; Cf. Bernard Hanotiau "Tendances récentes de la jurisprudence américaine de droit international: contrats et responsabilité du fait des produits", DPCI, 1981, pp. 436 S, 445 S.

¹⁵⁰ Cette disparité peut s'avérer en outre beaucoup plus gênante pour les parties si elles n'ont pas désigné la juridiction compétente pour trancher leur litige (cf. infra p.102). En effet, si chacune des juridictions nationales saisies appliquent des règles de conflit différentes, elles désigneront des lois différentes et l'issue du litige en sera souvent changée. Dès lors, chaque partie tentera de se prévaloir de la décision qui lui est la plus favorable et comme aucune ne prévaudra sur l'autre, la situation sera totalement bloquée. En matière de contrats internationaux, il n'est pas rare que l'on soit confronté à de tels problèmes.

obligations contractuelles

En matière de vente internationale de marchandises¹⁵¹, la Convention instaure dans son article 4 un mécanisme tenant en trois règles:

- 1) A défaut de choix, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il a les liens les plus étroits.
- 2) Il est présumé que ce pays est celui de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique du contrat si celle-ci est déterminable.
- 3) Cette présomption est écartée s'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays.

La première règle (i) énonce le principe général et les deux autres servent à le préciser (ii et iii).

i) Le principe: loi du pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits

Ce principe qui était déjà en vigueur en France et en Angleterre est trop vague, il ne se suffit pas à lui même, mais il a au moins le mérite d'éviter le "dépeçage" du contrat en le soumettant à plusieurs lois¹⁵².

Trop vague puisque ne permettant pas de déterminer a priori et de façon certaine quelle loi sera applicable en vertu de quel système de rattachement.

Il évite cependant le "dépeçage" en visant "la" loi "du" pays .

ii) La présomption en faveur de la loi de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique

On peut définir la prestation caractéristique comme "la prestation pour laquelle le paiement est dû"¹⁵³.

Si dans un contrat de vente cette prestation s'analyse en l'obligation de délivrance incombant au vendeur, c'est donc sa loi qui est présumée compétente (plus exactement la loi du lieu de l'établissement du vendeur, art.4 parag.2, 2ème phrase). Il s'agit cependant d'une présomption simple.

¹⁵¹ Pour d'autres contrats (vente d'immeubles, contrats conclus par des consommateurs, contrats de travail) les règles de conflit sont différentes. Pour une étude détaillée cf. Paul Lagarde "Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 Juin 1980" op. cit., pp. 311 S.

¹⁵² Sauf à considérer l'article 4, parag.1, 2ème phrase, qui permet un dépeçage mais à titre "exceptionnel".

¹⁵³ Cf. Rap. Giuliano-Lagarde, p.20, 2ème col. Il s'agit donc de toute prestation non financière.

iii) **La loi du vendeur est écartée si "il résulte que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays" (art.4, parag.5)**

Cette exception est source d'incertitude. Elle ne l'est peut-être pourtant qu'en apparence puisqu'elle ne peut jouer, semble-t-il, que dans des cas très rares.

Quelles seront les solutions choisies par les Conventions de La Haye?

B) Les Conventions de La Haye de 1955 et 1986 sur la loi applicable au contrat de vente

– La Convention de La Haye de 1955 donne tantôt compétence à la loi du vendeur, tantôt à celle de l'acheteur.

Elle dispose en effet dans son article 3, alinéa 1, que "la vente est régie par la loi interne du pays où le vendeur a sa résidence habituelle au moment où il reçoit la commande", puis, dans son article 3, que "la vente est régie par la loi interne des pays où l'acheteur a sa résidence habituelle ou dans lequel il possède l'établissement qui a passé la commande, si c'est dans ce pays que la commande a été reçue, soit par le vendeur, soit par son représentant, agent ou commis voyageur".

Pour simplifier, on peut dire que la règle de conflit utilisée par cette disposition est bien celle retenant le lieu de conclusion du contrat: "L'une ou l'autre loi prévaut lorsque, compte tenu de circonstances, c'est dans le pays de la résidence habituelle du vendeur ou dans celui de la résidence habituelle de l'acheteur que la vente doit être considérée comme ayant été conclue"¹⁵⁴.

– La Convention de La Haye de 1986 dispose quant à elle, dans son article 8-1, que "...la vente est régie par la loi de l'État dans lequel le vendeur a son établissement au moment de la conclusion du contrat".

Ce qui est remarquable, c'est qu'une telle disposition peut se rapprocher de celle de la Convention de La Haye de 1955 en ce qu'elle donne elle aussi compétence à la loi du lieu de conclusion du contrat, mais en présumant que ce lieu dépend de la localisation de l'établissement du vendeur. On peut aussi la rapprocher de l'article 4 de la Convention de Rome en ce qu'elle donne compétence à la loi du débiteur de la prestation caractéristique.

Nous profitons d'ailleurs de l'occasion pour expliquer que si la Convention de Rome a visé le débiteur de la prestation caractéristique et non, plus directement, le vendeur, c'est parce qu'elle a vocation à s'appliquer quel que soit la qualification du contrat.

Ensuite, la Convention de la Haye de 1986 continue à utiliser le critère du lieu de conclusion du contrat lorsqu'elle prévoit dans son article 8-2 les exceptions à l'article 8-1: "Toutefois, la vente est régie par la loi de l'État dans lequel l'acheteur a son établissement au

¹⁵⁴ Yvon Loussouarn "La Convention de La Haye d'Octobre 1985 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises", op. cit., p. 286.

moment de la conclusion du contrat si:

a) des négociations ont été menées et le contrat a été conclu par les parties présentes dans cet État; ou

b) le contrat prévoit expressément que le vendeur doit exécuter son obligation de livraison de marchandises dans cet État¹⁵⁵; ou

c) la vente a été conclue aux conditions fixées principalement par l'acheteur et en réponse à une invitation qu'il a adressée à plusieurs personnes mises en concurrence (appel d'offre).

En conclusion sur ce point, nous dirons qu'il est fort regrettable que les Conventions internationales de rattachement aient un domaine d'application géographique restreint du fait du peu d'adhésion dont elles ont fait l'objet.

D'une façon plus globale, cela démontre la limite de l'efficacité de l'harmonisation internationale. Il semble que les États, jaloux de leurs compétences législatives et persuadés de détenir les meilleures règles juridiques, le modèle à imposer, ont des difficultés à s'entendre.

Pourtant, il peut être possible de constater que depuis l'entrée en vigueur de la Convention de Vienne, les mentalités des différents États évoluent vers une plus grande tolérance. Peut-être ces derniers ont-ils enfin pris conscience qu'œuvrer dans ce sens c'est travailler pour l'intérêt de chacun en facilitant le commerce international de marchandises.

En tout cas, ceux qui font métier du négoce international ont depuis longtemps pris conscience de ce problème et tenté de le régler.

¹⁵⁵ Ce b) semble être antinomique puisque ne se fondant pas sur la notion de conclusion du contrat mais s'inspirant plutôt de la théorie de la "proper law". A ce titre, il a fait l'objet de vives critiques (cf. Yvon Loussouarn, op. cit., p. 286). Notons cependant que cette disposition n'est applicable que lorsqu'il a été expressément stipulé au contrat que son exécution aurait lieu dans ce pays. Les parties qui veulent en éviter les effets peuvent donc refuser la stipulation d'une telle clause.

TITRE II] L' HARMONISATION TRANSNATIONALE

Face à l'inertie des législateurs étatiques et face aux incertitudes et autres lacunes des conventions internationales, les personnes privées ont usé de la liberté contractuelle qui leur est généralement reconnue pour élaborer leurs propres règles de droit.

En outre, pour s'assurer une réelle autonomie juridique, elles ont majoritairement décidées de confier l'application de ces règles de droit "sur mesure" à un tiers de leur choix dont les compétences seraient en leur pouvoir.

Ce droit qui leur est propre c'est la "lex mercatoria", ce juge qui leur est proche c'est l'arbitre international.

Même si il est concevable qu'un juge étatique fasse application de certaines composantes de la "lex mercatoria", il apparaît en fait que c'est l'arbitre international qui en fera une utilisation quasi systématique contribuant de ce fait à son développement ainsi qu'à son affermissement. Dès lors, arbitrage international et "lex mercatoria" forment un couple indissociable: c'est donc l'arbitre qui est le principal instrument de l'harmonisation transnationale du droit de la vente. Quelles sont ses compétences? Dans quelle mesure peut-on valablement solliciter ses services? Qu'est-ce que la "lex mercatoria" et comment l'arbitre va-t-il l'utiliser?

Autant de questions auxquelles nous nous efforcerons de répondre en étudiant, dans un premier temps, les modalités et l'efficacité du recours à l'arbitrage commercial international (Chapitre I) puis, dans un second temps, les effets de ce recours (Chapitre II).

Chapitre I] Le recours à l'arbitrage commercial international

Qu'est ce que l'arbitrage commercial international, quel droit lui est applicable (Section 1)?

Ce recours est-il juridiquement possible (Section 2)?

Section 1) L'arbitrage commercial international et le droit le régissant

Qu'est-ce-que l'arbitrage commercial international (Paragraphe 1)? Quel est le droit qui le régit (Paragraphe 2)? Quelles en sont ses modalités (Paragraphe 3)?

Paragraphe 1 / La notion d'arbitrage commercial international

L'arbitre est une personne privée à laquelle les parties confient la mission de trancher leur litige après l'avoir librement désigné.

Si ce mode de règlement des différends est courant tant dans les contrats internes qu'internationaux, nous nous limiterons à l'étude de l'arbitrage commercial international¹⁵⁶ qui a ses propres règles et qui, au niveau international, revêt une importance toute particulière.

L'arbitre est librement désigné par les parties. Cette désignation peut se faire a priori ou a posteriori. A priori, il s'agit d'une clause compromissoire qui montre que les parties se sont entendues pour soumettre leurs litiges éventuels à l'arbitre. A posteriori, il s'agit d'un compromis qui révèle que les contractants se sont mis d'accord pour soumettre à un arbitre leur litige présent et certain. Si la distinction entre ces deux stipulations s'avère utile au regard de certains droits nationaux¹⁵⁷, nous ne la ferons pas et c'est pour cela que nous utiliserons l'expression globale de convention d'arbitrage.

L'arbitre rend des sentences dont le respect s'impose aux parties. En cela surtout, il n'assure pas la même mission que le conciliateur (ou médiateur)¹⁵⁸. En effet, si la conciliation ou

156 Qui ne concerne donc que les contrats internationaux. Tout au long de notre étude nous présumerons que l'arbitrage a réellement un caractère international, ce qui est loin d'être le cas dans tous les cas. Pour une étude détaillée sur ce point, cf. Jacques Béguin "L'arbitrage commercial international", U. Mc. Gill, Montréal, 1987, pp. 66 S.

157 Le droit français notamment.

158 Il ne faut pas mésestimer le rôle du conciliateur qui permet parfois de faire accepter aux parties une solution amiable à leur litige. Or, en matière de contrats internationaux il est clair que l'adage selon lequel un "mauvais" compromis est meilleur qu'un bon procès va prendre toute sa signification. Cf. sur ce point l'étude remarquable de Michel Dubisson "La négociation d'une clause de règlement des litiges", D.P.C.I., 1981, pp.77-100.

la médiation consistent à soumettre un litige à une ou plusieurs personnes privées, il n'en reste pas moins que la solution décidée n'est pas impérative, c'est une simple proposition. Il s'agit d'une méthode de solution des conflits beaucoup plus hasardeuse que l'arbitrage.

Pour la même raison, l'expertise n'est pas un arbitrage. L'expert est nommé par un arbitre ou par un juge pour étudier tel ou tel aspect technique du conflit, sa conclusion n'a en principe aucune force contraignante, ce n'est qu'un témoignage.

Pourtant, face à la complexité de certains rapports contractuels et notamment des contrats de transferts de technologie, l'expert devient le personnage clé du procès public. En outre, si tout expert n'est pas arbitre, on s'aperçoit que, pour les mêmes raisons, beaucoup d'arbitres sont experts. La frontière entre l'expertise et l'arbitrage n'est donc pas toujours très nette. La notion même d'arbitrage commercial international est parfois difficile à cerner. Cependant la principale difficulté réside dans la multitude des sources juridiques régissant cette matière.

Paragraphe 2 / Sources du droit régissant l'arbitrage commercial international

On peut en distinguer de trois ordres: internationales (A), nationales (B) et transnationales (C).

A) Les sources internationales

On vise ici surtout les conventions internationales¹⁵⁹ en matière d'arbitrage international.

On peut en distinguer deux types possibles:

– celles qui visent à unifier aussi parfaitement que possible le droit de l'arbitrage commercial international en étant de véritables codes qui régissent tant la procédure, que la validité au fond, la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales. On s'est vite rendu compte de la difficulté qu'il y a à réaliser une telle convention. C'est pourquoi la Commission des Nations-Unies pour le droit du commerce international¹⁶⁰ a entamé en 1973, un processus qui a abouti à la création d'une loi uniforme non impérative, qui a été proposée aux États, et qui a valeur de "loi type" ou de "loi modèle". Ce projet de loi a été adopté par la CNUDCI le 21 Juin 1985¹⁶¹. Bien rédigé, il a connu un succès certain et quelques États ont déjà réformé leur législation pour s'en rapprocher¹⁶² le plus possible. Il constitue un idéal législatif international et

¹⁵⁹ Il existe aussi de nombreuses conventions bilatérales en cette matière. Leur étude étant trop fastidieuse, nous les laisserons de côté sans oublier pour autant qu'en pratique il peut être très utile de les consulter lorsqu'elles existent.

¹⁶⁰ C.N.U.D.C.I.: Commission des Nations Unies pour le Droit du Commerce International (en anglais: U.N.C.I.T.R.A.L.).

¹⁶¹ Pour le texte intégral, cf. Alain Prujiner, "Traité et documents internationaux usuels en droit du commerce international", W & L, 1992, p. 487.

¹⁶² Par exemple le Canada et plus particulièrement le Québec.

neutre vers lequel toute législation étatique a le devoir moral de tendre. Cette méthode est bonne et c'est un facteur d'harmonisation du droit non négligeable.

Dans la même optique, il existe la Convention de Genève du 21 Avril 1961¹⁶³ qui a reçu l'adhésion d'une vingtaine de pays européens et qui a pour but d'uniformiser le droit de l'arbitrage commercial international entre les pays d'Europe de l'Est et leurs voisins d'Europe de l'Ouest. Ses lacunes (elle ne couvre pas tout le droit de l'arbitrage et elle procède souvent par renvoi aux droits nationaux), et surtout son applicabilité "ratione loci" plus restreinte que le cadre de notre étude, font que nous n'étudierons pas cette convention, pour privilégier celle de New-York, beaucoup plus importante.

Il existe une deuxième espèce de convention internationale qui se contente d'assurer la reconnaissance et l'exécution des sentences étrangères. Ce faisant, elle s'attaque à la question la plus importante en matière d'arbitrage commercial international.

Il est donc normal que la Convention de New-York du 10 Juin 1958¹⁶⁴ sur la "reconnaissance et l'exécution"¹⁶⁵ des sentences arbitrales internationales", soit pour notre étude un texte majeur. Ceci d'autant plus que plus de 85 pays y ont adhéré (Canada, France, U.S.A., Royaume-Uni, ex-U.R.S.S., Allemagne, Chine, Japon, Mexique...).

A côté des sources internationales on trouve des sources nationales, internes.

B) Les sources nationales

La difficulté de cette matière est que ces sources internationales ne se suffisent pas à elles-mêmes et font trop souvent référence aux droits nationaux, niant de ce fait leur autonomie.

Celui qui se livre à une étude de l'arbitrage commercial international devrait donc normalement procéder à une étude systématique et comparative de chaque droit interne en ce domaine¹⁶⁶. Cela serait trop fastidieux, nous nous contenterons d'évoquer autant que faire se peut les droits anglais, canadien, français et des États-Unis d'Amérique.

C) Sources transnationales

¹⁶³ Pour le texte complet et l'état des ratifications, cf. Alain Prujiner, op. cit., p. 413

¹⁶⁴ Ou "Convention des Nations-Unies pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères". Pour le texte complet et l'état des ratifications, cf. Alain Prujiner, op. cit. p. 393 (reproduit en Annexe II).

¹⁶⁵ Bien que les termes "reconnaissance" et "exécution" ne soient pas tout à fait équivalents, nous ne nous lancerons pas dans une étude terminologique comparative. Nous utiliserons de préférence le terme "exécution" ("exequatur" en France, "homologation" au Québec).

¹⁶⁶ Si tant est qu'il existe dans chaque législation étatique un droit véritablement international de l'arbitrage commercial, ce qui est loin d'être le cas.

Elles sont transnationales¹⁶⁷ puisqu'elles ne dépendent en aucune manière du pouvoir législatif des États tant au plan interne qu'au plan international. Elles peuvent être mises à la disposition des contractants soit par des institutions internationales de droit public soit, plus généralement, par des institutions privées.

– Dans la première catégorie, il y a d'abord le règlement d'arbitrage de la CNUDCI¹⁶⁸ approuvé le 28 Avril 1976. Il propose une clause compromissoire type et surtout un règlement d'arbitrage type auquel les parties peuvent se référer. Ensuite il y a le règlement d'arbitrage du CIRDI¹⁶⁹ qui résulte de la Convention de Washington du 18 Mars 1965¹⁷⁰. Nous ne faisons que la citer puisque son domaine, les investissements internationaux, est en dehors de notre étude.

– Dans la seconde catégorie, on distingue en premier lieu les conventions arbitrales type. Il existe dans chaque grand secteur économiques ou dans chaque branche du commerce international, des associations corporatives de négociants¹⁷¹.

Dans le but de faciliter les négociations entre leurs membres, elles élaborent des contrats types ou des conditions générales de vente type. Or, sur l'ensemble de ces documents, on estime que la majorité d'entre eux contiennent une convention d'arbitrage. Cela indique, et nous nous efforcerons de dire pourquoi tout au long de notre étude, l'ampleur du "phénomène" arbitral, sa prépondérance en matière de commerce international.

On trouve ensuite les règlements d'arbitrage des institutions arbitrales. Ce sont des documents beaucoup plus importants puisque concernant uniquement l'arbitrage qui sont élaborés par des institutions permanentes d'arbitrage qui sont très nombreuses dans le monde¹⁷².

Lorsqu'une clause compromissoire renvoie à un tel règlement, elle peut être très brève puisque se référant à un document complet et détaillé qui prévoit toutes les modalités de l'arbitrage et qui appelle le fonctionnement d'une institution spécialisée.

Nous verrons que c'est peut-être l'une des raisons qui justifie le succès de l'arbitrage institutionnel et qui érige, de ce fait, le règlement d'arbitrage des centres permanents en véritable code privé de l'arbitrage commercial international.

En outre, il sera intéressant d'étudier dans quelle mesure cette source transnationale pourra devenir une règle transnationale, une composante de la "lex mercatoria", dont le respect

¹⁶⁷ Le terme "anational" est parfois aussi utilisé comme synonyme.

¹⁶⁸ Pour le texte complet, cf. Alain Prujiner, op. cit., p.519.

¹⁶⁹ Centre International Pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements

¹⁷⁰ Pour le texte complet et l'état des ratifications, cf. Alain Prujiner, op. cit., p. 413.

¹⁷¹ Voir par exemple l'Association de Londres pour le Commerce International des Céréales.

¹⁷² Les principales sont l'A.A.A. (American Arbitration Association), la Cour d'Arbitrage de Londres, la Cour d'Arbitrage de la Chambre de Commerce International de Paris (CCI).

s'imposera alors aux parties. Nous étudierons donc ce point.

L'arbitrage commercial international est, répétons le, un moyen de règlement des litiges très usité puisque, indépendamment de la nature du lien contractuel, il est préférable d'y recourir dès lors qu'un élément d'extranéité s'est introduit dans le contrat.

Paragraphe 3 / La convention d'arbitrage: la liberté de déterminer les modalités de l'arbitrage

Les parties peuvent choisir entre l'arbitrage "ad-hoc" ou l'arbitrage institutionnel¹⁷³.

L'arbitrage "ad hoc" est conçu et organisé spécialement pour un litige déterminé. Il présente de ce fait certains avantages: les parties peuvent choisir leur arbitre et lorsque le contrat a pour objet une vente "complexe", il peut être utile de choisir un ou des arbitres qui soient non seulement de bons juristes mais qui soient en plus capables de maîtriser certains problèmes purement techniques. En outre, le fait de choisir une personne pour régler un litige implique une certaine relation de confiance qui peut être utile aux deux parties au moment de l'exécution de la sentence. Ceci d'autant plus que le fait d'apprécier un arbitre, par exemple parce qu'il est une personne que l'on connaît, n'entraîne pas un risque de partialité dans son jugement. En effet, il est en général prévu que chaque partie nomme l'arbitre de son choix et que, d'un commun accord, ces deux arbitres en nomment un troisième qui devra être le plus neutre possible (souvent d'une nationalité différente). Bien sûr cette procédure peut se bloquer lorsque les parties ou les arbitres sont en désaccord ou s'abstiennent volontairement de choisir. Il sera donc sage de choisir une procédure de nomination supplétive qui s'appliquerait dans de telles hypothèses¹⁷⁴.

En fait, l'arbitrage ad hoc n'est recommandé que si les parties font preuve d'une grande prudence. Il faut en effet suivre les conseils de Jean Thieffry¹⁷⁵, et adopter une clause ou un règlement existant et publié¹⁷⁶, s'adresser à un conseil spécialisé en arbitrage et faire désigner un arbitre accoutumé aux arbitrages. Le risque d'irrégularité de la procédure ou de la sentence est ainsi fortement diminué.

¹⁷³ Sur le contenu de la clause compromissoire cf. Piero Bernardini "The Arbitration Clause of an International Contract", *Jour. of Int. Arbitration*, 1992, pp. 45-69.

¹⁷⁴ C'est ainsi par exemple que le droit français prévoit dans l'article 1493 du NCPC que "si, pour des arbitrages se déroulant en France ou pour ceux à l'égard desquels les parties ont prévu l'application de la loi de procédure française, la constitution du tribunal arbitral se heurte à une difficulté la partie la plus diligente peut, sauf clause contraire, saisir le président du T.G.I. de Paris..." qui procédera à la nomination des arbitres.

¹⁷⁵ Jean Thieffry et Chantal Granier "La vente internationale", *op. cit.*, pp. 159 S.

¹⁷⁶ Il existe des clause d'arbitrage type mises au point par des groupements professionnels et des règlements d'arbitrage publiés n'appartenant pas à une institution. Le plus célèbre est celui de la CNUDCI ("UNCITRAL arbitration rules").

L'arbitrage institutionnel est de plus en plus utilisé¹⁷⁷. Il s'agit pour les parties de faire appel à un organisme permanent institutionnel d'arbitrage qui dispose de son propre règlement procédural. L'un des plus célèbres, à l'heure actuelle est peut-être la Cour d'Arbitrage de la Chambre de Commerce International¹⁷⁸ dont le secrétariat central est situé à Paris mais qui dispose d'"antennes" dans le monde entier¹⁷⁹.

Pour les parties il existe un double avantage:

– La clause compromissoire n'a plus à être longuement négociée et très détaillée puisqu'il suffit qu'elle fasse expressément référence au règlement d'arbitrage éprouvé et efficace de l'institution. Cela permet en outre d'éviter certaines maladroites procédures qui pourraient compromettre une demande d'exécution de la sentence.

– Les centres permanents d'arbitrage disposent, en général, de listes d'arbitres spécialisés et bien sélectionnés qui seront soumises aux parties pour qu'elles y fassent leur choix¹⁸⁰.

Comme nous venons de le voir, les parties sont libres de déterminer les modalités de leur arbitrage. Mais le sont-elles de recourir à ce mode de règlement de leurs différends dans tous les cas et, surtout, ce choix sera-t-il toujours efficace?

Section 2) La liberté de recourir à l'arbitrage

Ici, le principe est la liberté de recourir à l'arbitrage en cas de litige. Si ce principe se fonde sur l'idée de transcendance absolue de l'autonomie de la volonté que la quasi totalité des législations nationales met en exergue, il va se heurter à un autre principe aussi très important: celui du monopole de la justice d'État. On perçoit dès lors la relativité de la clause compromissoire.

Paragraphe 1 / Le droit commun

Remarquons tout de suite qu'en général le droit international tend à favoriser l'arbitrage

¹⁷⁷ Sur les avantages et inconvénients des deux méthodes voir Antoine Kassis "Problème de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international", Tome I, "Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel", LGDJ, 1987.

¹⁷⁸ Il existe d'autres centres permanents d'arbitrage très importants comme par exemple la Cour d'Arbitrage de Londres, la Chambre de Commerce de Stockholm.

¹⁷⁹ Dans le langage courant on parlera de "clause C.C.I." pour viser la stipulation contractuelle qui donne compétence à cette institution pour organiser l'arbitrage.

¹⁸⁰ Il existe des organismes spécialisés d'arbitrage en matière de transfert de technologie comme, par exemple, l'Institut Technico-industriel de Stockholm ou l'Institut de Zurich.

alors que le droit interne est plus restrictif¹⁸¹. Pourquoi?

Comme nous le démontrerons plus loin¹⁸², l'arbitrage est utile au commerce international et il est donc dans l'intérêt des États qui veulent favoriser leurs exportations d'en admettre largement le recours.

Néanmoins, tout n'est pas arbitral. Sur ce point deux questions se posent:

– Qui décide de l'arbitrabilité d'un litige? Il est de principe qu'un arbitre a compétence à statuer sur sa propre compétence et il n'est pas rare que celui-ci se pose cette question¹⁸³. Les juridictions d'État auront aussi parfois à statuer sur ce problème lorsqu'elles devront se prononcer sur la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence internationale.

– Selon quelle loi peut-on apprécier l'arbitrabilité d'un litige? La réponse à cette question doit se faire par l'étude successive de la Convention de New-York de 1958 (A) puis par celle des différents droits nationaux¹⁸⁴ (B).

Nous verrons que, bien que n'ayant pas pour vocation première de déterminer si oui ou non un litige est arbitral, la Convention de New-York doit nécessairement aborder ce problème pour atteindre son objectif. Nous verrons de plus que cette convention laisse jouer aux droits nationaux un rôle beaucoup trop important. A la différence de la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises, celle de New-York n'est pas parvenue à créer un droit uniforme pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. C'est pourquoi une étude des différents droits nationaux s'impose en ce domaine.

A) La Convention de New-York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères

Malgré ses lacunes et ses renvois incessants aux droits nationaux, cette Convention demeure très importante. Ainsi, une étude détaillée au-delà du cadre strict tenant en la problématique que nous nous sommes fixée, s'impose. Le problème des limites à la liberté de compromettre sera donc abordée de façon incidente.

Voyons donc le champ d'application (1), puis le contenu (2) de cette convention.

¹⁸¹ Cf. Jacques Béguin "L'arbitrage commercial international", Univ. Mc. Gill, Institut de droit comparé, 1987; René David "Le droit du commerce international", *Economica*, 1987, n.110 et suiv.

¹⁸² Cf. infra pp. 100 S et pp. 109 S.

¹⁸³ Cf. Matthieu De Boissésou "Le droit français de l'arbitrage interne et international", Ed. Joly, 1990, pp.488 et suiv.

¹⁸⁴ Nous étudierons succinctement le droit de l'arbitrage commercial international de quatre pays: le Canada, les États-Unis, la France et l'Angleterre.

1/ Champ d'application

Il est défini de la manière la plus large possible puisque la convention s'applique dès qu'il s'agit, pour un juge national, de reconnaître ou de donner force exécutoire à une sentence rendue sur le territoire d'un autre État. Il convient toutefois de relativiser son étendue puisqu'en pratique, beaucoup d'État ont adhéré avec des réserves de réciprocité: ils n'appliquent la convention que si la sentence a été rendue sur le territoire d'un État contractant (réserve de l'article I par.3). Il est aussi intéressant de constater que l'applicabilité "ratione materiae" de la convention est illimitée: elle s'applique à toutes les conventions d'arbitrage quelle que soit la nature du contrat dans lequel elles sont insérées, avec pour seule limite la notion d'inarbitrabilité de certains litiges.

2/ Contenu

La Convention distingue deux étapes: la reconnaissance des conventions d'arbitrage contenues dans des contrats internationaux (a), la reconnaissance de l'autorité des sentences étrangères et l'exécution des sentences étrangères (b).

a) La reconnaissance des conventions d'arbitrage étrangères

Selon l'article II, alinéa premier, les États contractants ont l'obligation de reconnaître les conventions d'arbitrage étrangères lorsque les conditions sont réunies. Le principe de liberté de recourir à l'arbitrage est donc bien de droit positif international. Il faut cependant tenir compte des conditions de forme de la convention (i) et de l'inarbitrabilité de certains litiges (ii).

i) La forme de la convention d'arbitrage

La Convention exige une clause d'arbitrage écrite¹⁸⁵, tout en interprétant très restrictivement cette obligation puisqu'elle ajoute que la convention d'arbitrage est écrite dès lors qu'elle résulte d'un simple échange de lettres voire de télégrammes.

ii) Les limites de l'arbitrabilité

Sans pour l'instant décrire pour quels motifs un juge pourra invalider une convention d'arbitrage, il est doré et déjà possible d'affirmer qu'en vertu de l'article II, alinéa 3, cette faculté lui est largement fermée: il est en principe tenu de reconnaître toute sa force à cette convention. La conséquence majeure de cette obligation est son incompétence absolue de trancher un litige s'il

¹⁸⁵ Article ii alinéa premier: "Chacun des États contractants reconnaît la convention écrite par laquelle...". Il est à noter qu'en outre, beaucoup de lois nationales ont la même exigence. Cf. Jean Thieffry "L'exécution des sentences arbitrales, éléments de droit comparé", Rev. Arb. 1983, p. 423.

est directement saisi par l'une des parties alors que l'autre (ou l'une d'entre elles) conteste sa compétence d'attribution¹⁸⁶. Seul l'arbitre est compétent.

En outre, même lorsqu'il sera saisi de la reconnaissance ou de l'exécution d'une sentence, il lui est interdit de refaire le procès arbitral en réexaminant le fond de l'affaire. Il n'a aucune compétence pour cela.

b) La reconnaissance de l'autorité et l'exécution des sentences étrangères

Le but de la Convention a été d'alléger les contraintes procédurales et de fond pour faciliter au maximum la reconnaissance et l'exécution des sentences étrangères afin d'assurer l'efficacité de l'arbitrage commercial international. Pour ce faire, elle dispose trois séries de mesures:

– En premier lieu, dans un louable souci de consensus, elle laisse chaque État contractant libre d'organiser sa propre procédure en ce domaine (article III). Cependant elle leur fixe des limites et l'article III dispose: "Il ne sera pas imposé, pour la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales... de conditions sensiblement plus rigoureuses, ni de frais de justice sensiblement plus élevés que ceux qui sont imposés pour la reconnaissance ou l'exécution des sentences nationales". Malgré cette obligation, on peut déplorer l'insuffisance de la Convention de New-York sur ce point qui ne parvient pas à réaliser une véritable uniformisation de la procédure de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales étrangères. En effet, même si certains États comme la France et le Québec ont adopté des procédures spécifiques et très peu contraignantes, il n'en demeure pas moins que d'autres peuvent ne pas faire de même et que dans tous les cas cette solution oblige les opérateurs du commerce international à consulter au préalable le droit interne d'un État pour obtenir l'exécution d'une sentence les concernant.

– En second lieu, la Convention veut alléger le régime des preuves nécessaires à la reconnaissance d'une sentence arbitrale étrangère. Ce but est largement atteint puisque celui qui invoque l'exécution d'une sentence devra seulement produire la convention d'arbitrage (d'où la nécessité de la rédiger par écrit), ainsi que la sentence arbitrale. S'il s'agit de copies, elles devront être authentifiées, et si les documents sont rédigés dans une langue étrangère à celle du pays d'accueil, on doit y joindre une traduction certifiée.

– En troisième lieu, et c'est ici que l'on apportera une réponse précise à la question de la non arbitrabilité éventuelle d'un litige, la Convention de New-York détermine dans quels cas le juge saisi pourra refuser de donner force exécutoire à une sentence étrangère. Elle impose cinq causes légitimes de refus (i) et en donne deux aux États contractants (ii):

¹⁸⁶ Le juge, dans la quasi totalité des pays, ne peut soulever d'office son incompétence en vertu d'une clause compromissoire.

i) Les causes de refus imposées par la Convention

– La première découle de l'article V par.1 a) qui dispose d'une part qu'est invalide la convention d'arbitrage passée par un incapable et, d'autre part, lorsqu'elle est nulle en tant que contrat. Cette disposition est à condamner, car une fois de plus elle renvoie les parties à la loi nationale: c'est la loi personnelle qu'il faudra consulter pour savoir si telle ou telle partie était capable de compromettre¹⁸⁷, c'est la loi d'autonomie qui nous dira si en tant que contrat la convention d'arbitrage est nulle¹⁸⁸.

– Deuxième cause: la Convention, dans son article V par.1 b) dispose deux hypothèses de refus qui correspondent à la violation du principe du contradictoire. La première hypothèse vise la non information pure et simple d'une partie de l'ouverture d'une procédure d'arbitrage. La seconde envisage le cas où, bien qu'informée, une partie n'a pas pu de bonne foi faire valoir ses arguments. Le fond de cette disposition n'est pas critiquable alors qu'encore une fois son imprécision l'est puisqu'elle contraint le juge à raisonner selon sa propre loi.

– Troisième cause: l'article V par.1 c) vise l'hypothèse où l'arbitre a tranché "ultra petita". La compétence de l'arbitre repose sur la convention d'arbitrage. Si celle-ci limite l'étendue du litige qui peut lui être soumis, il doit s'incliner. Cependant, dans la mesure où cela n'ôte pas toute cohérence à la sentence, le juge doit en prononcer l'exécution partielle: la sentence n'est à écarter que sur le point du litige qu'elle n'avait pas vocation à régir.

– Quatrième cause: l'article V par.1 d) permet le refus pour irrégularité de la procédure arbitrale. Ce qui est intéressant c'est que le juge doit vérifier cette irrégularité au regard de la convention d'arbitrage elle-même. Il faut donc recommander aux parties la plus grande précision en matière de rédaction de cette convention s'ils veulent éviter qu'un droit national n'ait vocation à

¹⁸⁷ Sur ce point les droits nationaux sont loin d'être harmonisés. On peut citer en exemple le droit français qui considère le non commerçant comme étant incapable de s'engager en vertu d'une clause compromissoire. Précisons d'ailleurs que le droit français n'est pas isolé ici, puisque lors des négociations, il a été réclamé et obtenu par de nombreux États une possibilité d'adhésion à la convention sous réserve de commercialité.

¹⁸⁸ Notons tout de même que sur ce second point, la Convention de New-York a au moins eut le mérite de prévoir un mécanisme supplétif de désignation de la loi applicable. Si les parties n'ont choisi aucune loi, on appliquera celle du lieu où la sentence a été rendue. Il faut en outre remarquer que, dans la plupart des législations nationales, la nullité du contrat n'entraîne pas automatiquement celle de la clause compromissoire qu'il contenait. Ceci en vertu du principe d'autonomie de cette clause. Cf. Henri Batiffol, op. cit., pp.146 s.

régir leurs lacunes.

– Cinquième cause: l'article V par. 1 e) impose que la sentence soit obligatoire. Ainsi, elle ne pourra pas être exécutée si elle a déjà fait l'objet d'un recours à l'issue duquel elle a été annulée. Il en est de même lorsqu'elle est suspendue, c'est-à-dire lorsque l'effet suspensif d'une voie de recours (suivant les droits procéduraux nationaux) dont elle a fait l'objet lui a ôté toute force exécutoire.

ii) Les causes de refus de reconnaissance de la sentence étrangère laissées à l'appréciation des pays contractants

C'est ici peut-être, que se manifeste de la façon la plus ostentatoire l'insuffisance de la Convention puisqu'elle laisse une totale liberté aux États.

– Dans un premier temps, elle prévoit (article V par.2) une possibilité de refus légitime de reconnaissance de la sentence pour défaut d'arbitrabilité. Dans le droit du pays d'accueil (pays dans lequel on demande l'exécution de la sentence) l'objet du litige n'est pas arbitral. Ce renvoi aux droits nationaux peut être très délicat à mettre en oeuvre dans les pays qui ont opté pour une législation duale. Prenons le cas de la France: sur le plan de l'arbitrage interne à sa législation est très précise et énonce de nombreux cas d'inarbitrabilité (dus soit à la qualité des parties soit à la nature du litige¹⁸⁹). En revanche, sa législation consacrée uniquement à l'arbitrage international ne reprend pas toutes les causes d'inarbitrabilité que le droit interne dispose. Seul l'article 1498 de nouveau Code de procédure civile dispose que "les sentences sont reconnues en France si... cette reconnaissance n'est pas manifestement contraire à l'ordre public international". On peut considérer que les règles spéciales étant d'interprétation stricte (si tant est que la réglementation de l'arbitrage international puisse être considéré comme une réglementation spéciale dérogeant au droit commun de l'arbitrage interne), il ne faut pas tenir compte des règles d'inarbitrabilité de droit interne pour se référer uniquement à la notion incertaine d'ordre public international.

– Ensuite, elle donne aux pays d'accueil la même possibilité pour le cas où l'exécution d'une sentence heurterait son ordre public (article V par. 1 b). Bien sûr il s'agit ici de sa conception de l'ordre public au sens du droit international privé, beaucoup plus restrictive en général, que celle au sens de son droit interne mais souvent très floue¹⁹⁰.

¹⁸⁹ Cf. l'étude détaillée de Jean Robert "L'arbitrage, droit interne, droit international privé", 5 Ed., 1983, Dalloz, pp.11 s.

¹⁹⁰ Cf. Jean Robert, op. cit., pp. 350 et suiv. pour un étude de la conception française de l'ordre public international.

L'étude de la Convention de New-York rend nécessaire la description des droits nationaux.

B) Les droits nationaux

Nous envisagerons successivement et de façon très succincte les droits de l'arbitrage commercial international de la France, de l'Angleterre, des États-Unis d'Amérique et du Canada.

1/ Le droit français

Le droit français a été réformé par un Décret du 12 Mai 1981 (articles 1492 à 1507 du NCPC) qui a créé un droit autonome de l'arbitrage commercial international.

Ce droit, qui s'inspire de la Convention de New-York et du règlement d'arbitrage élaboré par la CNUDCI, est plus libéral que ses sources. En respectant la volonté des parties, en reconnaissant la validité des conventions d'arbitrage le plus possible, en assurant l'efficacité des sentences internationales, il donne à l'arbitrage commercial international un maximum d'intérêt pour les parties¹⁹¹.

2/ Le droit anglais

Ce droit ne connaît pas la dualité consacrée par le droit français. Sous l'empire de "l'Arbitration Act" de 1950, l'arbitrage se déroulait sous une certaine tutelle du juge: d'une part, une partie pouvait soumettre à la "High Court" toute question de droit par la procédure du "special case", d'autre part, les juridictions pouvaient procéder à une révision au fond de la sentence arbitrale et, le cas échéant, l'annuler pour erreur de fait ou de droit.

"L'Arbitration Act de 1979" est venu rendre son autonomie à l'arbitrage en supprimant le "special case" et en réduisant sensiblement les pouvoirs de contrôle des juridictions sur les arbitrages commerciaux¹⁹².

On peut cependant affirmer que le droit anglais est moins libéral que son homologue français alors que l'Angleterre a elle aussi ratifié la Convention de New-York¹⁹³.

3/ Le droit des États-Unis d'Amérique

¹⁹¹ Pour une étude détaillée, voir le Traité de Matthieu de Boissésou, op. cit. pp. 420 et suiv.

¹⁹² Pour une étude détaillée du droit anglais sur ce point, voir Mark S.W. Hoyle "The Law of International Trade", 2ème éd. 1985, pp. 377 et suiv.

¹⁹³ Ceci est tellement vrai qu'une réforme du droit de l'arbitrage s'inspirant de la loi modèle de la CNUDCI est revendiquée (en vain) par certains. Cf. Sir Michael Mustill "Vers une nouvelle loi anglaise sur l'arbitrage", Rev. Arb., 1991, pp. 383-417.

C'est le "Federal Arbitration Act" de 1925 modifié par la loi du 31 Juillet 1970, qui régit l'arbitrage international aux États-unis. La jurisprudence fédérale a favorisé l'arbitrage mais cette matière étant de compétence provinciale, il subsiste des disparités entre les États. C'est ainsi que certains États¹⁹⁴ ont décidé d'édicter leur propre législation en s'inspirant largement de la loi type élaborée par la CNUDCI¹⁹⁵.

4/ Le droit canadien

L'adhésion du Canada à la Convention de New-York (par une loi du 10 août 1986) a été le point de départ d'un vaste mouvement de refonte juridique en matière d'arbitrage commercial international. D'abord, toutes les provinces ont entériné la décision d'adhésion prise par le pouvoir fédéral. Ensuite, elles ont toutes élaboré des législations complètes en ce domaine en s'inspirant elles aussi de la loi type publiée par la CNUDCI¹⁹⁶.

Il est donc aujourd'hui possible d'affirmer qu'ici le droit canadien est harmonisé et libéral¹⁹⁷.

Ce panorama des sources du droit de l'arbitrage commercial international, bien que non exhaustif, permet néanmoins de tirer deux conclusions importantes:

– La Convention de New-York de 1958 le dispose incidemment: les parties à un contrat international sont libres de recourir à l'arbitrage pour trancher un éventuel litige. La convention d'arbitrage est donc valable.

– Face à la disparité des législations nationales tant sur le plan de la possibilité d'arbitrer un litige que sur celui de la reconnaissance et de l'exécution d'une sentence étrangère, la clause compromissoire est fragilisée, sa portée devient incertaine.

C'est ainsi que dans un souci d'efficacité, il faut recommander aux parties d'être très attentives lors de la rédaction de leur convention d'arbitrage: d'abord, elles devront prévoir une procédure d'arbitrage détaillée et juste, soit directement soit par référence à un règlement d'arbitrage¹⁹⁸, pour éviter qu'au cours d'une demande d'exécution d'une sentence le juge l'annule pour, par exemple, violation du principe du contradictoire. Ensuite, elles auront intérêt à choisir

¹⁹⁴ Par exemple la Floride, la Californie, la Georgie, Hawaii.

¹⁹⁵ Pour une étude plus détaillée, cf. l'article de Lécuyer et Thieffry, *Rev. Arb.*, 1989, p. 43.

¹⁹⁶ Cf. L. Kos, Rabaciewicz, Zubkowski "International Commercial Arbitration Laws in Canada", *Journ. of Int. Arb.*, 1988, p. 43 et p. 165.

¹⁹⁷ Pour le Québec et la "loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile en matière d'arbitrage" entrée en vigueur le 11 Nov. 1986, cf. Sabine Thuilleaux "L'arbitrage commercial au Québec, droit interne, droit international privé", Ed. Y. Blais, 1991.

¹⁹⁸ Celui de la Cour d'Arbitrage de la Chambre de Commerce International par exemple.

une loi nationale très libérale pour régir le fond de leur litige. Sur ce point, les lois française et québécoises constituent des exemples de lois à choisir (voir à suivre).

Néanmoins, lorsqu'une partie refuse d'exécuter une sentence et qu'il faut en demander l'exécution à son juge national, il subsiste deux risques majeurs qui conduisent à un refus. Le premier a trait à l'ordre public international selon la conception qu'en a chaque État: une sentence peut la heurter et être sans effet. Le second a trait à l'inarbitrabilité de certains litiges en raison de la nature même du conflit. Si ce danger n'existe presque pas dans les simples ventes internationales, il est en revanche beaucoup plus présent dans les contrats internationaux de ventes complexes dans lesquels la vente n'est qu'un élément à côté des prestations de service, des licences de marques, des concessions de brevets...

Paragraphe 2 / La spécificité de certains contrats internationaux en matière d'arbitrabilité

Elle découle de deux ordres d'éventualités: la présence de personnes de droit public présentes à de tels contrats (A), la nature du litige qui peut toucher à des droits d'ordre public d'un État tels le droit de la concurrence ou le droit de la propriété intellectuelle (B).

A) La spécificité en raison de la qualité des parties

L'enjeu économique de certains contrats de vente internationale est tel qu'il n'est pas rare d'avoir comme contractant une, ou plus souvent, plusieurs personnes privées et une personne publique. Ainsi, de nombreux accords industriels passés avec des pays en voie de développement se négocient au plus haut niveau de la hiérarchie et se concluent souvent avec l'État. Or, dans la plupart des législations nationales, il existe des règles permettant à l'État de refuser d'exécuter une sentence arbitrale, en toute impunité¹⁹⁹. Il peut en effet invoquer son incapacité à compromettre (cas de la France), l'inarbitrabilité du litige en raison des prérogatives de puissance publique qui sont en cause. Il peut en outre se prévaloir, en dernier lieu, de son immunité d'exécution²⁰⁰.

– Qu'en est-il dans les textes de droit interne ?

En France, l'article 2060 du Code civil dispose qu'"on ne peut compromettre...sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics" (a fortiori, l'État est donc exclu du champ de l'arbitrage). Cependant une loi du 9 Juillet 1975 est intervenue pour

¹⁹⁹ Pour les Collectivités locales cela est moins vrai (voir par exemple le cas de la France où une telle personne peut valablement s'engager dans une Convention d'arbitrage) en général.

²⁰⁰ Cf. Pierre Yves Tschanz "Contrats d'État et mesures unilatérales de l'État devant l'arbitre international", Rev. Crit. de Dr. Int. Privé, 1985.48.

habiliter le gouvernement à autoriser par Décret certaines catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial à compromettre. Cette loi n'a que très rarement été utilisée.

Au Québec en revanche, il semble que le principe soit inverse. En effet, dans l'arrêt "Sporshing c. la Caisse des dépôts et placements du Québec"²⁰¹ la Cour Suprême canadienne affirme que l'État est soumis au droit commun lorsqu'il poursuit des activités commerciales. Il peut donc valablement compromettre.

– Qu'en est-il dans les textes du droit international ?

La France s'est aperçue que le maintien de la règle de droit interne en droit international aurait pour effet de lui être préjudiciable sur le plan du commerce extérieur. En effet, cette impossibilité de recourir à l'arbitrage, guère appréciée par l'autre partie, aurait placé les établissements publics à caractère industriel et commercial, l'État lui-même, dans une position d'infériorité au moment de la négociation de transactions internationales. C'est sans doute ce qui explique l'audace de la Cour de Cassation qui, dans le célèbre arrêt "Galakis"²⁰², a pris la responsabilité de décider que, dès l'instant qu'il s'agit d'une relation relevant du commerce international, la faculté de compromettre était ouverte pour l'État, pour les Collectivités locales et pour les établissements publics. Cette jurisprudence démontre clairement l'attitude du juge français qui se montre beaucoup plus libéral lorsque le rapport contractuel qui lui est soumis comporte un élément d'extranéité. C'est ainsi qu'un texte considéré d'ordre public en droit interne sera généralement exclu de la conception française de l'ordre public international.

Si cette attitude est louable, elle le serait d'avantage en faisant preuve de précision en définissant la notion d'ordre public international.

De même, est-il troublant de penser qu'un arrêt de principe aussi important, considéré de droit positif, n'ait pas été intégré dans la réforme du 12 Mai 1981²⁰³ ou ultérieurement dans un texte inséré au NCPC.

Pour ce qui est des conventions internationales, on constate que la Convention de Genève de 1961 donne, elle aussi, compétence aux États en matière d'arbitrage²⁰⁴.

²⁰¹ (1988) 2 R.C.S. 1015 conf. (1985) C.A. 164.

²⁰² Cass. Civ. 2 Mai 1966, D.1966.575, note Level.

²⁰³ Cela fut impossible à cause du fondement juridique de la réforme: elle fut imposée par un décret, alors qu'il aurait fallu une loi.

²⁰⁴ Cela se justifie par l'objectif de la Convention qui était de faciliter l'arbitrage entre les pays d'Europe Occidentale et leurs opérateurs privés, et les pays d'Europe de l'Est et l'omniprésence des personnes morales de droit public.

De même la Convention de Washington de 1965, qui a créé le CIRDI et un système d'arbitrage en matière d'investissements dans les relations entre les pays développés et les pays en voie de développement²⁰⁵, précise que les parties peuvent être des États ou des Collectivités publiques.

Enfin, on peut constater que les autres documents internationaux sont beaucoup plus flous et ne désignent les parties à l'arbitrage que sous les appellations imprécises de "parties au contrat" ou "parties à l'arbitrage". Cependant, on peut considérer que le principe reste le même: la faculté de compromettre des personnes morales de droit public est un principe général du droit international²⁰⁶.

Malgré ce principe, ces personnes peuvent toujours se prévaloir de leur immunité d'exécution (on ne peut exercer de voie d'exécution à leur rencontre). Il faut quand même conseiller aux personnes privées qui contractent avec un État étranger d'insérer dans leur accord une clause compromissoire car, comme nous l'affirme M. Fouchard²⁰⁷, *"les difficultés ne seront certainement pas plus grandes qu'en l'absence de cette clause, car alors ce serait les juridictions nationales – et lesquelles ? – qui devraient conserver leur compétence"*.

Quid lorsque le litige met en jeu certaines catégories de droit ?

B) La spécificité en raison de la nature du litige

Même si nous étudions la vente internationale, force est de constater que souvent, et comme nous l'avons déjà affirmé, la vente n'est pas l'objet essentiel de certains contrats internationaux. Sans nous lancer dans une étude de ce type de contrat²⁰⁸, disons simplement que les clauses d'exclusivité qu'ils renferment parfois peuvent heurter un droit de la concurrence, et que les droits conférés aux bénéficiaires sont quelques fois des droits de propriété intellectuelle.

Il devient dès lors intéressant d'étudier brièvement les pouvoirs des arbitres en matière de droit de propriété intellectuelle (1), et de droit de la concurrence (2).

1/ Arbitrage et droit de propriété intellectuelle

Les législations concernant les brevets d'invention et le droit des marques sont spécifiques car fortement imprégnées d'ordre public. La notion même de brevet, titre délivré par l'État, conférant un monopole d'exploitation exclusif d'une invention, milite pour cette thèse. L'idée est

²⁰⁵ Cf. D.H. Bliesner "La compétence du CIRDI dans la pratique arbitrale", Rev. Drt. Int. et Drt. Comp., 1991, pp. 95-134.

²⁰⁶ Cf. Jacques Béguin, op. cit., p. 120.

²⁰⁷ "Les clauses compromissoires dans les accords industriels internationaux" in "L'accord industriel international", Faculté des sciences juridiques de Rennes, 1975, pp. 61 et suiv.

²⁰⁸ Tels les contrats de distribution, par exemple.

que l'on a du mal à concevoir qu'un monopole accordé par l'État puisse être contesté par un juge non étatique. C'est ainsi que, sans entrer dans une étude systématique des différents droits nationaux sur ce point qui serait pourtant nécessaire²⁰⁹, on peut affirmer qu'en général, toutes les questions relatives à la délivrance, l'annulation²¹⁰ et la propriété du brevet ne sont pas arbitrables. De même, en matière de droit des marques et pour les mêmes motifs, l'action en contrefaçon ne peut, en général, faire l'objet d'un arbitrage.

En revanche, et dans la mesure où ces questions ne sont pas soulevées, un litige survenant dans le cadre de l'exploitation du brevet est arbitral parce que cette exploitation est aménagée par les parties sur une base contractuelle²¹¹.

Donc en matière de contrat de transfert de technologie, on peut affirmer en schématisant que toute contestation d'un droit ou d'une obligation fondée sur une décision administrative est inarbitral et, qu'à l'inverse, le contentieux relevant de l'inexécution d'une stipulation contractuelle ou d'une obligation essentiellement contractuelle est susceptible d'être tranché par l'arbitre.

En outre, la notion de monopole d'exploitation que confère un brevet permet de penser que, parfois, un litige en ce domaine intéressera le droit de la concurrence.

2/ Arbitrage et droit de la concurrence

Le droit de la concurrence est lui aussi fortement imprégné d'ordre public puisqu'il existe pour mettre en échec certaines stipulations contractuelles, voire certaines pratiques unilatérales.

Pourtant en ce domaine l'arbitrage est beaucoup mieux accepté²¹². Ainsi, en Europe par exemple, tant le droit communautaire de la concurrence que les différents droits des États membres²¹³ donnent la possibilité aux parties de soumettre à un arbitre un litige portant, de manière incidente ou principale, sur la violation du droit de la concurrence. En échange, les arbitres doivent faire une application effective et sérieuse des dispositions en ce domaine. Ils doivent par exemple "faire respecter l'ordre public européen de la concurrence"²¹⁴. On peut en

²⁰⁹ Pour le droit français cf. Bruno Oppetit "L'arbitrage en matière de brevets d'invention après la loi du 13 Juillet 1978", Rev. Arb. 1979.83.

²¹⁰ Il est à noter que le droit des U.S.A. admet que les questions relatives à la validité du brevet soit soumise à un arbitre.

²¹¹ Donc, ce sera le cas a fortiori lorsque le contrat a pour objet un transfert de "Know-how" non breveté.

²¹² Pour une démonstration détaillée de cette affirmation cf. Charles Kaplan "L'arbitrabilité des litiges commerciaux en matière de droit de la concurrence", (C.E.E. et États Unis), D.P.C.I., 1988, pp.427-450.

²¹³ Cf. Mathieu de Boissésou, op. cit., p.589.

²¹⁴ Cf. Kovar "Droit communautaire de la concurrence et arbitrage", Études Goldman, 1982, pp.

conclure qu'ici l'arbitre est en "liberté surveillée" puisqu'il peut appliquer des dispositions d'ordre public sous réserve de les respecter. Cela suppose donc un certain contrôle au fond des sentences arbitrales par les juges étatiques.

Après avoir étudié dans quelle mesure il était possible de recourir à l'arbitrage en matière de contrats internationaux, il est important de décrire concrètement de quelle façon ce recours va devoir s'opérer pour être le plus efficace possible.

De plus, après avoir étudié les problèmes liés à la possibilité ainsi qu'à la manière de recourir à l'arbitrage, il faut maintenant s'interroger sur les raisons qui poussent les parties à ce mode de résolution des conflits internationaux.

CHAPITRE II] Les effets du recours à l'arbitrage commercial international

Pour répondre à cette question, il faut se placer successivement sur deux plans: il faut d'abord se demander pourquoi les parties à un contrat international ont recours à l'arbitrage, quel est leur intérêt (Section 1). Il faut ensuite se demander dans quelle mesure l'arbitrage peut contribuer à promouvoir des règles uniformes applicables aux contrats internationaux. L'arbitre oeuvre-t-il dans l'intérêt du commerce international en général (Section 2)?

Section 1) Avantages et inconvénients de l'arbitrage commercial international pour les contractants

D'un point de vue fonctionnel, il est clair que l'arbitrage constitue un mode de résolution des litiges plus pratique pour les parties (Paragraphe 1). Il permet en outre d'obtenir une décision efficace sur un territoire étranger (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 / L'arbitrage est plus fonctionnel que la justice d'État

Nous avons déjà vu que l'arbitrage permettait une relation de confiance entre les parties et leur juge et était source de décisions plus adaptées à certains litiges du fait de leur spécificité.

En outre, il semble que l'arbitrage ait trois avantages sur la justice d'État: Il est plus rapide (A), moins formaliste (B) et plus discret (C).

Il n'en reste pas moins que son coût élevé peut décourager certaines personnes d'y avoir recours (D).

A) Plus de rapidité

Dans beaucoup de pays, les procès judiciaires sont très longs parce que les tribunaux sont surchargés de travail (ils sont encombrés), mais aussi parce que les parties abusent parfois des voies de recours qui leur sont ouvertes dans un but dilatoire. En revanche, l'arbitre est désigné

109 et s., pour une critique de cette solution qui donne aux arbitres trop de pouvoir.

pour un litige déterminé. Le risque d'encombrement est de ce fait impossible. De plus, les voies de recours à l'encontre d'une sentence arbitrale sont en général plus fermées qu'en matière de décisions judiciaires.

On peut toutefois nuancer ce point de vue en considérant que, parfois, c'est la complexité du litige qui nécessite le recours à des experts et qui rendra la procédure de jugement plus longue. Dans cette hypothèse, l'arbitre ne sera pas beaucoup plus rapide qu'un juge étatique.

B) Moins de formalisme

Dans les États, les règles de procédure civile sont en général contraignantes (respect des délais et des formes) et même si ces derniers ont pris conscience de ce problème, il est clair qu'on ne peut réduire à l'extrême le formalisme qui sert souvent à garantir les droits des parties.

Les arbitres sont plus proches des parties et, de ce fait, le procès arbitral est plus convivial, plus adapté au litige. Ainsi, l'arbitre organise en général une procédure souple, directe, qui, sous réserve de respecter le principe du contradictoire, sera quand même très efficace.

C) Plus de discrétion

Pour les opérateurs du commerce international, c'est là un avantage considérable²¹⁵. Contrairement au procès judiciaire qui implique dans tous les cas un minimum de publicité (cela est lié à l'idée même de justice publique), l'arbitrage peut être totalement secret. Cela permet aux parties d'éviter au maximum le risque de divulgation de leurs secrets, qu'ils soient techniques ("Know-How") ou commerciaux (technique de commercialisation de produits, noms et adresses de certains fournisseurs ou de clients...).

En outre, lorsqu'un litige révèle que telle partie connaît des difficultés financières ou que tel produit est défectueux, on comprend aisément que le secret soit recherché. On peut enfin considérer que le secret permet à un litige de ne pas s'envenimer en permettant que ce dernier ne dégénère pas en guerre commerciale ou en guerre de publicité. Seules les parties impliquées sont concernées et l'issue du litige n'en sera que plus aisée. Il ne faut pas oublier, qu'en général, les contrats commerciaux internationaux sont des contrats de longues durées, d'une importance économique souvent déterminante pour les deux parties. Il est donc dans leur intérêt commun que le litige n'altère pas leurs relations irrémédiablement.

D) Le coût de l'arbitrage est plus élevé (?)

Dans l'absolu, l'arbitrage est plus coûteux que la justice étatique qui est, en général, gratuite. En effet, si dans les deux hypothèses les parties devront payer un conseil, dans le cas

²¹⁵ C'est au contraire un problème majeur pour le juriste qui veut étudier l'arbitrage.

d'une procédure d'arbitrage elles devront en plus payer leur juge.

De plus, dans la plupart des cas, les honoraires des arbitres sont plutôt élevés²¹⁶.

Il faut cependant avoir conscience que dans bien des cas, les avantages que nous venons de décrire peuvent revêtir une grande importance économique pour les parties. Un secret qui est révélé, un procès annulé ou perdu pour vice de procédure, une justice encombrée qui tarde à rendre sa décision... sont autant de préjudices à côté desquels les honoraires de l'arbitre n'ont que peu de poids.

On peut pourtant se demander si pour des "petits" contrats à l'enjeu moins important, l'arbitrage est tellement utile. Dans de telles hypothèses, il semble que ce soit l'internationalité du contrat, l'élément d'extranéité qu'il renferme, qui permettrait de militer en faveur d'une clause compromissoire.

Paragraphe 2 / Les conflits de juridictions et le choix entre le juge et l'arbitre

Peut-on choisir son juge, sa juridiction comme l'on choisit son arbitre (A)? Que se passe-t-il si aucun choix n'est opéré par les parties (B)?

A) La clause d'attribution de compétence et la clause compromissoire

Pour apprécier la validité d'une telle clause, il faut, comme pour la clause compromissoire, consulter la loi du juge saisi. D'abord celle du juge qui est désigné par la clause, et qui peut en écarter les effets en se reconnaissant incompetent, ensuite celle du juge qui aura à prononcer l'exécution d'une décision judiciaire étrangère.

Constatons immédiatement que choisir son juge comporte un élément d'insécurité supplémentaire par rapport à la clause compromissoire. L'arbitre se reconnaît rarement incompetent²¹⁷ alors que le juge doit obéir à des règles de procédure plus rigoureuses qui peuvent l'amener plus souvent à déclarer son incompetence pour juger d'un litige qui lui avait été attribué "a priori".

- La clause de juridiction (ou clause attributive de compétence) doit, comme la clause

²¹⁶ Il est possible d'avoir une idée de la rémunération d'un arbitre nommé par la CCI en consultant les tableaux de rémunération mis au point par cette institution et insérés dans son "règlement d'arbitrage". Cf. Alain Prujiner "traités et documents internationaux usuels en droit du commerce international", W & L, 1992, pp. 592 et suiv.

²¹⁷ En tous cas, contrairement à un juge, sa compétence "ratione loci" est illimitée.

compromissoire, être expressément formulée et expressément acceptée par l'autre partie²¹⁸. Le problème se pose notamment lorsque cette clause (ou une clause compromissoire d'ailleurs) est contenue dans des conditions générales de vente. Dans ce cas, c'est la loi du for qui déterminera sa validité (cf. infra).

– Quel juge choisir? Il peut être plus difficile de choisir un juge qu'un arbitre. En effet, un arbitre peut être de n'importe quelle nationalité: cela facilite l'accord des parties car elles pourront en choisir un d'une nationalité différente des leurs et croire davantage en son impartialité. En outre, sur le plan de l'efficacité de la sentence, la nationalité de l'arbitre importe peu puisque, une sentence n'étant jamais exécutoire de droit, elle doit passer par le "filtre" de l'exequatur (ou, au Québec, de "l'homologation").

En revanche, il en va différemment en matière de choix d'un juge. D'abord, chaque partie aura tendance à imposer le juge de son pays car cela peut la rassurer. Ensuite, une décision de justice étant directement exécutoire sur le territoire de l'État auquel elle est rattachée, il est clair que les contractants ont intérêt à choisir soit le juge du vendeur soit le juge de l'acheteur. Pour résoudre ce double antagonisme, il est préférable de donner compétence à un juge d'une nationalité différente, un juge tiers. Mais alors, deux problèmes surgissent à nouveau: acceptera-t-il de juger? Sa décision sera-t-elle exécutoire sur le territoire de la partie contre laquelle l'exécution sera recherchée, soit parce qu'elle y réside, soit parce qu'elle y dispose d'actifs?

Pour répondre à ces deux questions il faudrait consulter la jurisprudence de chaque État (il est impossible de le faire ici) car il n'existe aucune harmonisation du droit en ce domaine²¹⁹. Ce doute constitue un argument de plus en faveur de l'arbitrage. Il ne faut cependant pas négliger la

²¹⁸ Voir l'exigence d'un écrit dans l'article 17 de la Convention de Bruxelles du 27 Septembre 1968 et l'interprétation de la C.J.C.E. de cette disposition qui a assoupli l'exigence d'un accord exprès en cas de relations d'affaires suivies entre les deux parties sur la base des conditions générales de l'une d'entre elles. Cf. note. Segoura C. Bonakdarian, AFF. n.24/76, Rec.1976 p.1851.

²¹⁹ On peut simplement affirmer que pour ce qui est du principal problème, c'est-à-dire celui de la reconnaissance d'une décision rendue par un tribunal étranger désigné par les parties, les juges des différents pays qui nous intéressent ne sont pas trop sévères.

C'est ainsi, par exemple, que les tribunaux américains, depuis l'affaire "M.S. Bremen v. Zapatta Offshore" (407 US 1 1972) soumise à la Cour Suprême, déclarent valables la clause attributive de juridiction même lorsqu'elle donne compétence à une autre juridiction que celle désignée par ses règles de conflit (en l'espèce, un contrat conclu entre une entreprise américaine et une entreprise allemande donnait compétence à un juge anglais).

En outre, les tribunaux anglais semblent aller dans le même sens (Cf. "Restatement Second of Conflict of Law").

Il faut approuver de telles solutions: lorsque des professionnels avertis choisissent un juge ou une loi, ce n'est pas en principe, un choix fantaisiste ou frauduleux. Il faut le respecter.

Convention de Bruxelles du 27 Septembre 1968²²⁰ concernant "la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale". D'un intérêt pratique évident, cette convention unique au monde connaît cependant un domaine géographiquement limité puisqu'elle ne lie que les douze pays membres de la Communauté Économique Européenne (C.E.E.)²²¹.

Nous pensons néanmoins, qu'étant un bon modèle²²², son étude succincte s'impose.

Aux termes de l'article 17 de ce Traité, la convention d'attribution de juridiction est reconnue valable et liant les parties. Or, ce texte ne contenant aucune restriction, il en résulte que lorsque cette clause donne compétence à un juge tiers, ce dernier sera obligé de statuer sur le fond du litige²²³. De plus, toute décision judiciaire rendue dans l'un des États contractants pourra obtenir force exécutoire sans difficultés dans les autres États contractants sur le fondement des dispositions du Traité.

Ainsi, les ressortissants des pays ayant adhéré à la Convention de Bruxelles disposent d'un

²²⁰ Une convention prise sur le fondement de l'art. 220 du Traité de Rome de 1957 qui dispose: "Les États membres engagerons entre eux, en tant que de besoin, des négociations en vue d'assurer, en faveur de leurs ressortissants,... la simplification des formalités auxquelles sont subordonnées la reconnaissance et l'exécution réciproques des décisions judiciaires ainsi que des sentences arbitrales". Pour une étude plus détaillée cf. Xavier Lewis, op. cit., pp.298 S.

²²¹ En outre, les pays de l'Association Européenne de Libre Échange (Autriche, Finlande, Islande, Norvège, Suède et Suisse) ont envisagé d'adhérer à cette Convention (cf. Convention de Lugano du 16 septembre 1988). Pour le texte complet de la Convention de Bruxelles, cf. Alain Prujiner, op. cit., pp. 683 et suiv.

²²² Cette opinion est peut-être contestable dans la mesure où d'autres organisations internationales ne cherchent pas à élaborer un droit uniforme en ce domaine, mais incitent au contraire les contractants à recourir à l'arbitrage et s'engagent à garantir l'efficacité de ce choix. Cette solution est celle de la simplicité: pourquoi élaborer une convention internationale en matière d'exécution des décisions judiciaires étrangères, alors qu'il en existe déjà une autre qui a le même objet mais qui concerne l'arbitrage (Convention de New-York de 1958). Sans prendre parti sur ce choix, on peut cependant constater qu'il est insuffisant puisque dans l'hypothèse où les parties n'ont pas choisi de recourir à l'arbitrage, une convention du type Convention de Bruxelles est très utile.

C'est pourtant cette direction qui a été prise par les trois pays signataires de l'A.L.E.N.A. puisque l'article 2022 de leur accord dispose:

1. "Each party (state) shall, to the maximum extent possible, encourage and facilitate the use of arbitration and other means of alternative dispute resolution for the settlement of international commercial dispute between private parties in the free trade area".

2. "To this end, each party (state) shall provide appropriate procedures to ensure observance of agreements to arbitrate and for the recognition of enforcement of arbitral awards in such disputes"

Pour une étude détaillée de cette disposition, cf. Louis Perret "The Harmonisation of International Arbitration Law", Conférence C.A.L.A.C.S., Ottawa, 24 Oct. 1992, inédit.

²²³ Pour une analyse plus détaillée de cet article 17, cf. G.Droz "Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marché commun" Dalloz, n. 205 à 212.

outil intéressant de règlement de leur litige qui constitue une alternative intéressante à l'arbitrage.

Quoi qu'il en soit, et quel que soit le mode de règlement désiré, il est toujours préférable de choisir lorsque l'on est partie à un contrat international, sous peine d'être dans une situation très difficile en cas de conflit.

B) Hypothèse d'un "vide" contractuel

Lorsque le contrat international ne contient ni clause attributive de compétence ni clause compromissaire (ce qui est assez fréquent en pratique), un "conflit de juridiction" va suivre.

– S'il implique des ressortissants d'États qui ont adhéré à la Convention de Bruxelles, ce conflit trouvera dans tous les cas une solution²²⁴.

– En revanche, si l'une des parties au moins n'est pas ressortissante de l'un de ces États, la solution du conflit peut être très difficile. Ceci d'autant plus que cette situation est souvent le fruit d'une litispendance internationale: la *"litispendance internationale consiste en la saisine de deux juridictions de pays différents pour le même litige sans qu'aucune règle internationale n'organise la préséance de l'une ou de l'autre"*²²⁵. Donc la litispendance internationale peut engendrer un blocage total du règlement du litige lorsque les deux décisions rendues sont contradictoires.

Alors, si les parties ont pris la précaution de déterminer par une clause expresse du contrat la loi applicable à leur litige, cette hypothèse n'est pas très gênante dans la mesure où, quelle que soit la nationalité du juge, il devra appliquer cette loi. Pourtant, deux juges peuvent appliquer la même loi et aboutir quand même à des solutions différentes et de plus, certains systèmes nationaux de règles de conflit de loi peuvent ne pas désigner la loi d'autonomie comme la loi applicable à un contrat international²²⁶.

Bien sûr, il existe la Convention de Vienne de 1980 qui porte loi uniforme en matière de vente internationale de marchandises, mais elle n'est pas suffisante: son domaine d'application est limité, ses lacunes nécessitent parfois l'intervention d'un droit national.

Aussi, faudra-t-il espérer dans bien des cas que l'une des deux juridictions saisie accepte la décision de l'autre. En France, la Cour de Cassation accepte l'exception de litispendance, c'est–

²²⁴ Ceci grâce au protocole additionnel de 1971 qui donne à la Cour de Justice des Communautés Européennes la compétence d'interpréter la convention et d'en assurer le respect, selon une procédure de renvoi préjudiciel analogue à celle mise en vigueur par l'art. 177 du Traité de Rome.

²²⁵ Jean Thieffry, op. cit., p. 155.

²²⁶ Cf. Alain Prujiner, "La gestion des risques juridiques" in "La gestion des risques dans les contrats internationaux", colloque sous la direction de Nicole Lacasse et Louis Perret, Ottawa, W & L, p. 252.

à-dire qu'elle se soumettra à la décision préalable d'une juridiction étrangère à la condition qu'elle puisse être reconnue en France. Malheureusement, tous les juges n'ont pas cette logique ni cette sagesse²²⁷.

Pour conclure sur ce point, nous dirons que si l'une des parties n'est pas ressortissante d'un État adhérent de la Convention de Bruxelles, l'arbitrage est la solution à privilégier. Ceci d'autant plus, qu'en règle générale, succès de la Convention de New-York oblige, il est plus facile d'obtenir à l'étranger l'exécution d'une sentence arbitrale que celle d'une décision judiciaire²²⁸.

Incontestablement, l'arbitrage est utile aux contractants. Mais qu'apporte-t-il au droit commercial international?

Section 2) Les effets des sentences arbitrales sur l'harmonisation du droit des contrats internationaux

L'intérêt pour les opérateurs du commerce international c'est de voir le droit du commerce international se développer pour éviter les situations de blocage (litispendance internationale...) et les incertitudes (conflits de lois, ordre public international...).

Il devient dès lors intéressant de globaliser le rôle des arbitres internationaux pour savoir dans quelle mesure ils contribuent à une harmonisation du droit des contrats internationaux (Paragraphe 1). On peut, d'autre part, et surtout, tenter de démontrer que l'arbitrage, grâce aux étroites relations qu'il entretient avec la "lex mercatoria" contribue à l'essor et à l'affermissement progressif d'un droit des contrats supranational (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 / L'harmonisation indirecte des droits nationaux par le choix de la loi applicable

Ici, le rôle "harmonisateur" de l'arbitre sera difficile à démontrer.

Nous pensons en effet que c'est le choix de la loi applicable au contrat qui peut être source d'harmonisation. Or, ce sont les parties qui effectuent ce choix le plus souvent sans tenir compte de l'existence ou pas d'une clause compromissoire. Ensuite, même lorsque c'est l'arbitre qui choisit, il n'est pas certain que ce choix soit toujours libre.

Dès que le contrat est international, les parties sont libres de déterminer le droit que l'arbitre devra appliquer au fond du litige. Il s'agit ici d'un principe que les textes ont maintes fois

²²⁷ Pour en savoir plus, cf. notamment G.B. Robertson "Jurisdiction Clauses and the Canadian Conflict of Laws", (1982), 20 Alberta L.R. 296.

²²⁸ Cf. sur ce point Véronique Ranouil "exécution: mérites comparés de la sentence arbitrale et de la décision de justice", D.P.C.I., 1988, pp. 318 S.; Christine Lécuyer Thieffry et Patrick Thieffry "Le système procédural américain et l'entreprise étrangère: évolution et alternatives", D.P.C.I., 1988, pp.318 S.

consacré²²⁹. De plus, on peut considérer qu'en pratique ce principe a une portée quasi-absolue.

On peut citer à l'appui de cette idée l'attendu d'une sentence de 1972²³⁰ révélatrice du respect manifesté par les arbitres à l'égard du choix de la loi opéré par les contractants: "*Attendu que le tribunal arbitral tire de l'acte de mission²³¹ l'entier de ses pouvoirs et de sa compétence et qu'au contraire d'un tribunal judiciaire, il est lié par la volonté des parties lorsque celles-ci s'expriment de façon concordante; attendu donc malgré qu'il en est pour surprenant que cela puisse paraître(...)au regard des principes du droit international privé, le rattachement au droit français d'une cause dont les principaux éléments se situent en Suisse, le tribunal ne peut que déclarer le droit français applicable à la cause*".

Cette liberté de choix peut-elle être source d'harmonisation du droit international? La réponse peut-être positive si l'on considère deux idées:

- On ne peut choisir qu'après avoir comparé et on ne peut comparer que ce que l'on connaît. Cela signifie que les parties aux contrats internationaux vont rompre l'isolement relatif des droits nationaux en les confrontant. Cela aura au moins le mérite de faciliter la circulation des concepts (ce qui peut avoir pour effet de rapprocher la Common Law et le droit civil) et de mettre en exergue les spécificités choquantes de certains droits nationaux²³².

- On choisit ce que l'on préfère: les parties choisiront le droit le plus équilibré et le plus précis. Si cette attitude se généralise et s'il existe un droit choisi beaucoup plus souvent que les autres, cela ne conduirait-il pas à la naissance d'un usage qui servirait à combler les incertitudes du non choix et les contradictions des règles de conflit?

Cette idée semble irréaliste, non pas parce qu'un usage n'a pas assez de force mais parce qu'en l'occurrence, on imagine mal comment la pratique pourrait par un mimétisme illusoire, donner application plus souvent à un droit national plutôt qu'aux autres. De plus que les parties à un contrat international ont tendance, parfois, à s'écarter de la rigueur des lois étatiques. A la prévisibilité de l'issue d'un litige soumis à une loi nationale, elles préfèrent souvent l'équité et la spécificité que contiennent les usages du commerce international, les principes du droit

²²⁹ Convention de Genève de 1961 art. 7, Convention de Washington de 1965 art. 42, Règlement de la CNUDCI art. 33, Règlement d'arbitrage de la CCI art. 13-3, art. 1496 du NCPC français, art. 940 du CPC québécois.

²³⁰ Sentence CCI 1971, n. 1581, Clunet, 1974, p. 887.

²³¹ Document remis à l'arbitre par le Président de la Cour d'arbitrage de la Chambre du Commerce International qui, obéissant aux directives des parties contenues dans la convention d'arbitrage, en détermine les pouvoirs.

²³² Nous pensons par exemple à l'isolement du droit judiciaire français qui rejette la possibilité de révision pour imprécision.

international... la "lex mercatoria".

C'est ainsi qu'en faisant référence à ces notions ou en donnant à l'arbitre le pouvoir de statuer en amiable compositeur, elles permettront le développement d'un droit anational (ou transnational, ou supranational) autonome qu'un juge ne pourrait appliquer dans sa globalité.

Paragraphe 2 / L'arbitrage, la "lex mercatoria" et l'affermissement d'un droit supranational impératif

Défendue par certains²³³, rejetée par d'autres²³⁴, la notion de "lex mercatoria" ne laisse personne indifférent... surtout pas les arbitres. Comment vont-ils appliquer cette loi marchande (A)? Quel en est le contenu réel (B)?

A) Applicabilité de la "lex mercatoria"

Pour M. Berthold Goldman *"L'existence de la "lex mercatoria" et la faculté, voire l'obligation pour l'arbitre du commerce international de s'y référer, sont actuellement consacrés par des documents internationaux de nature diverse..."*²³⁵.

Citons la Convention de Genève de 1961 (art. 7-1), le Règlement CCI (art. 13-5), le règlement CNUDCI (art. 33-3) qui disposent tous que l'arbitre devra dans tous les cas tenir compte des usages du commerce²³⁶. Citons surtout, la Convention de Vienne de 1980 qui, de façon plus remarquable encore, fait référence à la foi aux usages (art. 9) et aux principes généraux du droit international (art. 7, par. 2)²³⁷.

Pourtant, l'opinion de M. Goldman mérite d'être précisée car, à notre connaissance, aucun texte du droit international ne consacre directement l'existence de la lex mercatoria. Ils se contentent d'une reconnaissance implicite à-travers la valeur normative attribuée à l'une voire à ses deux composantes essentielles: les usages du commerce international et les principes généraux

²³³ Bernardo M. Cremades, Steven L. Plehn "The New Lex Mercatoria and the Harmonization of the Laws of International Commercial Transactions", Boston Univ. Int. L. J., 1984, pp. 317-348; Berthold Goldman "La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: Réalité et perspectives", Clunet, 1979, pp. 475-505.

²³⁴ M. Mustill et S.C. Boyd "The Law and Practice of Commercial Arbitration in England", London, Butterworth, 1982, pp. 29-60, 611-612; Antoine Kassis "L'arbitrage, les conflits de lois et la lex mercatoria" in Actes du premier colloque sur l'arbitrage commercial international, op. cit., p. 133; F.E. Klein "De l'autorité de la loi dans les rapports commerciaux internationaux", Munchen, 1977, pp. 618 et suiv.

²³⁵ "L'arbitre, les conflits de lois et la lex mercatoria" in Actes du premier colloque sur l'arbitrage commercial international, op. cit., p. 124.

²³⁶ Nous considérons que la "lex mercatoria" englobe les usages du commerce. Cf infra p.115.

²³⁷ Cf. supra

du droit international.

Il n'empêche qu'en matière d'arbitrage²³⁸, les usages ont une grande force: même en l'absence de toute référence contractuelle, ils auront vocation à s'appliquer et s'érigeront ainsi en véritables règles de droit supplétives (ils s'appliqueront dans le silence du contrat, voire à défaut de clauses contraires²³⁹, mais pas à l'encontre de l'une de ses clauses²⁴⁰).

Pour ce qui est des droits nationaux, il semble qu'à ce niveau aussi l'arbitre soit tenu de recourir aux usages pour fonder valablement ses sentences:

– Le droit français dispose dans l'article 1496 du nouveau Code de procédure civile que "l'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies; à défaut d'un tel choix, conformément à celles qu'il estime appropriées²⁴¹. Il tient compte dans tous les cas des usages du commerce".

– Le droit québécois semble aller lui aussi dans le même sens. En effet l'article 944.10 du Code de procédure civile dispose que "les arbitres tranchent le différend conformément aux règles de droit qu'ils estiment appropriées... Ils ne peuvent agir en qualité d'amiables compositeurs que si les parties en ont convenu. Dans tous les cas ils décident conformément aux stipulations du contrat et tiennent compte des usages applicables".

Que peut-on déduire des textes internes et internationaux sur ce point?

– En premier lieu, il est clair que l'application des usages par l'arbitre ne peut être systématique sous peine de voir sa sentence être rejetée par une juridiction d'Etat saisie d'une demande en exécution.

Il faut, en effet, que l'usage applicable à l'espèce ait une existence incontestable et qu'il soit opposable à l'autre partie c'est-à-dire que les contractants soient des professionnelles de la branche considérée. Cette double condition, non disposée par les textes sus mentionnés, provient de la jurisprudence française en la matière²⁴². Cependant, il y a fort à parier que la plupart des

²³⁸ Comme d'ailleurs en matière de vente internationale, cf. supra

²³⁹ Cf. Pierre Mayer "Droit international privé", op. cit., p.22.

²⁴⁰ Cf. hiérarchie des normes telle que décrite supra.

²⁴¹ Remarquons de façon incidente le libéralisme du droit français qui permet à l'arbitre, dans le silence des parties, de choisir directement la loi qu'il va appliquer au contrat sans utiliser, au préalable, quelque règle de conflit de lois que ce soit. Cette liberté est cependant peu utilisée en pratique puisque les arbitres auront souvent tendance à recourir à une ou plusieurs règles de conflit de lois pour justifier leur choix. Cette décision paraît sage tant de nombreuses législations internes, moins libérales que le droit français, exigent qu'une telle démarche soit adoptée sous peine de ne pas donner force exécutoire à la sentence.

²⁴² Cf. Philippe Fouchard "Les usages, l'arbitre et le juge" in "Droit des relations économiques

juges nationaux de l'exequatur (ou de l'homologation) l'appliqueront²⁴³.

- En second lieu, on ne peut déduire de ces dispositions une application systématique et intégrale de la lex mercatoria par l'arbitre. Si les parties veulent qu'il en soit différemment elles devront lui donner le pouvoir de statuer en amiable compositeur. La clause d'amiable composition lui imposera donc d'appliquer la lex mercatoria et surtout de faire prévaloir le principe d'équité qu'elle dispose.

Pourra-t-il, de ce fait, utiliser la lex mercatoria dans son intégralité, et notamment appliquer cumulativement les usages et les principes généraux?

A notre avis, si l'application d'un usage devait rendre la sentence inéquitable, alors l'arbitre devrait écarter cet usage. On peut donc en déduire que, peut-être, l'arbitre, statuant en tant qu'amiable compositeur, applique effectivement tous les principes juridiques de la lex mercatoria en les hiérarchisant, c'est-à-dire en donnant une valeur suprême au principe d'équité. On peut citer à l'appui de cette idée M. Paul Lagarde²⁴⁴ pour qui *"la souplesse de l'arbitrage s'accommode même d'une certaine gradation dans la mission de production de normes conférée à l'arbitre. Si celui-ci a reçu les pouvoirs d'amiable compositeur, sa liberté de produire des normes est accrue, comme l'est, du même coup, le rôle d'insertion de ces normes dans l'ordre juridique étatique joué par la clause d'arbitrage"*.

Dans les contrats internationaux, la référence à la "lex mercatoria" peut être soit explicite soit implicite:

- Citons d'abord la clause qui donnerait expressément compétence exclusive aux principes généraux et aux usages du commerce international. Une telle clause sera respectée par les arbitres et une demande en exécution devant un juge national ne s'en trouvera pas, en général, compromise²⁴⁵.

internationales", op. cit., p.78; Paul Lagarde "Approche critique de la lex mercatoria", in "Droit des relations économiques internationales", op. cit., pp.123 S.

²⁴³ Elle est en effet logique et respecte, en outre, les dispositions de l'article 9 de la Convention de Vienne (cf.supra).

²⁴⁴ "Approche critique de la lex mercatoria", op. cit., p. 147.

²⁴⁵ La jurisprudence judiciaire française considère que les usages du commerce international et les principes généraux le régissant constituent des règles de droit que les arbitres sont fondés à appliquer, même lorsqu'ils n'ont pas le pouvoir d'amiable compositeur (Cf. B.Goldman "Une bataille judiciaire autour de la lex mercatoria; l'affaire Norsolor", Rev. Arb., 1983,p. 379). L'arbitre peut donc valablement fonder sa sentence en dehors de toute loi étatique (voir note C.A. Paris 12 Juin 1980, Clunet, 1982, p. 931)

Dans le même esprit, le 23 Mars 1987, la "Court of Appeal" d'Angleterre a eu à statuer sur une sentence qui faisait application exclusive des principes généraux internationalement reconnus, conformément à la volonté des parties (volonté explicite puisque n'ayant pas choisi de loi, les arbitres se sont fondés sur l'article 13-3 du Règlement CCI pour appliquer les "Internationally accepted principles of law governing contractual relation"). La question était de savoir si la sentence était contraire à la conception anglaise de l'ordre public international. La réponse, négative, se fit en deux temps:

– Citons ensuite deux types de clauses qui appellent implicitement une application de la "lex mercatoria":

– La clause d'amiable composition²⁴⁶. De prime abord, elle dispense l'arbitre de se référer à toute règle de droit. Or, la "lex mercatoria" est bien un ensemble de règles de droit. Il faut admettre que, la décision de l'arbitre étant fondée sur l'équité, la sentence "ex-aequo et bono" n'est en fait qu'une application de la "lex mercatoria". Tout simplement, parce que l'équité, la bonne foi, l'obligation de collaboration constituent des principes généraux du droit international, eux-même fondements de la "lex mercatoria".

– Quid alors de la clause qui ne donne pas expressément à l'arbitre le pouvoir d'amiable compositeur mais qui lui impose de tenir compte à la fois d'une loi étatique et de l'équité?

Selon le même raisonnement, il est clair qu'une telle stipulation lui permet d'avoir recours à la "lex mercatoria" pour fonder sa sentence et, plus audacieusement, de donner prééminence à ce droit transnational sur la loi d'un État²⁴⁷.

On peut en déduire que l'arbitre a un rôle essentiel dans l'application et l'élaboration, le perfectionnement de la "lex mercatoria". Il est, de ce fait, le principal facteur d'harmonisation du droit commercial international. Ainsi, pour Paul Lagarde²⁴⁸ *mode d'accès à l'ordre juridique de la lex mercatoria et même, de ce point de vue, mode de création de normes à l'intérieur de celles-ci, l'arbitrage est aussi un mode d'insertion des normes de la lex mercatoria dans l'ordre juridique étatique, dans la mesure ou l'exécution de la clause ou celle de la sentence nécessitera*

–A propos de l'ordre public, l'arrêt dispose que les "*considerations of public policy can never be exhaustively defined, but they should be approached with extreme caution...It has to be shown that there is some element of illegality or that the enforcement of the award would be clearly injurious to the public good or, possibly, that enforcement would be wholly offensive to the ordinary reasonable and fuller informed member of the public on whole behalf the powers of the state are exercised*".

–Ensuite, les juges décident que "*the parties intended to create legally enforceable rights and liabilities and that the enforcement of the award would not be contrary to public policy...By choosing to arbitrate under the rules of the ICC and, in particular, at art.13-3, the parties have left proper law to be decided by the arbitrators and have not in terms confined the choice to national system of law*".

²⁴⁶ En anglais: "amicable compounder". Cf. sur ce point Nabil Antaki "L'amiable composition" in Actes du premier colloque sur l'arbitrage commercial international sous la direction de Nabil Antaki et Alain Prujiner, W & L, 1985; Victor Emile Loquin "L'amiable composition en droit comparé et en droit international", Litec, 1980.

²⁴⁷ On assisterait en ce cas à la naissance d'un véritable ordre public international (ou transnational), c'est-à-dire indépendant de toute conception étatique. Voir en ce sens la sentence CCI, AFF. 1939/71, citée par Y. Derains, Rev. Arb., 1973, p. 145.

²⁴⁸ "Approche critique de la lex mercatoria", op. cit., p.146.

le recours aux autorités de cet ordre étatique."

Dès lors, il devient indispensable de tenter de décrire le contenu de cette "lex mercatoria" même si c'est là le principal problème.

B) Contenu de la "lex mercatoria"

L'existence même de la notion de "lex mercatoria" fait l'objet d'une polémique²⁴⁹. Il peut paraître audacieux d'en décrire le contenu. En fait, tout le monde s'accorde pour reconnaître l'existence de normes anationales (ou transnationales²⁵⁰) et, dès lors, nous pensons que le débat portant sur le point de savoir si ces normes sont oui ou non les fondements d'une "lex mercatoria" cohérente et suffisante apportera, peut-être, plus de chaleur que de lumière.

Il faut délaissier ces discussions terminologiques intéressantes mais hors du cadre de notre étude, et présupposer que la "lex mercatoria" existe et contient les principes généraux du droit international (1) et les usages du commerce international (2) qui ont eux-même leur propre contenu.

1/ Contenu des principes généraux du droit

Ces principes sont autonomes, ils s'appliquent sans référence à un texte particulier.

Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut tenter d'en dresser une liste:

– Le principe de bonne foi-collaboration:

Il doit être respecté par les parties tant au moment de la conclusion de l'acte (obligation précontractuelle de renseignement) que pendant son exécution.

– Le principe "pacta sunt servanda":

On doit respecter ses engagements. Il apparaît pourtant que lorsqu'une partie tire un avantage excessif d'un droit contractuel, ce principe peut heurter celui de bonne foi-collaboration.

²⁴⁹ Cf. l'analyse synthétique des diverses opinions réalisée par Matthieu de Boissésou, op. cit., pp. 630 et suiv.; Cf. l'analyse de François Rigaux pour qui "... la notion de *lex mercatoria* doit être résolument écartée... elle paraît promettre plus qu'elle ne peut offrir: les relations économiques internationales ne font pas l'objet d'un corps de règles complètes, la "*lex mercatoria*" n'est pas un code, l'expression désigne maladroitement un magma de pratiques diverses, lacunaires, parfois même contradictoires, le droit étatique n'ayant pas cessé de procurer aux opérateurs du commerce transnational un cadre de référence essentiel", in "Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale", Recueil de Cours de l'Académie de Droit International, Tome I, 1989, p.68.

²⁵⁰ La multitude des expressions utilisées pour décrire la nature et le contenu de la "lex mercatoria" peut-être source des difficultés.

– Le principe de l'obligation de renégociation: existe-t-il?

L'obligation de renégociation peut être prévue par les parties pour cause de changements importants de certaines données déterminantes de leurs consentements qui auraient pour conséquence d'alourdir considérablement les obligations de l'une des parties voire d'empêcher celle-ci d'exécuter totalement ses obligations. Ce traitement contractuel du risque se fait par la stipulation de la clause dite "d'adaptation"²⁵¹ qui revêt en pratique une importance particulière surtout pour les contrats à long terme. Elle est validée par la plupart des droits nationaux²⁵². Si l'on a recours à l'arbitrage, cette obligation qui découle elle-même du principe de bonne foi-collaboration, devrait pouvoir exister alors même qu'aucune stipulation ne la prévoit expressément.

Qu'en est-il exactement?

Il faut, en fait, se demander si le principe de renégociation est une obligation de résultat (la renégociation doit aboutir à une révision du contrat) ou une obligation de moyen.

La première acception du principe peut trouver des applications pratiques mais dans des conditions très rigoureuses. La démonstration nous est apportée par une sentence qui suggère que les conditions très sévères auxquelles le droit suisse (déclaré applicable en l'espèce) subordonne la révision d'un contrat, pourraient être appliquées "de manière plus souple à des contrats internationaux", mais qu'un tel adoucissement supposerait que soit apportée, par la partie qui demande la révision, la preuve des "*conséquences graves qu'emporterait pour elle l'exécution du contrat*"²⁵³.

Le principe de renégociation, en tant qu'obligation de résultat n'est donc pas assez généralisé pour être considéré comme un principe général du droit international.

D'une façon plus souple, l'arbitre peut-il imposer, en l'absence de toute clause l'y autorisant, une obligation de renégocier de bonne foi le contrat pour "*surmonter les difficultés*

²⁵¹ Clause de force majeure (cf. clause type de force majeure in guide de l'arbitrage CCI, n. 382, 1985), clause de "hardship" (Cf. Bruno Oppetit "L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de hardship", Clunet, 1974, pp.794 S).

²⁵² Il faut préciser qu'au regard de certains droits nationaux, cette stipulation est même nécessaire pour que la renégociation soit obtenue. C'est le cas, par exemple, du droit privé français qui n'autorise pas le juge à procéder à une révision du contrat pour imprévision.

En revanche, les droits anglais et américains admettent cette obligation dans certaines hypothèses alors qu'aucune stipulation expresse ne la prévoyait et cela en se fondant sur la théorie de la "frustration" (Pour une comparaison des droits français et anglais sur ce point, cf. Annexe III).

²⁵³ Sentence CCI, Aff. 1512.71, Clunet 1974.905.

*inattendues*²⁵⁴?

Il ne s'agirait ici que d'une obligation de moyen: la renégociation peut ne pas aboutir à la conclusion d'un nouveau contrat ou à l'aménagement d'une ou plusieurs clauses litigieuses. L'obligation n'est de résultat que quant aux moyens: les parties ont l'obligation de renégocier effectivement et de le faire de bonne foi, c'est-à-dire de façon raisonnable et sérieuse.

Il est à regretter que la renégociation, même dans son acception la plus restrictive, ne soit que trop rarement imposée par l'arbitre pour devenir un principe général du droit international.

On peut, par-contre, légitimement penser que l'amiable compositeur pourra imposer une renégociation aux parties, voire même procéder directement à une révision du contrat. Mais, ce faisant, il visera le principe d'équité, ne conférant pas, lui non plus, à la renégociation la valeur de principe général du droit international.

2) Le contenu des usages du commerce international

Il s'agit d'une catégorie de règles de droit au contenu très difficilement déterminable. Doit-on assimiler la coutume aux usages²⁵⁵? Comment distinguer les usages des principes généraux?

Répondre à ces questions est très difficile car les arbitres qui font application d'une règle de droit transnational se contentent souvent de viser la "lex mercatoria"²⁵⁶. Cela démontre peut-être qu'en pratique, une discussion de ce type est inutile.

On peut ainsi tenter d'en dresser une liste non exhaustive et en définir l'origine.

L'origine peut d'abord et surtout être contractuelle: s'il est de pratique constante d'insérer certaines stipulations dans certains types de contrats, il peut alors naître un usage. On peut citer en exemple l'arbitre qui utilisera les Incoterms alors que le contrat n'y fait pas allusion²⁵⁷, parce qu'il est d'usage que dans tel type de contrat tel Incoterm soit utilisé.

Dans cette optique, la généralisation des contrats type dans le commerce international créant une certaine uniformité du contenu contractuel peut-être source d'usages qui permettront à leur tour une harmonisation du droit des contrats internationaux²⁵⁸.

²⁵⁴ Sentence CCI, AFF. 2478/74, Clunet 1974, p.942. AFF. 2291/75, Clunet 1976, p.989. Une sentence qui impose une renégociation du contrat (obligation de moyen). Il nous a été impossible d'en trouver d'autres allant dans le même sens.

²⁵⁵ Cf. Pédamon "Y-a-t-il lieu de distinguer les usages et les coutumes en droit commercial?", RTD Comm., 1959, p. 335.

²⁵⁶ Voir par exemple la sentence CCI n. 4761/1987, Clunet 1987, p. 1012.

²⁵⁷ Voir par exemple la sentence CCI n. 3130/1980, Clunet 1981, p. 932

²⁵⁸ Sur ce point, il convient d'être prudent et ne pas conclure, trop hâtivement, comme le font

Bien entendu, l'usage peut être général ou par secteur, on parlera alors d'usages professionnels²⁵⁹ (usages de la profession en cause).

L'usage du commerce international peut aussi naître de la nouveauté contractuelle. L'exemple de l'apparition puis de l'expansion considérable des contrats "clés en main" ou "produits en main" est important. Ces contrats complexes et spécifiques étaient totalement nouveaux, innommés puisque insusceptibles de répondre dans leur globalité aux critères des qualifications contractuelles traditionnelles.

L'arbitre a donc été dans l'obligation de créer des règles spécifiques pour trancher les litiges entre les parties à ce type de contrat, il a créé des usages.

Est-ce à dire qu'il existe une véritable jurisprudence arbitrale qui permettrait une uniformisation de ces usages?

La nature même de l'arbitrage nous pousse à nier une telle possibilité: l'arbitrage est secret, la sentence arbitrale est en générale indissociable de l'espèce sur laquelle elle statue tant elle lui est spécifique.

Il faut pourtant constater que ni le secret ni la spécificité de l'arbitrage ne l'empêche de promouvoir de créer une "lex mercatoria". Pourquoi? Parce qu'il fait appel à des principes universels, parce qu'il respecte et accompagne la pratique contractuelle internationale. En outre, malgré le secret, il est tout de même possible d'avoir accès à beaucoup de sentences et la doctrine est, sur ce point, très abondante.

Ceci est tellement vrai que certains usages semblent avoir été mis en avant par les arbitres²⁶⁰:

On relèvera par exemple une sentence déjà ancienne qui admet que le silence vaut acceptation dans certaines conditions²⁶¹, une autre qui, en l'absence de toute clause de secret, considère comme fautive la violation du secret des affaires²⁶²... La liste pourrait être longue.

certain auteurs, que la prolifération des contrats types est systématiquement source d'harmonisation. Cela serait vrai si l'ordre public international permettant de faire échec à certaines stipulations n'existait pas.

Il ne faut donc pas confondre harmonisation du contenu contractuel et harmonisation du traitement juridique de ce contenu.

²⁵⁹ L'arbitre doit donc bien connaître les habitudes commerciales du type de profession qui est en cause (par exemple, le marché du diamant, vente internationale d'armes, vente internationale de produits agricoles...)

²⁶⁰ Nous pensons, avec la majorité de la doctrine, que l'arbitre ne peut véritablement créer un usage. En revanche, ses sentences peuvent contribuer à renforcer, par l'utilisation qu'elles en font, certains usages préexistants. Il faut cependant avouer que la distinction est très, voire trop, subtile.

²⁶¹ Sentence CCI, AFF. 534/1934

²⁶² Sentence CCI, AFF. 2745 et 2762/77, Clunet 1977, p. 950.

Pour tenter d'élaborer une synthèse, on peut affirmer que ces usages de source jurisprudentielle ne sont en fait que des applications précises des principes généraux que nous venons de décrire, surtout, du principe général d'équité et de bonne foi-collaboration.

On peut remarquer en outre, que si l'on considère les droits étatiques, certains principes et usages pourraient y être présents. Mais ce qui est très important c'est que les arbitres les considèrent comme autonomes, ils les appliquent sans faire référence à aucune loi étatique, ou, s'ils le font, c'est uniquement pour confirmer un usage ou un principe qu'ils ont décidé d'appliquer.

Pour conclure sur ce second chapitre, nous dirons que, malgré le paradoxe d'une telle constatation, l'arbitre réussit le tour de force de rendre une justice adaptée aux conflits qui lui sont soumis tout en développant un droit international uniforme.

L'arbitrage est aujourd'hui le meilleur moyen de solutionner les litiges nés de la formation, l'exécution ou l'extinction des contrats internationaux.

Son principal avantage est d'éviter le problème majeur que peut constituer un conflit de juridiction. De plus, grâce à la Convention de New-York de 1958 et à la bonne volonté manifeste de la plupart des grands États de ce monde, il est aujourd'hui plus facile d'obtenir l'exécution d'une sentence arbitrale que celle d'une décision de justice étrangère.

L'arbitrage commercial international semble répondre aux intérêts de tous: ceux des parties et ceux des États²⁶³. Son avenir s'annonce donc sous les meilleurs auspices.

Après avoir décrit quels étaient les moyens d'harmonisation du droit de la vente internationale, il nous faut maintenant étudier leurs exactes portées.

²⁶³ Qui y voient peut-être un moyen de désengorger leurs tribunaux et sans doute de faciliter leurs exportations.

SECONDE PARTIE
L'IMPACT DES MOYENS INTERNATIONAUX ET TRANSNATIONAUX MIS EN
OEUVRE POUR HARMONISER LE DROIT DE LA VENTE INTERNATIONALE DE
MARCHANDISES

Il est maintenant question de dresser un bilan du degré d'harmonisation du droit de la vente internationale de marchandises. Les notions que nous avons étudiées et décrites en tant qu'"outils" permettant de réaliser cette harmonisation, sont-elles efficaces?

Si l'impact de l'harmonisation transnationale est loin d'être négligeable, elle peut être difficile à démontrer de façon très précise et elle sera de toute façon toujours plus limitée que celle résultant de l'harmonisation internationale. En effet, si la "lex mercatoria" a une existence indéniable, ses contours et son contenu sont parfois difficiles à cerner en raison de son caractère jurisprudentiel source d'ambiguïtés²⁶⁴. En outre, quelque soit sa puissance une règle issue de la "lex mercatoria" ne pourra jamais prévaloir sur une règle d'ordre public du for²⁶⁵.

C'est pour cela que nous n'étudieront que l'impact des normes transnationales les plus tangibles, c'est-à-dire celles destinées à régir certains aspects des ventes maritimes, codifiées par la Chambre de Commerce Internationale sous l'appellation d'"Incoterms" (Titre I).

Les moyens d'harmonisations internationaux sont les plus intéressants en terme d'efficacité. Encore que parmi ces moyens ils nous faille distinguer la convention de Vienne du 11 avril 1980 des autres conventions, qu'elles soient de rattachement ou qu'elles visent l'intégration économique. En effet, la Convention de Vienne permet de réaliser une harmonisation du droit

²⁶⁴ Cf. René David "Le droit du commerce international", *Economica*, 1987, p.136.

²⁶⁵ La pratique internationale éprouve déjà de nombreuses difficultés pour élaborer des règles de droit supplétives de volonté cf. Claude Samson "L'harmonisation du droit de la vente internationale de marchandises entre pays de droit civil et pays de common law" in "Droit contemporain, Contemporary law", Association canadienne de droit comparé, Ed. Y.Blais, 1992, p.123.

substantiel de la vente internationale.

Nous procéderons donc à une étude détaillée de ses dispositions substantielles (Titre II).

Avant cela, nous tenons à faire remarquer que la convention est, à de multiples égards, insuffisante quant au droit uniforme qu'elle dispose. Ainsi, son existence n'élimine pas complètement la nécessité d'étudier comparativement les droits nationaux de la vente²⁶⁶ dans la mesure où ils restent compétents pour régir le rapport contractuel en cause. Pour ce faire, nous ne consacrerons pas au droit comparé de la vente une partie exclusive de notre étude mais nous intégrerons ce problème aux développements consacrés à la convention chaque fois que ce sera utile.

²⁶⁶ Dans le but de démontrer si ils sont ou non harmonisés.

TITRE I] LES INCOTERMS DE LA CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE

Origine

A propos de toute vente se pose la question de la définition des modalités de la livraison, du transfert des risques et de la répartition, entre le vendeur et l'acheteur, des frais afférents à la marchandise. Plutôt que de s'attacher à la résoudre à chaque fois, par l'insertion de stipulations détaillées dans les contrats, la pratique a très tôt imaginé de recourir à des termes commerciaux condensant en une formule aussi courte que possible, les conditions les plus usuelles en la matière. C'est ainsi, par exemple, qu'en précisant que la marchandise était vendue FOB, les parties signifiait que le vendeur devait la faire acheminer jusqu'au port, ou elle était chargée par lui ou à ses frais sur un navire qu'il incombait à l'acheteur d'affréter, les risques ne passant à ce dernier qu'à partir de l'embarquement.

Malheureusement, ces termes commerciaux, qui étaient à l'origine essentiellement propres aux ventes maritimes, variaient profondément selon les places, ce qui ne manquait pas de rendre difficile la connaissance, par les parties, des conséquences exactes de leur emploi.

Or, ces divergences étaient évidemment très fâcheuses dans la mesure où elles étaient la source de nombreux malentendus entre les parties et rendaient en toute hypothèse extrêmement délicate la détermination de ceux dont celles-ci étaient réellement convenues.

C'est pour remédier à ces inconvénients que la Chambre de Commerce Internationale a très opportunément entrepris de codifier l'interprétation des termes commerciaux les plus courants. Décidés en 1920, ses travaux ont aboutis à plusieurs publications successives dont la dernière version date de 1990²⁶⁷. C'est de celle-ci qu'il sera essentiellement question ici.

Après avoir proposer une présentation générale de ces *Incoterms 1990* (Chapitre I), on examinera les obligations que chacun d'eux met à la charge du vendeur (Chapitre II).

²⁶⁷Publication CCI n° 460

Chapitre I / Présentation générale des *Incoterms*

La Chambre de Commerce Internationale définit les *Incoterms* comme des "règles internationales pour l'interprétation des termes commerciaux". Il s'agit de proposer aux parties une liste de contrats types au nombre aujourd'hui de treize²⁶⁸ auxquels il leur suffit de se référer pour déterminer, de façon précise et incontestable, les obligations qui leur incomberont, sous la seule réserve des modifications ou des adjonctions qu'elles auront, le cas échéant, décidé de leur apporter par une stipulation expresse de leur accord.

La question principale que les *Incoterms* ont pour objet de régler est celle des modalités de la livraison. D'elle découle en effet, outre les conditions du transfert des risques, la répartition des frais que doivent supporter les parties et les diligences qu'il leur appartient d'effectuer pour permettre aux marchandises de parvenir à leur destination finale. Dans la mesure où leur domaine recouvre ainsi pour partie celui de la C.V.I.M., ils prévaudront donc nécessairement sur les dispositions de celles-ci chaque fois que les parties s'y seront référées. En fonction des modalités de livraison qu'ils définissent, les *Incoterms* peuvent faire l'objet de plusieurs classifications (Section 1) Après l'avoir montré, on déterminera leur valeur juridique (Section 2).

Section 1) Classification

Paragraphe 1/ Ventes au départ et ventes à l'arrivée

La vente est "au départ" (ou "à l'expédition" voire "à l'embarquement") lorsque la livraison précède l'opération de transport. Elle est au contraire "à l'arrivée" (ou "à destination" ou encore "au débarquement") lorsqu'elle intervient après celle-ci. Les premières sont évidemment les plus favorables au vendeur.

D'une part, en effet, elles limitent l'étendue de leurs obligations, de façon, il est vrai, extrêmement variable selon les hypothèses.

Mais d'autre part, et surtout, elles les déchargent des risques auxquels la marchandise se trouve exposée au cours de son transport. C'est pourquoi, traditionnellement, les exportateurs ont toujours tenté d'en imposer la conclusion à leur cocontractant. Sous l'effet toutefois de la

²⁶⁸La version de 1980 en comptait 14. Mais, pour des raisons que nous verrons, certains d'entre eux ont été regroupés, tandis que d'autres, nouveaux, sont apparus.

concurrence de plus en plus vive que se livrent aujourd'hui les nations industrialisées, la part relative des ventes à l'arrivée dans les échanges internationaux, si elles demeurent largement minoritaires, ne cessent de croître: faute de pouvoir réduire leurs coûts, et donc leurs prix, les exportateurs doivent, pour conserver leurs débouchés anciens ou conquérir de nouveaux marchés, offrir à leur clientèle des services toujours plus étendus. Les progrès réalisés par les moyens de transport, tant en sécurité qu'en rapidité, ne peuvent d'ailleurs que contribuer à les y inciter. Cette tendance se reflète très clairement dans l'évolution que les *Incoterms* ont connu au cours de leurs éditions successives.

Dans la deuxième édition de 1953, sur un ensemble de 9 *Incoterms*, 7 concernaient des ventes au départ, et 2 seulement des ventes à l'arrivée.

Dans la quatrième édition de 1990, sur un total de 13 *Incoterms*, 8 sont au départ, 5 à l'arrivée.

Ainsi, constituent des ventes au départ, celles qui sont conclues "à l'usine" (EXW), "franco transporteur" (FCA) "franco le long du navire" (FAS), "franco bord" (FOB), "coût et fret" (CFR), "coût assurance et fret" (CAF ou CIF), "port payé jusqu'à..." (CPT) et "port payé, assurance comprise, jusqu'à..." (CIP).

Sont en revanche à l'arrivée, les ventes "rendue frontière" (DAF), "Ex ship" (DES), "à quai" (DEQ), "rendu droits non acquittés" (DDU) et "rendu droits acquittés" (DDT).

Paragraphe 2 / Ventes maritimes et ventes tous modes de transport

A chacun des *Incoterms* a longtemps été associé un mode de transport déterminé. C'est ainsi qu'en 1953, les *Incoterms* reflétaient encore la large prédominance du transport maritime.

Pourtant, une évolution était nécessaire. En effet, outre que les plus classiques des *Incoterms* de la vente maritime, le FOB et le CAF n'étaient plus adaptés aux techniques de chargement modernes par remorque (*roll on/ roll off*) ou conteneur. Cette évolution a été annoncée en 1980, par la création des *Incoterms* "franco transporteurs", qui devaient correspondre aux termes FOB, pour toutes les ventes auxquelles celui-ci, "FOB aéroport" ou "franco wagon" n'apparaissaient pas appropriés, et "fret/ port payé jusqu'à..." et "fret/ port payé, assurance comprise jusqu'à...", qui prenaient place à côté de CFR et CAF, pour les ventes autres que purement maritimes. L'édition de 1990 a parachevé cette évolution, en supprimant les *Incoterms* "franco wagon" et "FOB aéroport", désormais fusionnés avec "franco transporteur".

Il s'ensuit qu'il n'existe plus aujourd'hui que deux catégories d'*Incoterms*: ceux qui demeurent propres à la vente maritime ou fluviale (FAS, FOB, CFR, CAF, *Ex ship* et "à quai") et ceux qui sont applicables quelque soit le mode de transport choisi, même maritime, dès lors, pour ce dernier, que le chargement du navire ne se fait selon les techniques verticales traditionnelles avec passage du bastingage: "à l'usine", "franco transporteur", "port payé jusqu'à", "port payé,

assurance comprise jusqu'à", "rendu frontière", "rendu droits non acquittés" et "rendu droits acquittés".

Paragraphe 3 / Livraisons directes et indirectes

Une dernière classification des *Incoterms* peut enfin être réalisée en fonction des modalités de la livraison qu'ils organisent. Dans certains cas, la marchandise doit seulement être mise à la disposition de l'acheteur à qui incombe en conséquence la charge de l'enlever ou de la faire enlever par toute personne qu'il entendrait se substituer, mais dont l'intervention n'est pas spécialement prévue lors de la conclusion du contrat. Il en va ainsi lorsque la vente est stipulée "à l'usine", "rendu frontière", "*Ex ship*", "à quai", "rendu droits non acquittés" et "rendu droits acquittés". La livraison est alors qualifiée de *directe*, puisqu'elle est effectuée, par principe, entre les mains de l'acheteur lui-même. Au contraire, elle est *indirecte*, lorsqu'il est dès l'origine convenu qu'elle sera faite à une personne interposée, laquelle sera le plus généralement un transporteur. Dans ce cas, une nouvelle distinction doit être faite suivant que l'organisation du transport incombe à l'acheteur plutôt qu'au vendeur, agissant pour son propre compte. Entrent dans la première catégorie les ventes "franco transporteur", FAS et FOB, tandis que relèvent de la seconde les ventes CFR, CAF, "port payé jusqu'à" et "port payé, assurance comprise jusqu'à...".

Section 2) Nature juridique

Les *Incoterms* constituent très certainement des contrats types, c'est-à-dire des modèles auxquels il suffit que des parties décident de se référer pour qu'ils soient applicables à la détermination de leurs obligations respectives. La question, toutefois, se pose de savoir s'il faut que cette référence soit expresse, ou si elle doit être considérée comme nécessairement impliquée, à défaut de stipulation contraire, par le choix de l'un des termes commerciaux qu'ils définissent. Autrement dit, il convient de se demander s'ils méritent la qualification d'usages.

A la vérité, la pertinence de cette interrogation varie suivant le terme utilisé. C'est ainsi, par exemple, qu'une vente "franco transporteur" est nécessairement conclue en considération des *Incoterms*, dans la mesure où, il apparaît que cette notion de "franco transporteur" est une pure création de la Chambre de Commerce International.

En revanche, elle mérite d'être formulée, lorsque le terme utilisé, tel que FOB ou CAF, est d'emploi quasi universel mais avec un sens variable selon les endroits. Il est alors essentiel de déterminer si, en s'y référant, sans autres précisions, les parties ont entendu se fier à l'interprétation qui en est donnée par la Chambre de Commerce International. A cette question, on répond le plus généralement par l'affirmative. Si rien ne permet de contester la légitimité de cette

analyse, celle-ci ne prive pour autant pas de toute utilité une référence expresse aux *Incoterms*.

L'applicabilité des usages, en effet, a pour fondement la volonté tacite des contractants²⁶⁹. Elle doit donc être exclue lorsque ces derniers ont manifestés qu'ils n'entendaient pas y consentir. Or, des doutes peuvent parfois surgir à propos de cette manifestation de volonté contraire. Pour éviter toute incertitude, il ne peut donc qu'être conseillé aux parties, ainsi d'ailleurs que le recommande la Chambre de Commerce International elle-même, de se référer expressément aux *Incoterms* par une clause en ce sens. Mais cette précision même n'est peut-être pas encore suffisante. Les définitions données par la Chambre de Commerce International des termes commerciaux constituant les *Incoterms* ont en effet varié, quelquefois de façon sensible, au cours des éditions successives de ceux-ci.

Ce qui importe est donc seulement de savoir sur quelle version des *Incoterms* s'est fait l'accord des intéressés. C'est la raison pour laquelle il convient que les parties indiquent celle à laquelle elles entendent se référer: par exemple "franco transporteur (*Incoterms* 1990) Amiens".

CHAPITRE II] Les obligations du vendeur suivant les différents *Incoterms*

Chacun des *Incoterms* prévoit que le vendeur est tenu de procéder à la livraison, et d'exécuter un certain nombre d'obligations complémentaires. La nature et l'étendue de celles-ci varient toutefois sensiblement selon le terme commercial choisi. A cet égard, il est possible de classer les *Incoterms* dans l'ordre des charges croissantes qu'ils imposent au vendeur. Cependant, il faut combiner ce mode de classement avec la distinction fondamentale des *Incoterms* concernant les ventes purement maritimes (Section 2) ou fluviales, d'avec ceux qui sont applicables quel que soit le mode de transport retenu (Section 1).

Section 1) Les ventes tous modes de transport

Sept *Incoterms* n'impliquant pas nécessairement un transport de marchandises par voie maritime, sont proposés à l'adhésion des parties. Il s'agit, dans l'ordre progressif des contraintes qu'ils font peser sur le vendeur, des termes "à l'usine", "franco transporteur", "port payé jusqu'à", "port payé, assurance comprise, jusqu'à", "rendu frontière", "rendu droits non acquittés" et "rendu droits acquittés".

Paragraphe 1/ Ventes "à l'usine" (EXW)

A / Livraison

La vente "à l'usine" est celle qui fait peser sur le vendeur le moins de contraintes. C'est

²⁶⁹Voir d'ailleurs expressément en ce sens l'article 9.2 de la C.V.I.M.

ainsi que son obligation de livraison consiste à mettre la marchandise à la disposition de l'acheteur, qui devra donc la retirer, au lieu et à la date convenus, ou, à défaut de précision du contrat à cet égard, "au lieu d'usage (lequel se trouvera le plus généralement dans l'enceinte de l'établissement du vendeur) dans un délai raisonnable pour la livraison d'une telle marchandise".

Dans ce cas, le vendeur devra faire précéder celle-ci d'un avis, adressé à l'acheteur dans un délai raisonnable, du moment et du lieu où la marchandise sera à sa disposition.

En tout cas, le fait que le vendeur ait seulement à mettre les biens vendus à la disposition de l'acheteur implique qu'il n'a pas normalement, et sauf usage contraire, à procéder à leur changement dans le ou les véhicules de transport qui seront nécessaires à leur retraitement. Pour qu'il en aille autrement, il faudrait donc que cette obligation fût expressément stipulée par le contrat.

B / Obligations complémentaires

Outre la marchandise, le vendeur doit fournir une facture commerciale, ou les données informatiques que les stipulations du contrat ou les habitudes qui se sont instaurées entre les parties permettent de regarder comme équivalentes à celles-ci.

Si les marchandises ne sont pas de celles qu'il est d'usage de livrer en vrac, le vendeur doit au surplus fournir l'emballage, revêtu des marques usuelles, qui est nécessaire au transport, dès lors que les modalités de celui-ci, et que la destination des marchandises ont été portées par l'acquéreur à sa connaissance, "avant la conclusion du contrat de vente"²⁷⁰.

Enfin, le vendeur doit procéder, ou faire procéder, au mesurage, pesage ou comptage de la marchandise et supporter les frais du contrôle de la qualité de celle-ci, dans la mesure où ces vérifications constituent l'une des conditions de la livraison elle-même. En revanche, si elles ne sont pas nécessaires à la remise des marchandises, le vendeur n'est pas tenu d'y procéder.

Pour le reste, le vendeur n'est tenu qu'à une obligation de coopération; C'est ainsi qu'il doit prêter à l'acheteur, sur la demande et aux risques et frais de celui-ci, tout son concours pour l'obtention des documents et informations nécessaires à l'exportation, l'importation, le transit par des pays tiers et l'assurance des marchandises.

Paragraphe 2 / Ventes "franco transporteur" (FCA)

A / Livraison

²⁷⁰Si le vendeur n'a pas été informé des modalités du transport, il doit néanmoins fournir l'emballage courant qu'il utilise normalement pour la mise des produits vendus à la disposition de sa clientèle habituelle. Il est donc seulement dispensé des frais qu'implique l'emballage spécial et normalisé que requiert le plus souvent le transport maritime ou aérien.

Il s'agit de l'*Incoterm* universel des ventes au départ que les parties doivent adopter chaque fois qu'elles n'ont pas recours à un transport maritime ou par voies navigables intérieures, mettant en oeuvre les méthodes de chargement traditionnel. Pour autant, la diversité des modes de transport n'a pas été méconnue. C'est pourquoi, les modalités de la livraison varient suivant celui que les contractants ont retenu:

- Si la marchandise doit être acheminée par la voie ferroviaire, le vendeur doit remettre la marchandise au point de réception fixé par la compagnie de chemin de fer ou la charger dans un véhicule fourni par celle-ci, suivant les usages en vigueur au lieu de cette remise. Toutefois, si la marchandise occupe un wagon, ou un conteneur entier, il appartient au vendeur de se procurer en temps utile un tel wagon ou conteneur, adapté aux caractéristiques des produits vendus, et procéder, à ses frais et risques, à son chargement. Plutôt que les marchandises elles-mêmes, c'est donc ce wagon ou conteneur qu'il doit remettre à la compagnie de chemin de fer ou à toute autre personne agissant au nom de celle-ci.

- Si le transport doit être effectué par route, la livraison consiste normalement, et ici encore, en une remise des marchandises aux transporteur routier ou à son représentant. Mais cette règle connaît elle aussi une exception: lorsqu'il a été convenu que le chargement devrait avoir lieu dans l'établissement du vendeur, celui-ci se doit de charger lui-même, ou de faire charger à ses frais et risques la marchandise dans le véhicule fourni par l'acheteur.

- Des solutions identiques sont applicables lorsque le transport doit être réalisé par voie fluviale: selon que le chargement doit ou non être effectué au lieu de l'établissement du vendeur, celui-ci doit, soit lui-même charger les marchandises à bord du bateau fourni par l'acheteur, soit les remettre au transporteur (ou toute personne agissant en son nom), à l'établissement de celui-ci;

- En cas de transport par mer, une distinction doit être faite, selon que la marchandise doit être livrée ou non par conteneur complet (FCL). Dans la première hypothèse, c'est le conteneur chargé qui doit être remis au transporteur maritime ou à l'opérateur du terminal de transport agissant au nom de celui-ci²⁷¹. Dans la seconde hypothèse, ou la marchandise n'occupe pas un conteneur complet, ou n'a pas à être conteneurisée, elle doit être remise au transporteur maritime, ou à toute personne agissant en son nom.

²⁷¹Il est précisé, dans ce cas, que " la marchandise est réputée avoir été prise en charge quand le conteneur est entré sur le site de ce terminal"

– C'est cette dernière solution qui prévaut également lorsque le transport doit être effectué par air, ou par un mode de transport qui n'a pas été déterminé: la marchandise doit être remise, dans le premier cas, au transporteur aérien, et dans le second, au transporteur finalement choisi par l'acheteur.

– Enfin, en cas de transport multimodal, la marchandise doit être remise au premier transporteur désigné par l'acheteur ou son représentant, sauf si ce premier transporteur est une compagnie de chemin de fer, auquel cas doivent être appliquées les règles ci-dessus indiquées à propos du transport ferroviaire.

Les solutions qui viennent d'être décrites ne valent toutefois, et bien entendu, qu'à défaut d'accord des parties relatif aux modalités de la livraison, ou d'usage constant au lieu ou celle-ci doit être effectuée.

En toute hypothèse, et quelque soit le mode de transport retenu, la remise de la marchandise doit être opérée par le vendeur au lieu, et à la date ou dans le délai convenus. Et si la date de livraison n'a pas été précisément fixée par le contrat, et a donc été laissée au choix du vendeur, celui-ci doit en informer l'acheteur dans un délai suffisant, afin de lui permettre de donner toutes les instructions utiles au transporteur. Le vendeur devrait également aviser l'acheteur si, pour une raison quelconque, le transporteur ne prenait pas la marchandise en charge au moment convenu.

Enfin, le vendeur doit fournir à l'acheteur le "document usuel attestant la livraison", lequel sera le plus souvent constitué par le document de transport lui-même.

B / Obligations complémentaires

Les obligations complémentaires à la livraison qui pèsent sur le vendeur sont ici sensiblement les mêmes que celles qui lui incomberaient dans le cadre d'une vente "à l'usine": l'emballage qu'il doit fournir est identique; les opérations de comptage, pesage et mesurage, ou de contrôle de la qualité de la marchandise qui lui incombent sont les mêmes; et le devoir de collaboration auquel il est tenu envers l'acheteur est très semblable²⁷².

De façon générale, il doit payer tous les droits, taxes et autres charges officielles exigibles à raison de l'exportation, comme tous les frais impliqués par la livraison de la marchandise dans les conditions qui ont été ici exposées.

²⁷²Tout au plus, les documents dont il doit, par l'exécution de ce devoir de coopération, faciliter l'obtention, ne comprennent pas la licence d'exportation.

Paragraphe 3 / Ventes "port payé jusqu'à.." (CPT) et ventes "port payé, assurance comprise, jusqu'à..." (CIP)

A / Livraison

Les *Incoterms* "port payé jusqu'à..." et "port payé, assurance comprise, jusqu'à...", constituent une transposition, pour les ventes tous modes de transport, des solutions applicables aux ventes purement maritimes, lorsque celles-ci sont stipulées CFR ou CAF. Il s'agit donc de vente au départ, mais qui mettent à la charge du vendeur l'organisation du transport des marchandises jusqu'au point de destination convenu avec l'acheteur, ainsi que, dans le second cas, leur assurance contre les risques encourus à raison de ce transport.

La livraison consiste en une remise de la marchandise au transporteur, ou, s'il y a des transporteurs successifs, au premier d'entre eux ou celui qui est fixé de façon précise dans le contrat par l'acheteur, à la date ou dans le délai convenu. Le vendeur doit aviser l'acheteur dans un délai suffisant.

B / Obligations complémentaires

Elles sont rigoureusement identiques à celles qui lui incomberaient dans le cadre d'une vente "franco transporteur", à deux exceptions près:

-En premier lieu, il doit conclure à ses propres frais le ou les contrats de transport, aux conditions usuelles et par le route habituelle, jusqu'au lieu de destination convenu, et, le cas échéant, au point précis de ce lieu de destination qui fixe le contrat de vente. En outre, il incombe au vendeur, si tel est l'usage, de fournir à l'acheteur "le document de transport habituel", tel qu'un connaissance maritime ou fluvial, une lettre de transport ou de voiture.

En second lieu, mais dans la vente "port payé, assurance comprise, jusqu'à..." seulement, le vendeur a, au surplus, l'obligation de faire assurer les marchandises contre les risques encourus par elles en cours de transport et de fournir à l'acheteur la police d'assurance ou toute autre preuve de la garantie.

A cela s'ajoute que, si l'acheteur le demande, le vendeur devra fournir une assurance contre les risques de guerre, grève, émeutes et mouvements populaires, s'il est possible de l'obtenir. Mais dans ce cas, le vendeur n'agira que comme mandataire de son cocontractant, lequel devra supporter les frais occasionnés, spécifiquement par cette assurance complémentaire.

Paragraphe 4 / Ventes "rendu frontière" (DAF)

A / Livraison

A la différence des précédents, l'*Incoterm* "rendu frontière" s'applique à des ventes à l'arrivée. Ou, plus exactement, à des ventes dans lesquelles l'obligation de livraison s'exécute à mi-chemin entre le point de départ des marchandises, et le lieu auquel l'acheteur les destine finalement. En effet, le vendeur doit ici faire acheminer les marchandises jusqu'à la ville frontière convenue. Ce lieu doit impérativement être défini avec précision. Tout d'abord, il faut indiquer les deux pays que la frontière sépare: exemple: "rendu frontière franco-allemande". Ensuite, l'indication de la frontière devrait être suivie de celle de la ville-frontière.

Au lieu ainsi convenu, l'exécution de l'obligation de livraison du vendeur consiste à "mettre la marchandise à la disposition de l'acheteur", à la date ou dans le délai prévu. Et, pour permettre à l'acheteur de procéder à sa réception, il doit l'aviser de l'expédition dans un délai suffisant, et lui fournir toutes les informations nécessaires à la prise de possession.

B / Obligations complémentaires

ces obligations accessoires sont assez comparables à celles d'une vente "franco transporteur". Un certain nombre de différences doivent cependant être relevées, et qui sont liées au fait que, contrairement à la "franco transporteur", la vente "rendue frontière" est une vente à l'arrivée.

C'est ainsi, en premier lieu, que lorsque la frontière convenue n'est pas celle du pays d'exportation, les marchandises doivent transiter par un pays tiers avant d'être livrées. Dans ce cas, le vendeur devra également payer les droits, taxes ou autres charges officielles exigibles à raison du transit dans ce pays tiers.

En second lieu, il se peut que l'acheteur souhaite que le transport, à qui le vendeur aura confié l'acheminement de la marchandise jusqu'à la frontière convenue, continue sa route jusqu'au point de destination finale. Dans une telle hypothèse, le vendeur devra fournir à l'acheteur, mais aux frais de celui-ci, un document de transport direct libellé aux conditions usuelles.

En revanche, si cette solution est écartée, et si, en conséquence, la mission du transporteur choisi par le vendeur s'achève à la frontière désignée par le contrat, les marchandises devront être déchargées à cet endroit. Le vendeur, toutefois, ne devra supporter les frais de ce déchargement, y compris, le cas échéant, les frais de chargement sur allège et de manutention, que si tel est l'usage en ce lieu.

Mais c'est surtout par le fait que le vendeur doit assurer l'acheminement de la marchandise jusqu'au point frontière convenu que ses obligations se distinguent le plus sensiblement de celles qui sont prévues dans le cas d'une vente "franco transporteur". A cet égard, toutefois, les

exigences des *Incoterms* sont d'une rigueur que l'on s'explique mal.

En réalité, il semble qu'il faille seulement déduire de ces obligations que le vendeur ne doit pas organiser le transport d'une façon qui soit de nature à rendre anormalement difficile la réception des marchandises par l'acheteur. Il reste, en tout cas, qu'il demeure libre du choix du, ou des moyens de transport qui devront être utilisés, dès lors qu'ils seront aptes à l'acheminement des biens vendus jusqu'au point de livraison convenu.

En revanche, le vendeur n'a pas l'obligation de faire assurer les marchandises, même au cours de leur transport jusqu'au point frontière convenu, ce qui se justifie par le fait qu'elles voyagent, pendant cette période, à ses propres risques. Il s'ensuit qu'en cas de perte, il ne pourra pas, de toute façon, exécuter son obligation de livraison.

Paragraphe 5 / Ventes "rendu droits non acquittés" (DDU) et "rendu droits acquittés" (DDP)

A / Livraison

Les ventes "rendu droits non acquittés" et surtout "rendu droits acquittés", sont incontestablement les plus contraignantes pour l'exportateur. Ventes à l'arrivée, elles l'obligent en effet à livrer la marchandise dans le pays d'importation, au lieu choisi par l'acheteur, qui sera le plus souvent l'établissement même de ce dernier. Comme dans la vente "rendu frontière", cette obligation de livraison consiste à mettre les marchandises à la disposition de l'acheteur au lieu, à la date ou dans le délai convenus, et d'aviser cet acheteur dans un délai suffisant, de l'expédition. La seule différence réside dans le fait qu'ici, le lieu de livraison n'est pas situé à un poste frontière, mais à l'intérieur du pays d'importation.

B / Obligations complémentaires

Les obligations complémentaires à la livraison que le vendeur doit assumer sont, dans la vente "rendu droits non acquittés", strictement identiques à celles qui lui incombent dans la vente "rendu frontière".

En revanche, dans la vente "rendu droits acquittés", le vendeur doit en toute hypothèse obtenir à ses risques et frais la licence d'importation, ou toute autorisation officielle nécessaire à cette importation, et accomplir les formalités douanières requises à cette même fin. Il doit, par conséquent, payer tous les droits, taxes et autres charges officielles exigibles du fait de l'importation, ce qui comprend, en particulier, la T.V.A.

En plus d'une parfaite maîtrise de la logistique de transport, qui est déjà nécessaire au vendeur pour l'évaluation de ses coûts, et, par conséquent, la fixation de son prix dans les ventes "port payé jusqu'à", et dans les autres ventes à l'arrivée, et le choix de l'Incoterm "rendu droits

acquittés" impliquent donc que l'exportateur ait une connaissance très précise de la réglementation fiscale et douanière de l'Etat d'importation. En particulier, il doit être assuré, avant la conclusion du contrat, qu'une règle ne fera obstacle à l'introduction des marchandises dans ce pays: mesures de contingentement, normes techniques de sécurité ou sanitaires, etc...

Section 2) Ventés maritimes classiques

Les *Incoterms* relatifs à la vente maritime sont les plus anciens, et par conséquent, les mieux éprouvés. Et pourtant, ils sont appelés à être de moins en moins souvent utilisés. En premier lieu, en effet, ils ne sont applicables qu'aux ventes purement maritimes et sont donc incompatibles avec le transport combiné, même à dominante maritime, telle que la technique du *roll on / roll off*, ou les marchandises, chargées sur des remorques, sont embarquées avec celles-ci. En second lieu, même dans le cas d'un transport exclusivement par mer (ou par voies navigables intérieures), ils ne sont guère adaptés à la conteneurisation des marchandises, qui constitue pourtant aujourd'hui la règle pour l'immense majorité des produits. C'est la raison pour laquelle il n'est sans doute pas inexact d'affirmer que la tendance est à la marginalisation des *Incoterms* considérés. Pour autant, il serait certainement très téméraire de prédire leur prochaine disparition. Car ils conservent une incontestable utilité, notamment pour la vente en vrac de produits naturels portant sur de grandes quantités.

On décrira les obligations que font peser sur le vendeur les six *incoterms* maritimes en suivant le même ordre de progression qu'à propos des *Incoterms* tous modes de transport: du moins contraignant (FAS), au plus exigeant ("à quai").

Paragraphe 1 / Ventés "franco le long du navire" (FAS)

A / Livraison

Dans la vente FAS, vente au départ, le vendeur doit livrer la marchandise le long du navire que l'acheteur lui aura préalablement désigné, et au lieu de chargement qu'il lui aura également indiqué, au port d'embarquement convenu. Les usages en vigueur dans ce port ne peuvent toutefois qu'influer sur les modalités de cette livraison. S'il ne s'y oppose pas, le vendeur doit lui-même conduire la marchandise à l'endroit précis qui lui a été ainsi fixé. Mais dans certains cas, il lui sera faite obligation de se dessaisir des marchandises à une certaine distance du navire et de les confier à un tiers autorisé pour qu'elles soient conduites le long du bord. Parfois même, il sera nécessaire de les charger sur allège, le tirant d'eau du navire ayant imposé son mouillage en rade ou au large. Ces circonstances n'affecte en rien les obligations du vendeur parce qu'aussi longtemps que les marchandises n'auront pas été amenées le long du navire, il n'aura pas exécuté son obligation de livraison, c'est lui qui devra supporter les frais et les risques de toutes les

opérations nécessaires à cet effet.

En tout cas, aussitôt la marchandise livrée dans les conditions qui viennent d'être définies, le vendeur doit en informer l'acheteur, et lui fournir, à ses propres frais, les documents d'usage attestant de l'exécution de son obligation.

B / Obligations complémentaires

Comme dans les ventes tous modes de transport, le vendeur doit fournir à l'acheteur la facture commerciale ou les données informatiques équivalentes, et les attestations de conformité requises par le contrat. Il doit de même fournir un emballage approprié aux conditions de transport de la marchandise et supporter les frais de mesurage, comptage, pesage, et de contrôle de la conformité de celle-ci, lorsque ces opérations conditionnent sa mise à la disposition de l'acheteur.

Pour le reste, le vendeur n'est tenu qu'à un devoir de collaboration. Il doit donc faire tout ce qui est en son pouvoir pour faciliter, aux risques et aux frais de l'acheteur, l'obtention des documents nécessaires à celui-ci pour l'exportation²⁷³, l'importation et, le cas échéant, le transit des marchandises par un pays tiers, l'assurance et le transport.

Paragraphe 2 / Ventes "franco bord" (FOB)

A / Livraison

Avec la vente CAF, la vente FOB est incontestablement la plus pratiquée des ventes maritimes. Elle oblige le vendeur à livrer la marchandise, non plus, comme dans la vente FAS, le long du navire désigné par l'acheteur, mais à bord de celui-ci, au port d'embarquement et à la date ou dans le délai convenu. Par voie de conséquence, il doit supporter tous les frais liés à la marchandise jusqu'au moment où celle-ci a passé le bastingage du navire. Et, aussitôt cette opération réalisée, il doit en informer l'acheteur, et fournir à celui-ci le document d'usage attestant de la livraison.

B / Obligations complémentaires

Les obligations complémentaires qui pèsent sur le vendeur sont strictement identiques à celles qui lui incomberaient dans une vente FAS, à une seule réserve près: les marchandises livrées par lui doivent être libres à l'exportation. Il s'en suit qu'il doit, d'une part, obtenir la licence d'exportation ou toute autre autorisation officielle nécessaire à celle-ci, et d'autre part payer les

²⁷³A la différence de la vente FOB, en effet, la vente FAS n'oblige pas le vendeur à fournir la licence d'exportation.

frais de toutes les formalités douanières et les droits, taxes et autres charges exigibles du fait de l'exportation.

Paragraphe 3 / Ventes "coût et fret" (CFR) et "coût, assurance et fret" (CAF)

A / Livraison

Les ventes CFR et CAF obligent le vendeur à organiser, pour son propre compte, le transport, et (ventes CAF seulement) à faire assurer les marchandises. Ces obligations supplémentaires n'affectent cependant pas sensiblement les modalités d'exécution de la livraison, par rapport à la vente FOB. Comme dans celle-ci, le vendeur doit livrer la marchandise à bord du navire.

Quoique les ventes CFR et CAF soient l'une et l'autre des ventes au départ, les parties ne précisent que rarement l'identité du port. Dans la majorité des cas est, en effet, seul convenu le port de destination. Il s'ensuit que chaque fois que les clauses du contrat ne restreignent pas, expressément ou implicitement, sa liberté à cet égard, le vendeur peut déterminer lui-même le port d'embarquement sous la seule réserve que son choix ne soit pas incompatible avec les conditions usuelles du transport maritime (ou fluvial) des marchandises. Ensuite, le délai dans lequel il doit choisir la date précise de la livraison est généralement plus large que dans la vente FOB, même s'il est évidemment tributaire, ici encore, non seulement des clauses de la vente, mais encore des caractéristiques propres des marchandises.

Quoiqu'il en soit, le vendeur demeure en toute hypothèse tenu d'aviser l'acheteur, "dans un délai suffisant" de la livraison à bord du navire et de lui fournir toutes les indications qui lui seront nécessaires à la réception de la marchandise.

B / Obligations complémentaires

Sur ce point également, il est possible de renvoyer à ce qui a été dit à propos de la vente FOB dans la mesure où les obligations complémentaires, qui diffèrent de celles résultant de cette dernière, ne sont que la conséquence du fait que le vendeur doit ici, au surplus, organiser le transport et, dans la vente CAF, fournir une assurance.

Quant au contrat de transport, il doit être conclu "aux conditions usuelles", et prévoir l'usage d'un "navire de mer (ou un bateau fluvial) du type de celui normalement utilisé pour le transport de la marchandise décrite au contrat", suivant "la route habituelle". De cette triple exigence, qui ne vaut que dans le silence de la convention des parties, se déduisent les

conséquences suivantes.

D'une part, dans la mesure où la nature et la quantité des marchandises le permettent, et où les usages ne sont pas contraires, le vendeur est en principe libre d'affréter un navire, plutôt que de faire transporter le chargement sous connaissement.

D'autre part, et sous la même réserve, il est également libre du choix du navire, dès lors qu'il n'en résulte aucun risque anormal pour les marchandises.

Quant aux autres conditions du transport, elles devront être conformes aux usages, et n'être donc pas de nature à faire supporter à l'acheteur des charges inhabituelles.

De ce que le vendeur doit organiser le transport, il résulte qu'il doit payer, outre les frais de chargement, qui lui incombent déjà dans la vente FOB, le fret lui-même, lequel constitue un élément du prix global dont il est convenu avec l'acheteur. En revanche, les frais de déchargement de la marchandise au port de destination incombent en principe à l'acheteur. Il en irait autrement que s'ils étaient inclus dans le fret, ainsi qu'il est souvent prévu par les conditions de ligne de navigation régulières.

Il en résulte également que le vendeur doit fournir à l'acheteur et "sans délai", le document de transport, tel, notamment, qu'un connaissement. Les *Incoterms* prévoient que ce document doit correspondre à la marchandise faisant l'objet du contrat, être daté dans le délai convenu pour l'embarquement, permettre à l'acheteur de réclamer la marchandise au transporteur à destination et, sauf convention contraire, permettre à l'acheteur de vendre la marchandise en transit par transfert du document à un acheteur ultérieur (connaissement négociable) ou par notification au transporteur.

Quant à l'assurance, qu'il incombe spécifiquement au vendeur de contracter dans la vente CAF, et dont il doit fournir la police ou autre preuve à l'acheteur, elle ici définie exactement dans les mêmes termes que dans le cas de la vente "port payé, assurance comprise, jusqu'à...".

Paragraphe 4 / Ventes "rendu *ex ship*" (DES)

A / Livraison

A la différence des précédentes, la vente *ex-ship* est une vente à l'arrivée. En effet, elle oblige le vendeur à livrer la marchandise à bord du navire, "au point de déchargement usuel du port de destination désigné, à la date ou au délai stipulé dans le contrat de vente". Il résulte de cette dernière précision que le vendeur manquerait à son obligation, si, à l'échéance du délai convenu pour la livraison, le navire se trouvait dans la rade du port en attendant qu'une place soit libre le long du quai de déchargement. En outre, les marchandises doivent être mises à la

disposition des acheteurs "de façon à permettre leur enlèvement du navire par les moyens de déchargement appropriés" à leur nature. Il s'ensuit qu'elles devront être, le cas échéant, désarrimées et rapprochées du bastingage, aux frais du vendeur. Enfin, pour permettre à l'acheteur de prendre toutes les mesures utiles à leur déchargement, ce dernier doit l'aviser "dans un délai suffisant du moment d'arrivée probable du navire désigné".

B / Obligations complémentaires

En plus de la livraison, dont les modalités viennent d'être décrites, le vendeur supporte les mêmes obligations complémentaires que dans la vente CFR, sous cette seule réserve en plus des droits et formalités d'exportation, le vendeur doit, le cas échéant, supporter la charge des formalités et taxes impliquées par le transit des marchandises dans un pays tiers.

Paragraphe 5 / Ventes "rendu à quai" (droits acquittés)" (DEQ)

A / Livraison

Comme la vente *ex-ship*, la vente "à quai" est une vente à l'arrivée. Elle en diffère cependant, en ce qu'elle oblige le vendeur à livrer la marchandise, au port de destination et à la date et dans le délai convenus, non plus à bord du navire, mais sur le quai ou le débarcadere. De cela, il résulte que si le vendeur doit encore fournir à l'acheteur le document de transport, c'est en tant seulement que celui-ci permettra l'enlèvement de la marchandise. Il pourra donc être remplacé par tout autre document ayant le même effet.

Bien entendu, le vendeur demeure tenu de fournir à l'acquéreur toute indication qui sera nécessaire à ce dernier pour réceptionner la marchandise et, par conséquent, de l'aviser en temps utiles de la date probable de l'arrivée du navire.

B / Obligations complémentaires

Dans la mesure où les marchandises doivent être livrées à quai, le vendeur doit supporter tous les frais liés à la marchandise jusqu'au moment où elle sera mise à la disposition de l'acheteur à cet endroit. Il s'ensuit en particulier que sont à sa charge tous les frais de débarquement. Mais surtout, dans la vente "rendu à quai", les marchandises doivent en principe être livrées libre à l'importation. Par conséquent, et en plus des obligations qui auraient pesé sur lui dans une vente "rendu *ex-ship*", il incombe au vendeur d'accomplir toutes les formalités douanières nécessaires à l'importation, d'en supporter les frais, et de payer tous les droits, taxes et autres charges officielles exigibles du fait de celles-ci. Sans doute est-il vrai que les parties pourraient en disposer autrement en spécifiant que la vente est conclue "droits non acquittés", ou bien encore "droits acquittés à l'exclusion de la T.V.A."... Mais, à défaut d'une telle stipulation expresse, le vendeur ne pourrait pas refuser de payer des droits d'importation.

Fruits de la pratique marchande internationale, codifiées par une institution privée, les Incoterms sont incontestablement des éléments transnationaux contribuant grandement à l'harmonisation du droit de la vente internationale de marchandises. Qu'en sera-t-il des dispositions substantielles de la Convention de Vienne?

TITRE II] LES DISPOSITIONS SUBSTANTIELLES DE LA CONVENTION DE VIENNE

Chapitre I] La Convention de Vienne et la formation du contrat de vente

Pour être valablement formé, un contrat doit être le fruit d'une rencontre de volonté²⁷⁴, c'est-à-dire d'une offre (Section 1) et d'une acceptation (Section 2).

Section 1) L'offre

Paragraphe 1 / Définition

Aux termes de l'article 14, l'offre est une proposition de conclure un contrat adressée à une ou plusieurs personnes déterminées.

Pour être davantage qu'une simple invitation à entrer en pourparlers, l'offre doit répondre à certaines conditions:

- Elle doit être adressée à une personne déterminée (Art. 14, alinéa 1) sinon c'est une invitation à faire une offre sauf volonté contraire du pollicitant (Art. 14, alinéa 2).

- Elle doit être précise: elle doit indiquer la marchandise et sa quantité. Doit-elle fixer un prix? Sur ce point la Convention est imprécise (les articles 14 et 55 sont contradictoires, cf. infra note 313) et il faut vérifier l'exigence de détermination préalable d'un prix au regard du droit national applicable au contrat en vertu des règles du droit international privé.

Or, les droits nationaux, sur le problème de la détermination du prix sont loin d'être harmonisés.

Le juge français exige, sous peine de nullité absolue du contrat, que les parties aient

²⁷⁴ Sur la formation du contrat telle que régie par la Convention de Vienne cf. l'étude très complète de John E. Murray Jr. "An Essay on the Formation of Contracts and Related Matters under the United-Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", *Journal of Law and Comm.*, 1988, pp. 11-51.

déterminé le prix de la vente dès la formation du contrat²⁷⁵ ou aient stipulé des éléments objectifs susceptibles de rendre le prix déterminable²⁷⁶. Dans tous les cas il se refusera à fixer lui-même un prix.

Le droit anglais est assurément beaucoup plus souple²⁷⁷. Le "Sale of Goods Act" de 1973 (consolidé en 1979) article 8 a codifié plusieurs clauses implicites ("implied terms") relatives au prix dans le but de permettre au juge de fixer un prix raisonnable implicitement contenu dans le contrat²⁷⁸. Cette intervention active du juge anglais dans l'interprétation du contrat tranche avec l'attentisme prudent de son collègue français. Nous pensons néanmoins que sous la double pression des réalités économiques et de l'intégration européenne, le droit français ne peut que s'assouplir sur ce point. D'ailleurs, des signes d'évolution sont déjà perceptibles.

Le droit américain est aussi très souple et il fixe les conditions dans lesquelles le juge pourra fixer un prix non déterminé, ni même déterminable par les stipulations du contrat: le Code de Commerce Uniforme²⁷⁹ dispose en effet que : "même si un ou plusieurs de ces éléments ne font pas l'objet de dispositions particulières, un contrat de vente n'est pas pour autant vicié pour manque de spécificité²⁸⁰ si l'intention des parties était d'établir des rapports contractuels et s'il y a un fondement raisonnable permettant d'y apporter un remède approprié"²⁸¹. En outre cette disposition est à rapprocher de l'article 2-203 du U.C.C. qui prévoit expressément qu'un contrat

²⁷⁵ Cf. article 1591 du Code Civil: "Le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties".

²⁷⁶ Le Code civil donne un exemple de prix déterminable en disposant que le prix peut-être "laissé à l'arbitrage d'un tiers" (Art. 1592). Mais le caractère déterminable du prix soulève de nombreuses difficultés en pratique, en raison des exigences très rigoureuses que pose la Jurisprudence. Celle-ci décide en effet que "*la fixation définitive du prix doit être indépendante de la volonté d'un ou des deux contractants*" (cf. Com., 24 Mars 1965, D., 1965.474, RTD Civ., 1965.821, obs. Cornu); François Collart Dutilleul et Philippe Dèlebecque "Contrats civils et commerciaux", op. cit., p. 107.

²⁷⁷ Cf. Camille Jauffret Spinosi "Une perspective de droit comparé", Les Cahiers du Droit, 1989-30, p. 657.

²⁷⁸ Pour une étude plus détaillée cf. Isabelle Corbisier "La détermination du prix dans les contrats commerciaux portant vente de marchandises", Rev. Int. de Drt. Comp., 1988, pp. 793-804. (Pour le droit français cf. pp. 772-786; pour le droit américain cf. pp. 804-821).

²⁷⁹ U.C.C. article 2-204.

²⁸⁰ Notion d'"indefiniteness" qui peut rendre le contrat "unenforceable" (inopposable).

²⁸¹ Traduction par John Paulsson, chronique "USA- la détermination du prix dans les contrats", DPCI, 1981, p. 132. Texte original: "Even though one or more terms are left open, a contract for sale does not fail for indefiniteness if the parties have intended to make a contract and there is reasonably certain basis for giving an appropriate remedy"

de vente peut omettre la mention du prix, auquel cas celui-ci sera "le prix raisonnable" au moment de la livraison.

– Enfin, la convention dispose que l'offre doit indiquer la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation.

Paragraphe 2 / Régime

Aux termes de l'article 15, alinéa 1, l'offre prend effet lorsqu'elle parvient à son destinataire. Derrière la simplicité d'une telle affirmation, se cache un système complexe pour déterminer sa révocabilité:

En premier lieu, l'offre sera rétractable si la rétractation parvient au destinataire de l'offre avant ou en même temps que cette offre (Art. 16-1).

En second lieu, elle devient révocable tant que le contrat n'est pas conclu, ou plus exactement, tant que le destinataire de l'offre n'a pas expédié son acceptation²⁸².

Mais ce principe subit des exceptions: d'abord, et fort logiquement, l'offre n'est pas rétractable au cours du délai qu'elle laissait, éventuellement, à la réflexion du destinataire pour donner sa réponse (Art. 16 a). De même, si, expressément ou pas, elle était irrévocable ou s'il était raisonnable que son destinataire le croit et ait agi en conséquence (Art. 16-2 b).

Dans ces deux derniers cas, il faudra donc tenir compte des habitudes nées entre les parties, des comportements, voire même des usages.

Il faut remarquer que la rédaction de la Convention sur ce point est peut-être trop floue pour parvenir à unifier les droits nationaux. Que disposent-ils?

En droit français, si l'offre ne fixe pas de délai et si elle est adressée à une personne déterminée, le pollicitant sera alors tenu de maintenir son engagement pendant un délai raisonnable afin que le bénéficiaire ait le temps de l'examiner²⁸³.

Le droit anglais est beaucoup moins restrictif puisque l'offre qui ne contient pas de délai peut librement être rétractée par son auteur tant que le bénéficiaire n'a pas accepté, sauf si ce dernier a déjà versé une "consideration"²⁸⁴.

²⁸² L'expédition de l'acceptation marquant en principe le moment où l'accord est conclu.

²⁸³ Cf. sur ce point Ph. Malaurie et L. Aynès "Droit civil, les obligations", 2ème éd. 1990, Cujas, 1990, pp. 214 et 215.

²⁸⁴ Cf. M. Rodière "La formation du contrat", Institut de droit comparé, Paris, Ed. A Pedone, 1976.

Pour les Provinces anglophones canadiennes, l'article 4-5 du "Uniform Sale of Goods Act" dispose que le pollicitant peut retirer l'offre non assortie d'un délai s'il n'avait aucune raison de croire que son destinataire commencerait à l'exécuter. Il s'agit ici de protéger le bénéficiaire qui "s'est raisonnablement lié à l'offre et a agit en conséquence"²⁸⁵. On est très proche de l'article 16-2 b) de la Convention. Au Québec, l'article 1386 du Projet de Code Civil semble adopter la même solution que le droit anglais, même si, à l'heure actuelle, c'est la solution française qui prévaut²⁸⁶.

Aux États-Unis, enfin, la solution donnée par le U.C.C. (article 2-205) se rapproche de la solution française: l'offre sans délai doit être maintenue pendant une période raisonnable ne pouvant excéder trois mois.

Ainsi, les droits nationaux sont divergents sur le problème de la libre révocabilité d'une offre sans délai.

Cependant ces divergences semblent assez peu profondes et l'article 16 de la Convention semble parvenir à en réaliser une synthèse en utilisant une fois de plus la notion de bonne foi. Son application uniforme est donc possible à condition que les juges en aient vraiment le désir.

Section 2) L'acceptation

Comment peut-on la définir (Paragraphe 1), quel est son régime (Paragraphe 2)?

Paragraphe 1 / Définition

D'après l'article 18, alinéa 1, elle consiste en une déclaration ou un comportement qui indique ou implique que le bénéficiaire accepte l'offre.

En outre, les articles 18 et 19 apportent quelques précisions:

d'abord, le silence ou la passivité (le texte vise "l'inaction") ne valent pas acceptation.

Ensuite, d'après l'article 19, alinéa 1, l'acceptation qui n'est pas pure et simple et qui modifie l'offre (par addition ou limitation) n'est plus une acceptation mais devient une contre offre. Il faut cependant qu'une telle modification constitue une altération substantielle des termes de l'offre (Art. 19.alinéa 2), c'est à dire qu'elle soit notamment relative au prix, au paiement du prix, à la

²⁸⁵ Cf. Claude Samson "L'harmonisation du droit de la vente: l'influence de la Convention de Vienne sur l'évolution et l'harmonisation des Provinces canadiennes", Les Cahiers de Droit, 1991, p. 1012.

²⁸⁶ Cf. Great West Life Assurance Co. v. Cie de Construction Belcourt Ltée, [1987], RJQ 1703. Plus généralement cf. Maurice Tancelin "Des obligations", 4^{em} Ed., 1988, W & L, pp.52.

qualité de la marchandise, à sa quantité, au lieu et au moment de sa livraison, à l'étendue de la responsabilité d'une partie à l'égard de l'autre (Art. 19, alinéa 3). La notion "d'altération substantielle" est vaste, peut-être même l'est-elle trop. Pourtant les usages devront être pris en compte pour apprécier, par exemple, dans quelle mesure l'allongement d'un délai de livraison suffit à transformer l'acceptation en contre offre²⁸⁷.

Cette référence aux usages est, ici encore, source d'incertitude et la résurgence du droit national d'un pays est à craindre²⁸⁸. Face à ce risque et face à l'importance pratique du problème, une étude comparée s'impose.

Avant cela, il faut expliquer que bien souvent, en pratique, les contrats de vente ne sont ni réellement ni minutieusement négociés. Non pas qu'une partie adhère aux conditions posées par l'autre, mais plutôt que les parties au contrat basent leur relation sur leurs conditions générales respectives, c'est-à-dire sur de simples formulaires pré-rédigés qu'elles ne font que s'échanger²⁸⁹. Or, les stipulations de ces conditions générales peuvent se révéler additionnelles ou contradictoires et provoquer de ce fait, un doute sur la formation effective du contrat.

Comment les droits nationaux règlent-ils ce problème de la "Bataille des conditions générales"²⁹⁰ (en anglais "battle of forms").

Le juge français applique la "théorie du consensus"²⁹¹: si les clauses sont d'un contenu semblable, le contrat est formé. Si elles sont contradictoires, elles s'annulent: aucune des parties ne pourra l'invoquer²⁹².

Cependant, une partie ne pourra plus contester une clause contenue dans les conditions générales de son cocontractant et non contredite par ses propres conditions générales, si elle n'a pas manifesté d'opposition en en prenant connaissance. Elle est présumée l'avoir acceptée (c'est en cela que l'on peut parler d'un consensus).

²⁸⁷ Il est en effet fort probable qu'un tel changement sera beaucoup plus important lors d'une vente de produits alimentaires périssables que de biens d'équipement.

²⁸⁸ Cf. Christine Moccia "The United-Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Battle of the Forms", *Fordham Int. Law Journ.*, 1989-1990, pp. 650-679; Frans J.A. Van Der Velden "Uniform International Sales Law and the Battle of the Forms", in "Unification", Kluwer, 1984, pp. 233-249.

²⁸⁹ Sur la rédaction de ces formulaires cf. Jean Thieffry "La rédaction des conditions générales de vente", in "La vente internationale de marchandises", op. cit., pp. 110-123.

²⁹⁰ Cf. Jean Thieffry, op. cit., p 72.

²⁹¹ Ou "principe de l'annulation réciproque" cf. Michael R. Will "Conflits entre conditions générales" in "les ventes internationales de marchandises", *Economica*, 1981, pp. 99-110.

²⁹² C'est donc le droit supplétif de la vente qui s'appliquera dans cette hypothèse, tout comme dans celle où aucune clause n'a été prévue par l'une des conditions générales pour régir tel point de droit.

Le juge anglais va appliquer la théorie dite du "last shot"²⁹³: le contrat sera formé dès que le dernier des formulaires envoyé est reçu sans que son destinataire n'ait formulé d'objections (celui qui gagne est celui qui a tiré le dernier coup). Il ne pourra donc pas se prévaloir d'une clause contradictoire contenue dans ses propres conditions générales.

Aux États-Unis, c'est le Code de Commerce Uniforme²⁹⁴ qui règle le problème: une acceptation de l'acheteur contenant des conditions générales dont les clauses ajoutent ou modifient celles contenues dans les conditions du vendeur n'empêchent pas le contrat de se former si elles ne constituent pas une modification substantielle de l'offre initiale et si elles n'ont pas été expressément rejetées par le vendeur²⁹⁵.

Donc, les clauses modificatives ou additionnelles sont interprétées comme des propositions complémentaires qui vont s'intégrer au contrat sauf si:

- "l'acceptation a été expressément subordonnée à un assentiment de ces nouvelles clauses qui n'a pas été donné.
- l'offre initiale a expressément limité l'acceptation aux termes dans lesquels elle a été formulée.
- le refus de ces clauses a été notifié dans un délai raisonnable suivant leur réception"²⁹⁶.

En Ontario, c'est l'article 4.2 du Uniform Sale of Goods Act qui donne une solution très proche de l'article 19 de la Convention de Vienne²⁹⁷:

- article 4.2(3): "A reply to an offer purporting to be an acceptance but containing additional or different terms which do not materially alter the terms of the offer constitutes an acceptance and in such a case the terms of the contract are the terms of the offer which the modifications contained in the acceptance".
- article 4.2(4): "Subsection 3 does not apply if the offer reasonably notifies the offeree of his objection to the additional or different terms".
- article 4.2(5): "For the purpose of subsection (3), additional or different terms relating to the price, payment, quality and quantity of the goods, place and time of delivery, extent of one

²⁹³ Selon l'expression de Lord Denning, cf. "The butler machine tool Cy Ltd v. Ex-Cell-O-Corp" [1979] ALL.E.R. 969.

²⁹⁴ U.C.C., Section 2-207

²⁹⁵ Une solution très proche de l'article 19 de la Convention de Vienne.

²⁹⁶ Jean Thieffry, op. cit. p. 73.

²⁹⁷ Cf. John Swan, Barry J. Reiter "Contracts, Cases, Notes and Materials", Fourth éd. 1991, pp. 350 et S.

party's liability to the order or the settlement of disputes are terms which materially alter the terms of the offer".

Enfin, il semble qu'au Québec la "théorie du consensus" soit aussi utilisée.

Pour conclure sur ce point, il faut remarquer que la plupart des droits étudiés (à l'exception de la Common Law anglaise) semble appliquer la théorie de l'acceptation implicite (ou consensus) d'une clause additionnelle. Cependant, il faut recommander aux parties d'être tout de même très prudentes et d'imprimer en gros caractères dans leurs conditions générales, certaines clauses telles les clauses attributives de juridiction, les clauses de réserve de propriété... sous peine de rester tenues par le contrat sans pouvoir s'en prévaloir.

Paragraphe 2 / Régime

La Convention a retenu le système de la réception: d'après l'article 18, alinéa 2, l'acceptation de l'offre prend effet au moment où l'indication d'acquiescement parvient à l'auteur de l'offre.

Ce principe souffre d'une exception: l'acceptation doit parvenir au pollicitant soit dans le délai stipulé dans l'offre soit, en l'absence d'une clause à cet effet, dans un délai raisonnable. Ce délai devra s'apprécier eu égard à l'objet du contrat et aux usages²⁹⁸.

Quittons à présent le domaine de la formation du contrat pour nous diriger vers celui qui est au coeur de la Convention, celui des "effets du contrat".

²⁹⁸ Pour une étude détaillée du régime de l'acceptation cf. Kazuaki Sono "Formation of International Contracts under the Vienna Convention: a Shift above the Comparative Law" in "International Sale of Good, Dubrovnik Lectures", Oceana Publication, 1986, pp.111 et S; Jan-Pierre Plantard "Un nouveau droit uniforme de la vente internationale: la Convention des Nations-Unies du 11 Avril 1980", J.D.I. (Clunet), 1988, pp. 333 et S; Ph. Kahn "La Convention de Vienne du 11 Avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises" R.T.D.Civ., 1981., pp. 963-968.

Chapitre II] La convention de Vienne et les effets du contrat de vente

Ici, l'essentiel des dispositions sont les articles 25 à 88 qui constituent la troisième partie.

Pour décrire au mieux les effets du contrat tels que disposés par la Convention, il faut opérer la classique distinction entre obligations du vendeur (Section 1) et obligations de l'acheteur (Section 2), sans oublier qu'il existe des règles communes au vendeur et à l'acheteur (Section 3).

Section 1) Les obligations du vendeur

Aux termes de l'article 30 "le vendeur s'oblige... à livrer les marchandises, à en transférer la propriété et, s'il y a lieu, à remettre les documents s'y rapportant". S'il ne respecte pas ses obligations de délivrance conforme (Sous-section 1), il sera sanctionné (Sous-section 2).

Sous-section 1) Obligation de délivrance conforme

Paragraphe 1 / La livraison de la marchandise

L'article 31 dispose un système compliqué pour déterminer le lieu de la livraison de la marchandise, c'est à dire le lieu où elle sera mise à la disposition de la personne qui doit la prendre en charge.

Sans entrer dans les détails de l'article 31, on peut simplement faire remarquer que la stipulation quasi systématique d'Incoterms dans les contrats internationaux va régler le problème du lieu de livraison de façon satisfaisante et uniforme (Cf. Infra p.135).

Paragraphe 2 / La remise des documents

Cette obligation essentielle est visée par l'article 34 qui oublie malheureusement de donner une liste de ces documents. C'est donc au cas par cas et conformément à l'obligation de bonne foi qui pèse sur le vendeur, que le juge devra déterminer quels sont les documents qui se rapportent à la vente²⁹⁹. Mieux vaut donc être vigilant et rédiger le contrat avec précision sur ce

²⁹⁹ On peut distinguer deux catégories de documents en matière de vente internationale de marchandises: ceux utilisés généralement dans le cadre d'un crédit documentaire (facture,

point.

Paragraphe 3 / La remise d'une marchandise conforme

On peut distinguer la conformité matérielle (Sous-paragraphe 1) de la conformité juridique (Sous-paragraphe 2). On pourra ensuite s'interroger sur le moment et la façon d'opérer le contrôle de conformité (Sous-paragraphe 3) ainsi que sur le transfert des risques (Sous-paragraphe 4).

Sous-paragraphe 1 / La conformité matérielle

D'après l'article 35 "le vendeur doit livrer des marchandises dont la quantité, la qualité et le type répondent à ceux qui sont prévus au contrat et dont l'emballage ou le conditionnement correspond à celui qui est prévu au contrat".

Sur ce problème aussi important que la conformité, puisque la majorité du contentieux concerne la qualité de la marchandise, l'article 35 est plus précis dans son alinéa 2 (a,b,c,d). Plus exactement, il précise la teneur de l'obligation de délivrance conforme du vendeur dans le silence du contrat: pour être conforme, les marchandises doivent être propres aux usages auxquels elles servent habituellement, ou bien elles doivent être propres aux usages spéciaux stipulés dans le contrat ou portés à la connaissance du vendeur au moment de la conclusion du contrat; elles doivent être conformes à l'échantillon ou au modèle présenté par le vendeur; enfin, elles doivent être emballées ou conditionnées selon le mode habituel pour des marchandises de même type ou, à défaut de modèle habituel, d'une manière propre à les conserver et à les protéger.

Mais la Convention de Vienne étant supplétive, le problème de la validité des clauses d'exonération ou de limitation de la garantie n'est pas uniformisé. C'est donc la loi nationale applicable en vertu de la règle de conflit du for qui va trancher la question.

Le droit français est très sévère vis-à-vis de ces clauses. En effet, depuis les années 1950, le juge français considère que le vendeur professionnel est un vendeur de mauvaise foi sensé connaître parfaitement tous les vices susceptibles d'affecter la chose qu'il vend³⁰⁰. Ainsi, en vertu de l'article 1643 du Code civil, il ne peut se prévaloir d'une clause éludant ou limitant la garantie légale³⁰¹. Cette jurisprudence protectrice de l'acheteur a été confirmée par la loi du 10 Janvier

documents de transports, certificats d'origine, certificats de qualité...), ceux permettant une meilleure exploitation de la marchandise (fiche technique, manuel d'entretien...).

³⁰⁰ Cass.Civ. 1ère, 24 Nov. 1954, Sem. Jur., 1955 II.8565.

³⁰¹ Pour le régime de cette garantie légale, cf. François Collart Dutilleuil et Philippe Dèlebecque "Contrats civils et commerciaux", op. cit., pp. 177 et S; Philippe Le Tourneau "Conformités et garanties en droit français de la vente", in "Les ventes internationales de marchandises", op. cit.,

1978 sur les clauses abusives dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs.

Cependant, une telle clause sera valable lorsque l'acheteur est un professionnel de la même spécialité³⁰² que le vendeur, encore que, même dans cette hypothèse, elle n'aura pas un effet absolu puisqu'elle ne pourra pas jouer en cas de dol ou de faute lourde du vendeur, ou de vice indécélable.

Une telle prise de position du droit français peut être gênante pour les vendeurs français puisque, comme nous le verrons, les autres droits sont moins rigoureux. Alors, on peut se demander si en matière de contrats internationaux le droit français n'aurait pas tendance à s'assouplir en considérant que la clause limitant ou édulcorant la responsabilité du vendeur n'heurte pas sa conception de l'ordre public international. Si tel était le cas, deux conséquences pourraient être déduites: d'abord, lorsque la règle de conflit donne compétence à un droit étranger, c'est la solution donnée par ce droit qu'il faudra appliquer même si en l'espèce, il valide une telle clause alors que le droit français l'aurait déclarée nulle. Ensuite, si c'est le droit français qui s'applique, la solution sera moins rigoureuse, c'est-à-dire plus proche de celle donnée par la Convention de Vienne.

Si la première conséquence semble possible³⁰³, la seconde ne l'est assurément pas, ce qui devrait pousser les vendeurs français à choisir un autre droit que le droit français. Peut-être sera-ce le droit anglais.

En Angleterre, si le "Sale of Goods Act" (Section 55) annule les clauses limitatives ou exclusives de responsabilité dans les ventes aux consommateurs, le "Unfair Contract Terms Act" de 1977 admet la validité de ces clauses dans les ventes entre professionnels à condition qu'elles

pp. 232-290.

³⁰² Pour en savoir plus sur la notion très restrictive de "professionnel" en droit français, cf. Jean Thieffry et Chantal Granier "la vente internationale", op. cit., p.113.

³⁰³ Cf. Cass. Civ. 1ère, 4 octobre 1989. Un arrêt dans lequel la Cour Suprême française casse l'arrêt d'appel qui dispose que la " *clause d'exclusion de garantie ne peut produire effet à vis-à-vis d'un vendeur professionnel que si celui-ci a eut la possibilité de déceler le vice au moment de la livraison ou s'il est d'usage en la matière d'exclure la garantie d'un tel vice*" au motif que " *en se déterminant ainsi, sans rechercher, à défaut d'accord exprès des parties, la loi applicable à la vente, laquelle régit la validité et la portée des clauses d'exclusion de garantie, la Cour d'Appel n'a pas donné de base légale à sa décision*". Cependant, cette décision semble n'avoir de sens que si le contrat est conclu entre des professionnels de la même spécialité. En effet, un autre arrêt de la Cour de Cassation (Cass. Com. 16 avril 1991), sans contredire expressément le précédent, semble inviter les juges du fond à vérifier " *si les clauses d'exonération(de responsabilité)*" valables en droit belge (droit déclaré applicable en l'espèce) " *étaient conformes à la conception française de l'ordre public international*".

soient raisonnables³⁰⁴.

Sans entrer dans le détail d'un droit anglais complexe sur ce point, on peut dire qu'il va trancher au cas par cas: il examinera s'il était équitable et raisonnable d'inclure la clause dans le contrat, eu égard aux circonstances qui ont été ou auraient raisonnablement dû être connues ou prises en considération, lors de la conclusion du contrat³⁰⁵.

Le droit américain est ici très complexe³⁰⁶. On peut tout de même dire que les clauses exonérations ou limitatives de responsabilité sont valables entre professionnels sous réserve d'être abusives³⁰⁷. D'après le Code de Commerce Uniforme, si le juge estime que le contrat ou l'une de ses clauses sont abusives, il peut soit refuser de faire exécuter le contrat, soit le faire exécuter sans tenir compte de la clause abusive, soit limiter l'application d'une telle clause de façon à en éviter les conséquences abusives, en tenant compte du contexte commercial dans lequel le contrat a été conclu en fonction de son objet et de ses effets³⁰⁸.

Au Canada, le droit québécois est semblable au droit français en ce sens que s'il annule la clause exonératoire ou limitative de garantie lorsqu'elle est opposée à un acheteur occasionnel ou un non professionnel³⁰⁹, il la valide lorsqu'elle limite ou exclue les droits légaux d'un acheteur professionnel³¹⁰.

Sous-paragraphes 2 / La conformité juridique

Contrairement aux Conventions de La Haye, la Convention de Vienne uniformise le droit de la vente sur ce point.

D'abord, l'article 41 dispose que "le vendeur doit livrer les marchandises libres de tout

³⁰⁴ Cf. Marc Borello "Conformités, garantie et clauses élisives ou limitatives de responsabilité dans le droit anglais de la vente", Rev. Int. de Drt. Comp., 1984, pp. 370 et S.

³⁰⁵ Il semble que le juge prenne notamment en compte le préjudice subi par l'acheteur face à la réparation offerte par le vendeur. Cf. Chambre des Lords, "Georges Mitchell (Chesterhall) v. Finney Lock Seeds Ltd." (1983) 2 ALL ER 737.

³⁰⁶ Cf. Konrad Zweigert et Hein Kötz "Introduction to Comparative Law", vol.II, 1987, pp. 21 et S.

³⁰⁷ Notion d'"unconscionability" qu'aucun texte ne définit précisément. Pour une étude de cette notion cf. Epstein "Unconscionability: a Critical Reappraisal", J.L. & Econo. 293. (1975).

³⁰⁸ U.C.C. Art. 2-302.

³⁰⁹ Cf. l'intéressante réflexion du juge Pratte dans l'affaire "Kravitz" ("General Motors products of Canada v. Kravitz", (1979) R.C.S. 790) : "Alors que de nos jours la vente est fréquemment un contrat d'adhésion, il m'apparaît important de ne pas permettre qu'un fabricant ou un vendeur professionnel puisse ignorer systématiquement la garantie des vices cachés ou en restreindre les effets au détriment de l'acheteur occasionnel...".

³¹⁰ Cf. Nabil Antaki "Les défauts de conformité et les vices cachés en droit québécois" in "les ventes internationales de marchandises" op. cit., pp. 340-368.

droit ou prétention d'un tiers".

Ensuite et surtout, il doit "livrer la marchandise libre de tout droit ou prétention d'un tiers fondée sur la propriété industrielle ou autre propriété intellectuelle..." (Article 42).

Il sera cependant exempté de cette obligation s'il prouve sa bonne foi³¹¹ (Art. 42, alinéa 1) ou la mauvaise foi de l'acheteur³¹² (Art. 42, alinéa 2, a).

Sous-paragraphe 3 / Le moment d'appréciation de la conformité

Pour qu'il soit imputable au vendeur, il faut que le défaut ait existé avant le transfert des risques (Art. 36, par. 1). Si le défaut se révèle après le transfert des risques, le vendeur n'en est pas exonéré pour autant (Art. 36, par. 1). Cependant l'acheteur doit être diligent et il devra "examiner la marchandise ou la faire examiner dans un délai aussi bref que possible eu égard aux circonstances" (Art. 38, par. 1)³¹³.

Si l'examen doit être rapide, la dénonciation au vendeur d'un éventuel défaut doit l'être aussi: l'article 39, par. 1, envisage non seulement un "délai raisonnable" de dénonciation³¹⁴ mais impose aussi à l'acheteur de "préciser la nature du défaut". Cette même obligation pèse sur lui lorsque sa jouissance de la chose est troublée par les revendications d'un tiers en matière de propriété ou de propriété intellectuelle (Art. 43, par. 1) sauf à prouver la mauvaise foi du vendeur (Art. 43, par. 2).

En outre, la Convention tente de préciser ce qu'il faut entendre par "délai raisonnable": "Dans tous les cas³¹⁵ l'acheteur est déchu du droit de se prévaloir d'un défaut de conformité s'il ne le dénonce pas dans un délai de deux ans à compter de la date à laquelle les marchandises lui ont été effectivement remises..."

Enfin, la mauvaise foi du vendeur³¹⁶ lui interdira de se prévaloir du bénéfice des articles

³¹¹ Il pouvait légitimement ignorer l'existence de tels droits.

³¹² Il connaissait ou ne pouvait ignorer l'existence de tels droits (art. 42, alinéa 1).

³¹³ L'article 38, dans ses alinéas 2 et 3, précise cette obligation en disposant qu'il est raisonnable que l'examen des marchandises s'opère dès leur arrivée à destination lorsque, comme c'est le cas en général, le contrat implique un transport de marchandises.

Il est regrettable que la Convention ne précise pas si c'est l'acheteur ou si c'est un tiers qui se charge du transport. En effet, dans l'hypothèse où l'acheteur assume cette prestation, il serait plus juste d'imposer l'examen de conformité dès la remise des marchandises par le vendeur. Ce point de vue sera plus conforme à l'exigence de délai "aussi bref que possible".

³¹⁴ Pour une étude de droit comparé sur ce point cf. Théa Krapp "The Limitation Convention for International Sale of Goods", Journ. World Trade Law, 1985, pp. 343-363.

³¹⁵ Cas où le contrat est silencieux. Cette expression ne peut donner force impérative à cette disposition.

³¹⁶ Qui résulte de sa connaissance du défaut de conformité et de la non divulgation de ce défaut à

38 et 39 (bref délai pour examiner les marchandises; délai raisonnable pour dénoncer le défaut) (article 40).

Sous-paragraphe 4 / Le transfert des risques

Il s'agit d'un problème important qui nécessitait d'autant plus une unification que les droits nationaux sont très divergents sur ce point³¹⁷.

Les rédacteurs de la Convention n'ont donc pas oublié d'envisager le transfert des risques (Art. 66 à 70).

On peut dire que la Convention distingue deux hypothèses:

– lorsque le contrat de vente implique un transport de marchandises, les risques sont transférés à l'acheteur dès la remise des marchandises au transporteur (Art. 67 et 68).

– lorsque le contrat de vente n'implique pas un transport de marchandise les risques sont transférés à l'acheteur dès que les marchandises sont mises en sa possession (Art. 69).

Il est important de déterminer le moment précis du transfert des risques puisque, après ce transfert, "la perte ou la détérioration des marchandises... ne libèrent pas l'acheteur de son obligation de payer le prix..." (Art. 66)³¹⁸.

Quelques soient les mérites de la Convention sur ce point, il convient d'en limiter la portée eu égard à la pratique quasi généralisée des Incoterms en matière de vente internationale de marchandises³¹⁹.

La question du transfert de la charge des risques, c'est-à-dire de la détermination de celle des parties qui doit supporter les conséquences d'une perte fortuite, totale ou partielle, des produits vendus entre le moment de la conclusion du contrat et celui de la prise de possession de l'acheteur ³²⁰, est assurément capitale; Il n'est pas rare en effet, que les marchandises soient

l'acheteur.

³¹⁷ Cf. l'étude comparative et du droit uniforme de Bernd Von Hoffman "Passing of Risk in International Sales of Goods" in "International Sales of Goods, Dubrovnik Lectures", 1986, pp. 265 et S.

³¹⁸ Sauf pour l'acheteur à prouver que cette perte ou cette détérioration sont "dus à un fait du vendeur" (Art. 66 in fine).

³¹⁹ Cf. supra

³²⁰ Les risques peuvent en effet être définis comme tout événement, étranger aux parties, et postérieurs à la conclusion du contrat, qui place l'acheteur dans l'impossibilité de prendre possession des biens vendus: risques matériels de perte ou de détérioration des marchandises; risques juridiques de réquisition ou d'embargo, etc...

endommagées au cours de leur transport, ou à l'occasion des opérations de manutention que celui-ci implique.

Or, selon que le transfert des risques est antérieur, ou au contraire postérieur à la survenance de ces éventuels sinistres, le vendeur doit ou non être regardé comme ayant satisfait aux obligations que le contrat mettait à sa charge. Corrélativement, du moment auquel ce transfert des risques se réalise, ne peut que dépendre l'étendue de la garantie que chacune des parties a intérêt à souscrire auprès des compagnies d'assurance. On s'explique, dans ces conditions, que cette question, à laquelle les différentes législations nationales ne consacrent le plus généralement que des dispositions purement supplétives de volonté, ait toujours fourni l'un des principaux terrains de développement des usages, et qu'elle ait également constitué l'une des préoccupations essentielles des rédacteurs, tant des *Incoterms* que de la Convention de Vienne.

Celle-ci, cependant, a très opportunément complété les solutions qu'elle arrête en la matière, par un corps de règles destinées à obliger celle des parties qui ne supporte pas les risques, à offrir à l'autre son assistance dans la conservation des marchandises.

A / Le régime du transfert des risques

Le problème du transfert des risques n'est généralement évoqué qu'à propos de l'exécution même du contrat. Il n'en peut pas moins se poser également à l'occasion des restitutions consécutives, soit à la défaillance, postérieure à la livraison, de la condition suspensive dont celui-ci était assorti, soit à la résolution de la vente. Si la résolution sanctionne une contravention essentielle du vendeur, celui-ci devra subir toutes les pertes, autres que celles résultant d'une faute de l'acheteur³²¹, qui se produiront après son prononcé, et cela même si son cocontractant a refusé de le laisser reprendre les marchandises, en vertu du droit de rétention que lui reconnaît l'article 81.2 de la C.V.I.M.³²². En revanche, si la résolution est due à une inexécution des obligations de l'acheteur, les pertes seront en principe pour celui-ci. Concrètement cela se traduira pour lui dans l'obligation:

–soit d'indemniser le vendeur des sinistres qui seront causés aux marchandises jusqu'au moment où les risques seront transférés à un nouvel acquéreur, en cas de revente sur place;

³²¹En effet, si l'article 82 interdit à l'acheteur de prononcer la résolution du contrat lorsqu'il se trouve dans l'incapacité de restituer les marchandises, il écarte cette solution dans certaines hypothèses, dont la principale est celle où les biens livrés ont péri par l'effet, soit du vice qui les affecte, soit d'un cas fortuit. Il est donc permis de considérer, par analogie, que l'acheteur ne devrait répondre des pertes postérieures à la déclaration de résolution, mais antérieures à la reprise des marchandises par le vendeur, que si elles étaient dues à une faute de sa part.

³²²La solution défendue ici nous paraît justifiée par le fait qu'il est toujours possible au vendeur de faire cesser cette rétention en restituant le prix.

–soit de rembourser au vendeur le coût de l'assurance contractée par lui s'il choisit de faire revenir les marchandises jusque dans ses propres locaux;

–soit, si le vendeur décide d'expédier les marchandises à destination d'un nouvel acheteur auquel celles-ci auront été revendues, de lui payer la moins élevée des deux sommes correspondant au coût des assurances suivantes: celle que le vendeur devra contracter pour couvrir les pertes jusqu'au moment où les risques seront transférés à un nouvel acquéreur, et celle à laquelle il aurait dû souscrire s'il avait fait revenir les marchandises jusque dans ses propres locaux³²³.

Dans tous les autres cas où les marchandises doivent être restituées au vendeur, le transfert des risques qu'implique cette opération ne semble pouvoir obéir, en l'absence d'accord entre les parties, qu'à des principes analogues à ceux que traduisent les règles applicables lors de la livraison³²⁴. Celles-ci concernent à la fois le moment (1) et les effets du transfert des risques (2).

1/ Le moment du transfert des risques

Contrairement au droit français par exemple, qui lie le transfert des risques au transfert de propriété, la C.V.I.M. et les Incoterms, qui ne régissent pas les modalités de ce dernier, font dépendre le premier, dans le silence des parties, du transfert de la possession. Leurs auteurs ont en effet estimé qu'il convenait de faire peser les risques sur celui des contractants qui est le mieux placé pour prévenir les sinistres et, en cas de réalisation de ceux-ci, de les constater et de prendre les mesures conservatoires destinées à en limiter les conséquences dommageables. C'est donc, en principe, lors de la livraison que la charge des risques passe du vendeur à l'acheteur.

Mais, dans la mesure où, du fait de l'intervention fréquente d'un tiers chargé des opérations de transport, la livraison ne coïncide pas toujours exactement avec le moment où le vendeur perd effectivement la maîtrise matérielle des marchandises et où l'acheteur en prend lui-même personnellement possession, il a fallu aménager ce principe pour tenir compte, de façon concrète, des différents cas de figure pouvant se présenter.

i) Ventes impliquant un transport de marchandises

Dans cette hypothèse, le principe est que le transfert des risques s'opère au moment de la remise au premier transporteur.

Lorsque le contrat implique un transport des marchandises vendues, et que, par

³²³Cette solution nous paraît en effet imposée par les termes même de l'article 77 de la C.V.I.M.

³²⁴Sur la légitimité de ce raisonnement par analogie voir l'article 7.2 de la C.V.I.M.

conséquent, leur livraison se concrétise par la "remise" de celles-ci au premier transporteur que l'acheteur a, soit lui-même désigné, soit laissé au vendeur le soin de le choisir, l'article 67 de la Convention de Vienne établit une distinction suivant que le lieu ou doit être effectuée cette opération a été prévu par le contrat, ou que sa détermination a été abandonnée à la discrétion du vendeur. Mais dans les deux cas il prévoit que le transfert des risques intervient, en principe, au moment de cette remise.

De ce que le transfert des risques se réalise dès que le transporteur désigné conformément aux prévisions du contrat entre en possession des biens vendus, se déduisent deux conséquences.

-En premier lieu, il en résulte que, sauf stipulations expressément contraires de l'accord des parties, tous les dommages causés aux marchandises postérieurement à ce moment, devront être supportés par l'acheteur. Ainsi en irait-il tout particulièrement de ceux qui interviendraient lors des opérations de chargement des produits.

-En second lieu, le transfert des risques ne peut être en aucune façon affecté par la circonstance que les documents représentatifs des marchandises sont demeurés en possession du vendeur, postérieurement à la date de la livraison, voire, le cas échéant, qu'ils ont été au contraire remis à l'acheteur avant ce moment: dans la mesure où la C.V.I.M. a entendu dissocier le transfert des risques de celui de la propriété, pour ne se fonder que sur la maîtrise physique des biens, il est indifférent de savoir quelle est celle des parties qui est en mesure de disposer juridiquement de ceux-ci.

Ce principe connaît toutefois une exception: le défaut d'individualisation des marchandises. En effet, au principe qui vient d'être énoncé, l'article 67.2 apporte une dérogation, en prévoyant que, "cependant, les risques ne sont pas transférés tant que les marchandises n'ont pas été clairement identifiées aux fins du contrat, que ce soit par l'apposition d'un signe distinctif sur les marchandises, par des documents de transport, par un avis donné à l'acheteur ou par tout autre moyen".

Ainsi, tant qu'il n'aura pas définitivement réparti les biens vendus en autant de lots qu'il y a de destinataires, et matérialisé cette répartition d'une façon quelconque, mais insusceptible d'être remise en cause par lui, il ne peut que conserver les risques à sa charge.

ii) Marchandises vendues en cours de transport

Dans cette hypothèse, le principe est que le transfert des risques s'opère au moment de la conclusion du contrat.

Lorsque les marchandises sont vendues en cours de transport, la règle de l'article 67 ne peut pas trouver application. En effet, et par hypothèse, les produits n'ont pu être remis au

transporteur "pour transmission à l'acheteur" auquel ils sont finalement destinés. Au surplus, le transporteur ne saurait être considéré comme celui dont l'intervention est "impliquée" par la vente elle-même.

Pour autant, il n'aurait été nullement inconcevable de conserver la solution, en faisant rétroactivement remonter le transfert des risques jusqu'au moment où le transporteur a reçu les marchandises du vendeur, ou de l'auteur de celui-ci. Toutefois cette solution s'est heurtée à une forte opposition. C'est la raison pour laquelle l'article 68 de la Convention de Vienne pose le principe que, "en ce qui concerne les marchandises vendues en cours de transport, les risques sont transférés à l'acheteur à partir du moment où le contrat est conclu".

Mais, parce que cette règle est de nature à susciter de nombreuses difficultés d'application, il a fallu lui apporter une dérogation qui paraît en restreindre considérablement la portée.

Cette exception vise le transfert des risques au moment de la remise des marchandises.

Par exception au principe qui vient d'être énoncé, l'article 68 prévoit que "si les circonstances l'impliquent, les risques sont à la charge de l'acheteur à compter du moment où les marchandises ont été remises au transporteur qui a émis les documents constatant le contrat de transport". L'identité des "circonstances qui impliquent" l'application de cette règle dérogatoire, n'est malheureusement pas précisée et sa détermination risque fort de donner lieu à de nombreuses contestations.

Dans une première approche, on serait tenter de limiter l'application de cette solution à une seule hypothèse: celle où a été contractée, pour toute la durée des opérations de transport, une assurance "pour le compte de qui il appartiendra", dont le bénéfice est en conséquence transmis à l'acheteur au moment de la vente. Une telle interprétation, toutefois, serait sans doute excessivement restrictive. C'est la raison pour laquelle il semble préférable de considérer que la règle dérogatoire doit jouer chaque fois que la solution de principe ne peut pas elle-même être réellement appliquée. En effet, lier le transfert des risques à la conclusion du contrat ne suscite aucune difficulté, lorsque la cause de la perte ou de la dégradation des marchandises peut être déterminée avec certitude: naufrage ou incendie de navire, déraillement du train, mouillage des marchandises au cours d'une opération de transbordement, etc... En revanche, si cette cause de dommage demeure inconnue, il n'est matériellement pas possible de se fonder sur la date de conclusion du contrat pour identifier celle des parties qui doit supporter les pertes: par hypothèse même, on ignore si, à ce moment, les marchandises avaient ou non été déjà endommagées.

En outre, l'article 68 prend le soin de préciser que, "si, au moment de la conclusion du contrat de vente, le vendeur avait connaissance ou aurait dû avoir connaissance du fait que les marchandises avaient péri ou avaient été détériorées et qu'il n'en a pas informé l'acheteur, la perte ou la détérioration est à la charge du vendeur". Il serait inconcevable que les pertes antérieures à la conclusion du contrat puissent être mises à la charge de l'acheteur, s'il pouvait être établi que le

vendeur avait cherché à tromper son cocontractant, en lui cédant des marchandises dont il savait pertinemment qu'elles avaient déjà péri ou subi des détériorations.

iii) Autres cas

**Marchandises mises à la disposition de l'acheteur dans les locaux du vendeur.*

Quand le contrat n'implique pas un transport des marchandises, au sens de l'article 31a), et que celles-ci ne sont pas vendues en cours de transport, l'article 69 oblige à distinguer suivant que la livraison doit être effectuée dans les locaux du vendeur ou en un autre lieu.

Dans le premier cas, les marchandises demeurent sous la surveillance du vendeur, qui en garde pleinement le contrôle, et qui est le mieux à même, à la fois de prévenir les causes de dommage, et de remédier à ceux qui pourraient éventuellement survenir. C'est la raison pour laquelle la Convention de Vienne prévoit que le transfert des risques ne se réalise en principe qu'au moment où l'acheteur procède à leur retraitement. Mais cette solution ne peut valoir indéfiniment. Le vendeur ne saurait en effet être contraint de supporter les risques afférents à une marchandises dont il ne peut plus disposer juridiquement, lorsque l'acheteur tarde à en prendre livraison. Aussi, l'article 69 décide-t-il que les risques passent néanmoins à l'acheteur à partir du moment où celui-ci "commet une contravention au contrat" en ne retirant pas les biens vendus.

Ainsi, il n'est fait échec à la règle suivant laquelle le transfert des risques se produit à la date de prise de livraison, que dans les cas où celle-ci intervient, soit postérieurement à la date fixée par le contrat, soit après l'expiration d'un délai raisonnable dont le point de départ est constitué par le jour où l'acheteur a reçu notification de ce que les marchandises ont été mises à sa disposition dans l'établissement du vendeur.

**Marchandises mises à la disposition de l'acheteur en un lieu autre que l'établissement du vendeur*

Dans ce second cas qu'implique notamment les ventes conclues "à l'arrivée", aucune des deux parties n'est a priori mieux placée que l'autre pour prévenir les risques de pertes. C'est la raison pour laquelle l'article 69.2 prévoit que celles-ci sont pour l'acheteur, si elles surviennent alors que "la livraison est due et que l'acheteur sait que les marchandises sont mises à sa disposition" au lieu convenu.

Trois conditions sont ainsi cumulativement exigées pour que le transfert des risques s'opère: il faut d'abord que la livraison soit due, et qu'elle n'ait donc pas été effectuée de façon anticipée³²⁵, il faut ensuite qu'elle ait été effectivement exécutée, c'est-à-dire que les

³²⁵Si la livraison est effectuée de façon anticipée, et si l'acheteur accepte de retirer immédiatement les marchandises— ce qu' il n'est pas obligé de faire— le transfert des risques se produit au moment

marchandises aient été conduites par le vendeur au lieu convenu et qu'elles y aient été mises à la disposition de l'acheteur; il faut enfin que l'acheteur ait connaissance de cette ponctuelle exécution des obligations du vendeur, ce qui suppose, non seulement que celui-ci lui ait adressé un avis à cet effet, mais encore que cet avis lui soit réellement parvenu. Tant que ces trois conditions ne sont pas remplies, les risques de perte demeurent à la charge du vendeur.

Ce principe connaît cependant une exception: elle concerne le défaut d'individualisation des marchandises: les règles qui viennent d'être exposées ne peuvent recevoir application que si les marchandises ont été dûment individualisées, "aux fins du contrat", au lieu où elles sont mises à la disposition de l'acheteur. Dans le cas contraire, les raisons qui expliquent que les risques demeurent au vendeur dans les ventes qui impliquent un transport des produits justifient qu'il soit fait également ici obstacle à leur transfert.

2) Les effets du transfert des risques

La question de l'imputation des risques a seulement pour objet de permettre l'identification de celle des parties qui doit supporter les conséquences de l'impossibilité dans laquelle se trouve placé l'acheteur d'entrer en possession des marchandises. Mais il reste encore à déterminer comment doivent alors se résoudre les relations entre les contractants. A cet effet, la Convention de Vienne³²⁶ pose un principe (i), qu'elle assortit d'une importante exception (ii).

i) Principe

Selon l'article 66 de la C.V.I.M. "la perte ou la détérioration des marchandises survenue après le transfert des risques à l'acheteur ne libère, pas celui-ci de son obligation de payer le prix, à moins que ces événements ne soient dus à un fait du vendeur". Si l'on fait abstraction de cette dernière proposition, qui a seulement pour objet de rappeler que les risques de la chose sont uniquement ceux qui sont dus à un événement fortuit, indépendants de la volonté des parties, l'article 66 pose ainsi pour principe que les sinistres qui se produisent après le moment qu'il vise, n'affectent pas le sort du contrat: l'acheteur demeure tenu de payer le prix convenu.

De cette solution, il ne résulte pas, par un raisonnement *a contrario*, que les parties se trouvent déliées de leurs obligations respectives en cas de réalisation des risques antérieurs au transfert de ceux-ci. Tout dépend, dans une telle hypothèse, du point de savoir si le sinistre constitue, ou non, une cause d'exonération pour le vendeur. En effet, si la perte des marchandises a pour conséquence de mettre le vendeur dans l'impossibilité, au sens de l'article 79, de procéder à la livraison, l'acheteur serait alors incontestablement en droit de prononcer la résolution du

de ce retirement.

³²⁶Les *Incoterms* ne répondent pas à cette question.

contrat, et de s'affranchir, par suite, de ses engagements. Mais il ne pourrait guère en aller ainsi que si la vente portait sur un corps certain.³²⁷ En revanche, si elle a pour objet des choses fongibles, que le vendeur conserve toujours la possibilité de se procurer pour remplacer celles qui ont péri, les parties resteront en principe tenues d'exécuter leur accord, à moins que le retard de livraison éventuellement entraîné par le sinistre, ne soit lui-même suffisamment grave pour motiver une décision de résiliation.

Ainsi, la perte ou la détérioration des marchandises n'affecte pas, par elle-même, la pérennité du lien contractuel. Mais, tandis qu'elle peut justifier la remise en cause de celui-ci, lorsqu'elle intervient antérieurement au transfert des risques, elle oblige, dans le cas contraire, à considérer que les obligations du vendeur ont été dûment exécutées. A cette solution, toutefois, la C.V.I.M. apporte un notable tempérament.

ii) Tempérament

**Contravention essentielle du vendeur*

Exceptionnellement, la C.V.I.M. permet de faire peser sur le vendeur la charge définitive des sinistres qui se réalisent cependant après le moment du transfert des risques à l'acheteur.

L'article 70 décide, en effet, que "si le vendeur a commis une contravention essentielle au contrat, les dispositions des articles 67, 68 et 69 ne portent pas atteinte aux moyens dont l'acheteur dispose en raison de cette contravention".

Ce texte vise ainsi l'hypothèse où, d'une part, le vendeur a commis une contravention essentielle à ses obligations, et d'autre part, les marchandises ont été perdues ou endommagées, postérieurement au moment du transfert des risques, pour une cause totalement étrangère à cette contravention." Il prévoit alors qu'en dépit du sinistre, l'acheteur conserve la faculté d'exercer contre son cocontractant tous les droits qu'il tient de la C.V.I.M. pour sanctionner les manquements de celui-ci. La portée de cette solution est toutefois discutée. Cependant, si, comme le prévoit l'article 70, l'acheteur conserve les moyens de sanctionner les contraventions commises par le vendeur malgré la perte des marchandises, c'est que son droit d'en obtenir le remplacement ne s'en limite pas à celles qui ont été épargnées par le sinistre.

Il faut donc, à la lumière de l'article 82.2³²⁸ en déduire qu'une perte fortuite postérieure au

³²⁷Ou bien encore si l'impossibilité de livraison était due à une cause juridique, telle qu'un embargo décidé postérieurement à la conclusion du contrat, qui empêcherait définitivement l'exécution de celui-ci.

³²⁸L'article 82.2 permet à l'acheteur de demander le remplacement de produits qu'il est normalement impossible de restituer au vendeur dans un état sensiblement identique à celui dans lequel il les a reçus, lorsque cette impossibilité n'est "pas due à un acte ou à une omission de sa part".

transfert des risques ne peut pas empêcher l'acheteur d'exercer des droits qu'il tient de l'article 46.2 de la Convention de Vienne.

Mais il reste vrai que le droit au remplacement des marchandises trouve sa limite dans l'étendue du défaut de conformité lui-même. Soit, par exemple, une livraison de dix machines-outils, dont cinq ne sont pas conformes aux stipulations du contrat. Si l'ensemble est endommagé au cours d'un accident, l'acheteur ne pourra demander le remplacement des cinq machines qui satisfaisaient aux exigences du contrat au moment de la livraison. Son intérêt sera donc alors plutôt de prononcer la résolution de la vente.

Ce qui vaut pour le remplacement des marchandises, vaut également, nous semble-t-il, pour la réduction du prix: l'acheteur peut appliquer uniformément celle-ci à l'ensemble des marchandises non conformes, et non pas seulement la partie qui a échappé à la destruction. Mais, à la vérité, parce que la réduction du prix sera toujours moins avantageuse pour l'acheteur que le remplacement des marchandises ou *a fortiori*, que la résolution du contrat, il n'y recourra, en pratique, que lorsqu'il aura laissé expirer le délai dans lequel est enfermé l'exercice de son droit d'appliquer l'une ou l'autre de ces deux dernières sanctions.

* *Contravention non essentielle du vendeur*

L'article 70 de la Convention de Vienne ne prévoit expressément la possibilité de déroger aux conséquences du transfert des risques que dans l'hypothèse où le vendeur a commis une contravention essentielle à ses obligations. En revanche, il reste muet à propos de l'hypothèse où l'acheteur ne peut se plaindre que d'un défaut d'exécution insuffisamment grave pour justifier cette dernière qualification. Or, s'il est vrai que dans une telle hypothèse, la faculté de prononcer la résolution du contrat ou d'exiger le remplacement des marchandises non conformes lui est refusée, il a néanmoins le droit de procéder à une réduction du prix. On peut, dans ces conditions, se demander si l'article 70, interprété *a contrario* n'interdit pas d'appliquer cette réduction aux marchandises détruites ou endommagées. A l'appui d'une telle solution, on pourrait faire valoir que, si les auteurs de la Convention avaient entendu en décider autrement, ils se seraient abstenus d'adjoindre, dans l'article 70, le qualificatif "essentielle" au mot "contravention". Mais, à la vérité, on ne voit pas pourquoi la réalisation des risques aurait un effet exonérateur pour les manquements les moins importants, alors que, on l'a vu, elle en est dépourvue lorsqu'il s'agit des infractions les plus graves. Il nous semble, au contraire, que toute différence de traitement serait ici injustifiée, et que, par conséquent, les contraventions commises par le vendeur peuvent en toute hypothèse être sanctionnées.

B / La contrepartie des risques: l'obligation de conserver les marchandises

Comme on vient de le voir, la préoccupation des auteurs de la convention de Vienne a été de faire peser les risques sur celle des parties qui est la mieux à même d'en prévenir la réalisation.

Néanmoins, parce qu'une stricte application de ce principe aurait conduit à des solutions injustes, ils ont dû se résoudre à l'écartier chaque fois que, par la faute de l'un des contractants, les marchandises se trouvent indûment entre les mains de l'autre. Dans de telles hypothèses, les risques sont mis à la charge du fautif, alors pourtant qu'il n'est pas en possession.

Cette solution cependant, n'est pas sans danger, puisqu'elle pourrait conduire l'autre partie à se désintéresser des marchandises. C'est précisément pour éviter ce résultat que la C.V.I.M. la charge alors d'une obligation de conservation, dont l'objet est de la contraindre à prendre toutes les mesures utiles à la prévention des sinistres. Ce devoir, toutefois, ne lui est imposé que de façon purement transitoire. Aussi bien convient-il, après avoir défini le contenu de l'obligation (1), de décrire les conditions de son dénouement (2).

1/ Contenu et conditions de l'obligation

L'obligation de conservation qu'aménagent les articles 85 et suivants de la Convention de Vienne, est une simple obligation de moyen.

Son débiteur, en effet, n'a pas à répondre de toutes les détériorations que pourraient subir les marchandises, puisque, par hypothèse même, les risques pèsent sur l'autre partie. Il n'est donc tenu qu'à un devoir de prudence et de diligence, dont la violation, par conséquent, ne pourrait être déduite de la seule survenance d'un sinistre: sa responsabilité ne peut être engagée que sur la preuve d'une négligence, qu'il appartient nécessairement à son cocontractant de rapporter. Plus précisément, il semble que l'on doive apprécier le comportement du débiteur de l'obligation de conservation *in abstracto*, c'est-à-dire par comparaison à celui qu'un professionnel de même qualité, placé dans les mêmes conditions que lui, aurait raisonnablement adopté.

Quant à l'objet de l'obligation, elle paraît être plus étendue que ce que sa dénomination laisse entendre. Sans doute, son débiteur est-il principalement tenu d'accomplir toutes les diligences nécessaires à la préservation de l'intégrité physique des marchandises. A cet égard, il est d'ailleurs libre d'assurer lui-même la conservation de celles-ci, ou d'en confier le soin à un tiers. L'article 87 prévoit en effet expressément que "la partie qui est tenue de prendre des mesures pour assurer la conservation des marchandises peut les déposer dans les magasins d'un tiers aux frais de l'autre partie", mais à la condition alors "que les frais qui en résultent ne soient pas déraisonnables".

Mais, au surplus, il n'est guère douteux que l'obligation de "conservation des marchandises" inclut celle de préserver *les droits* de celui pour le compte duquel les biens sont conservés. En cas de sinistre, en particulier, il appartient très certainement au débiteur de cette obligation de prendre toutes les dispositions qui soient propres à limiter l'étendue du préjudice de

son cocontractant.

Il reste toutefois à préciser les hypothèses dans lesquelles cette obligation de conservation pèse sur le vendeur.

L'article 89 de la C.V.I.M., qui décrit les conditions auxquelles est subordonnée l'obligation du vendeur de conserver les marchandises, impose de distinguer trois hypothèses:

- La première, qui est la plus simple, est celle où le contrat "n'implique pas un transport" des biens vendus. Dans ce cas, on a vu que le transfert des risques ne se produisait qu'au moment où, les marchandises ayant été mises à la disposition de l'acheteur, celui-ci tarde à en prendre livraison. Il est, dès lors, parfaitement justifié de faire, dès ce moment, et jusqu'à celui où sera effectué le retraitement des marchandises, peser sur le vendeur une obligation de conservation, puisqu'il reste, dans l'intervalle, et par hypothèse même, en possession des biens vendus.

- En revanche, la raison d'être de l'obligation de conservation peut *a priori* paraître moins évidente, lorsque le contrat implique un transport des marchandises. Dans ce cas, en effet, le transfert des risques suppose la remise de celles-ci au "premier transporteur pour mission à l'acheteur", c'est-à-dire désaisissement du vendeur. On peut, dans ces conditions, s'étonner de ce qu'une obligation de conservation lui soit néanmoins imposée: puisque le transporteur a pris livraison pour le compte de l'acheteur, et que le vendeur n'est plus en possession des produits, il paraît difficile d'imaginer qu'une négligence de conservation puisse lui être reprochée.

Cette analyse n'est exacte que dans la mesure où l'on fait abstraction du droit de rétention du vendeur. Or, nous avons vu que la Convention de Vienne reconnaissait précisément à celui-ci la faculté de s'opposer à ce que les marchandises soient remises à l'acheteur en cas d'inexécution par celui-ci de ses obligations. L'obligation de conservation n'est alors que la contrepartie de ce droit: si le vendeur est effectivement en mesure d'empêcher le transporteur de se désaisir des marchandises, dont, juridiquement, il conserve le contrôle³²⁹, il doit lui donner toutes les instructions nécessaires à leur conservation jusqu'au moment où l'acheteur procédera au règlement du prix.

- Le même raisonnement peut être aisément transposé dans la troisième hypothèse, où les marchandises sont vendues au cours du transport; Dans ce cas, le désaisissement du vendeur est nécessairement antérieur à la conclusion du contrat, et, par conséquent, au transfert des risques.

³²⁹La satisfaction de cette dernière condition est évidemment indispensable: si, en pratique, le vendeur se trouve dans l'impossibilité de donner utilement des instructions au transporteur, ce qui sera souvent le cas lorsque ce dernier aura traité avec l'acheteur, il ne peut lui incomber aucune obligation de conservation.

Mais, l'acheteur, faute d'avoir payé le prix, se trouve empêché de prendre en possession des biens vendus par son cocontractant, il ne peut qu'incomber à ce dernier de prendre toutes les dispositions qu'appelle leur conservation.

2/ Dénouement de la situation résultant de l'exécution de l'obligation

La conservation des marchandises, lorsqu'elle est imposée à l'une des parties, ne peut constituer qu'une mesure provisoire. Elle ne saurait en effet durer indéfiniment. Aussi bien, si, dans un délai plus ou moins bref, et selon les circonstances, les marchandises ne sont pas retirées par celui pour le compte duquel elles sont conservées (i), elles pourront être vendues (ii).

i) Retirent des marchandises par la partie pour le compte de laquelle elles sont conservées

En général, les marchandises seront finalement retirées par la partie pour le compte de laquelle elles sont conservées. Mais il lui faudra alors avoir au préalable rembourser à son cocontractant les frais de conservation que celui-ci aura dû engager. En effet, les articles 85 et 86 reconnaissent au conservateur un droit de rétention sur les biens qu'il détient, pour le garantir du remboursement "de ses dépenses raisonnables". Aussi longtemps qu'il n'aura pas été indemnisé de celles-ci, il sera donc fondé à refuser de se dessaisir des marchandises. Le droit au remboursement des dépenses de conservation existeraient d'ailleurs également si les marchandises devaient avoir péri, par l'effet d'un événement fortuit, entre les mains du conservateur, ou si celui-ci avait été contraint de les vendre.

ii) Vente des marchandises conservées

** Faculté de vendre*

Si le retard, que met la partie pour le compte de laquelle les marchandises sont conservées, à procéder à leur retraitement ou au paiement de ce qu'elle doit à l'autre partie est "déraisonnable", l'article 88 autorise celle-ci à se débarrasser des biens qu'elle détient en les vendant. Toutefois, le conservateur ne doit pas user de cette faculté brutalement. Il doit au préalable informer "dans des conditions raisonnables" son cocontractant de son intention, et lui laisser en conséquence un ultime délai pour qu'il prenne possession des marchandises.

Si cette notification demeure sans effet, et si, par suite, le conservateur est finalement amené à procéder à la vente, il doit effectuer celle-ci "par tous moyens appropriés". En d'autres termes, la vente doit être en principe réalisée dans les conditions qui permettent d'obtenir le meilleur prix.

Deux considérations viendront toutefois fréquemment tempérer la rigueur de ce principe.

En premier lieu, si la loi du pays ou les marchandises sont conservées prévoit une procédure particulière en la matière, telle notamment que la vente aux enchères publiques, il ne pourra certainement pas être reproché au conservateur de s'y être conformé.

En second lieu, on ne saurait évidemment obliger le conservateur à dépenser du temps et de l'argent à rechercher l'acquéreur qui serait disposé à payer le meilleur prix, ou le marché sur lequel la vente aurait des chances d'être la plus fructueuse. Par conséquent, l'exigence que formule l'article 88 semble devoir être comprise comme imposant seulement au conservateur d'accomplir les diligences qu'effectueraient raisonnablement un professionnel de la même qualité dans une situation analogue.

En tout cas, le conservateur ne vendant pas les marchandises pour son propre compte, il doit à son cocontractant le prix qu'il retire de cette opération. Mais, très logiquement, l'article 88.3 l'autorise à retenir sur ce prix un montant égal " aux frais raisonnables de conservation et de vente des marchandises".

** Obligation de vendre*

Dans certains cas, la vente des marchandises est pour le conservateur, non plus une simple faculté, mais une obligation. Il en va ainsi, tout d'abord lorsque la conservation des produits "entraînerait des frais déraisonnables" (article 88.2). Dans la mesure, en effet, où la C.V.I.M. tente d'instituer une collaboration entre les parties, en obligeant chacune d'elles à préserver, autant que possible, les intérêts de l'autre, le conservateur doit retirer la solution la moins désavantageuse pour son cocontractant. Par conséquent, si les frais d'entreposage et de gardiennage des marchandises sont très élevés, par comparaison à la valeur de celles-ci, il a le devoir de les éviter, en procédant à la vente.

Mais il en va également, et surtout, ainsi lorsque "les marchandises sont sujettes à des détériorations rapides". Dans une telle hypothèse, en effet, la vente constitue en réalité le seul moyen de préserver les intérêts de l'autre partie puisque la conservation n'est matériellement pas possible. Il est vrai que cette explication ne vaut pas si l'on adhère à l'opinion exprimée par le secrétariat de la C.N.U.D.C.I., suivant laquelle "la notion de perte ne se limite pas à une détérioration ou à une perte effective des marchandises mais comprend des situations où les marchandises risquent de perdre rapidement de leur valeur à cause d'un changement des conditions du marché". Cette conception extensive de la notion de détérioration ne nous paraît toutefois pas justifiée. Même en cas d'effondrement brutal des cours, le conservateur n'a pas à se substituer à son cocontractant pour apprécier les conséquences de l'évolution du marché. Il ne nous semble pas même douteux qu'il engagerait sa responsabilité si, du fait d'un renversement de

tendance, la vente devait se révéler préjudiciable pour l'autre partie.

Quoiqu'il en soit, l'obligation qui pèse dans ces différentes hypothèses, sur le conservateur, est seulement une obligation de moyen. Il ne s'agit évidemment pas d'exiger de lui qu'il trouve un acquéreur, non plus même qu'il entreprenne des recherches coûteuses à cet effet. L'article 82.2 décide seulement qu'il "doit raisonnablement s'employer à vendre" les biens. De même, s'il doit, ici encore, notifier à son cocontractant son intention de vendre, cette obligation ne lui incombe que "dans la mesure du possible", compte tenu de l'urgence des dispositions à prendre. Enfin, si celles-ci aboutissent, le vendeur sera à nouveau autorisé à retenir, sur le prix, un montant égal aux frais raisonnables de conservation et de vente qu'il aura supportés.

Sous-section 2) Les sanctions en cas d'inexécution de ses obligations par le vendeur

Malgré la distinction qu'opère la Convention entre les sanctions susceptibles de frapper le vendeur d'une part, et celles pouvant toucher l'acheteur d'autre part, on constate une parfaite symétrie entre les moyens donnés au vendeur contre l'acheteur et ceux donnés à l'acheteur contre le vendeur.

Ainsi, les développements qui suivront vaudront pour les deux types de contractants.

L'article clé en matière de responsabilité contractuelle est l'article 25 qui donne une définition de la faute contractuelle, qu'il dénomme "contravention essentielle". Aux termes de cet article, "une contravention commise au contrat par l'une des parties est essentielle lorsqu'elle cause à l'autre partie un préjudice tel qu'elle la prive substantiellement de ce que celle-ci était en droit d'attendre du contrat, à moins que la partie en défaut n'ait pas prévu un tel résultat et qu'une personne raisonnable de même qualité placée dans la même situation ne l'aurait pas prévu non plus".

Lorsqu'une telle contravention est commise, la partie qui en est victime pourra demander l'exécution en nature (Paragraphe 1), la résolution du contrat (paragraphe 2) ou des compensations monétaires (Paragraphe 3).

Paragraphe 1 / L'exécution en nature

D'après l'article 46, alinéa 1, l'acheteur peut "exiger du vendeur l'exécution de ses obligations..."

Il s'agit ici d'un principe souffrant d'au moins deux exceptions:

- La plus importante résulte de l'article 28 selon lequel un tribunal peut refuser de

prononcer l'exécution en nature si, en vertu de son propre droit, il ne pourrait la prononcer pour des contrats de vente semblables non régis par la Convention³³⁰.

Autant dire ici que c'est la loi du for qu'il faudra systématiquement prendre en compte. Il n'existe donc aucune unification sur ce point.

Cette disposition confère en fait une véritable réserve aux pays de Common Law qui ignorent assez souvent cette notion d'exécution en nature ("specific performance")³³¹.

– La seconde limite est beaucoup plus justifiable: "Si les marchandises ne sont pas conformes au contrat, l'acheteur ne peut exiger du vendeur la livraison de marchandises de remplacement que si le défaut de conformité constitue une contravention essentielle au contrat et si cette livraison est demandée au moment de la dénonciation du défaut de conformité... ou dans un délai raisonnable à compter de cette dénonciation". Il faut que l'acheteur soit de bonne foi: sa demande doit être raisonnable.

Paragraphe 2 / La résolution du contrat

Ce mode de sanction est prévu par l'article 49 qui dispose des cas d'ouvertures d'une action en résolution et dont la rédaction laisse transparaître la méfiance des rédacteurs vis-à-vis de ce mécanisme de réparation³³².

Ainsi, sans entrer dans le détail de cette disposition³³³, on peut dire que sauf contravention essentielle ou défaut de livraison, l'acheteur n'est pas fondé à agir en résolution de la vente³³⁴.

Paragraphe 3 / Les compensations monétaires

Pour la Convention, il s'agit vraisemblablement du mode de réparation le plus adéquat et qui, à ce titre, doit être privilégié.

La compensation monétaire peut prendre deux formes: la réfaction judiciaire du prix de vente (A) et l'octroi de dommages et intérêts (B).

³³⁰ C'est-à-dire des contrats de droit interne.

³³¹ Pour une étude détaillée de l'article 28 (comme d'ailleurs de tous les articles de la Convention) cf. Ole Lando "Specific Performance, article 28" in "Commentary on the International Sales Law, the 1980 Vienne Sales Convention", par C.M. Bianca et M.J. Bonell, 1987, pp. 232-240; Steven Walt "For Specific Performance under the United-Nations Sales Convention", Texas Int. Law Journ., 1991, pp.210-251.

³³² Cf. Jean-Pierre Plantard, op. cit., pp.343 et S.

³³³ L'article 49, alinéa 1, distingue curieusement la contravention essentielle (a) du défaut de livraison (b) comme si un tel défaut n'était pas constitutif d'une contravention essentielle.

³³⁴ Pour aller plus loin cf. Michael Joachim Bonell, op. cit. pp. 24-29.

A / La réduction du prix

Il s'agit, bien évidemment, de réajuster le prix à la prestation réellement fournie: cela est envisageable en cas de défaut de qualité de la marchandise livrée (Art. 50) voire en cas de défaut de quantité (Art. 51). Inversement, la réfaction peut aussi jouer au bénéfice du vendeur si par mégarde il a livré une quantité de marchandise supérieure à celle prévue au contrat (Art. 25, alinéa 2).

Le droit de réduction unilatéral du prix peut-être exercé par l'acheteur.

B / Les dommages intérêts

Se substituant aux autres sanctions ou les complétant, les dommages intérêts sont destinés à "compenser les conséquences de l'inexécution subie par l'une des parties en raison d'une contravention de l'autre" (même non essentielle); Ils sont "égaux à la perte subie et au gain manqué par cette partie" (Art. 74).

De plus, seuls les dommages raisonnablement prévisibles (c'est-à-dire les dommages non indirects) sont réparables (Art. 74).

Il s'agit ici d'une règle de principe qui connaît des aménagements³³⁵.

Après avoir décrit les obligations du vendeur, étudions celles de l'acheteur.

Section 2) Les obligations de l'acheteur

Aux termes de l'article 53 "l'acheteur s'oblige ... à payer le prix " (Paragraphe 1) et "à prendre livraison des marchandises" (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 / Le paiement du prix

En ce qui concerne la fixation du prix, la Convention se contredit³³⁶. On peut penser qu'une telle contradiction est le fait de l'hésitation qu'ont eue les rédacteurs à trancher entre les deux traditions juridiques dominantes en matière de prix: l'une qui exige un prix déterminé ou déterminable en fonction d'indications objectives et précises du contrat, l'autre qui admet la validité du contrat alors que le prix n'y est fixé ni expressément ni implicitement.

Quoiqu'il en soit, il est clair que la contradiction rend inopérante la convention sur ce

³³⁵ Cf. Philippe Kahn, op. cit., p. 979.

³³⁶ L'article 14 exige un prix déterminé ou déterminable pour que le contrat soit valablement formé alors que l'article 55 dispose que la vente peut-être valablement conclue sans que le prix soit expressément ou implicitement fixé dans le contrat; Dans une telle hypothèse, les parties seront réputées s'être tacitement "référées au prix habituellement pratiqué au moment de la conclusion du contrat...".

point. Le juge saisi devra donc, en vertu de ses règles de conflit, déterminer l'exigence du prix au regard de la loi nationale applicable au rapport contractuel (cf. Supra p.122 S).

Pour ce qui est du lieu et de la date de livraison:

Le paiement doit normalement se faire à l'établissement du vendeur (Art. 57 a) sauf s'il s'effectue contre remise de la marchandise ou contre remise de documents (crédit documentaire), il sera opéré au lieu de cette remise (Art.57, b).

Il aura lieu au moment de la remise des marchandises ou des documents représentatifs de la marchandise (connaissance) (Art. 58 et 59).

L'acheteur doit normalement avoir la possibilité de contrôler la conformité des marchandises avant d'en payer le prix (Art. 58, alinéa 2 et 3).

Paragraphe 2 / La prise de livraison des marchandises

Aux termes de l'article 60 "l'obligation de l'acheteur de prendre livraison consiste:

- a) à accomplir tout acte qu'on peut raisonnablement attendre de lui pour permettre au vendeur d'effectuer la livraison.
- b) à retirer les marchandises".

Si l'acheteur et le vendeur ont des obligations qui leur sont propres, la convention dispose en outre des règles qui leur sont communes.

Chapitre III] Les règles communes au vendeur et à l'acheteur

– Les incidents d'exécution: "une partie peut différer l'exécution de ses obligations lorsqu'il apparaît, après la conclusion du contrat, que l'autre partie n'exécutera pas une partie essentielle des ses obligations..." (Art. 71, alinéa 1). La convention reconnaît donc "l'exceptio non adimpleti contractus", c'est à dire le droit qu'a une partie de suspendre ses obligations tant que l'autre n'a pas exécuté les siennes ou n'est pas en mesure de le faire³³⁷.

– Les exonérations: quelles sont les excuses légitimes que peut invoquer l'une des partie pour s'exonérer de son manquement? Qu'est-ce qu'un "cas de force majeure" et une "frustration of contract" au sens de la Convention?

L'article 79, alinéa 1, nous apporte une réponse: "une partie n'est pas responsable de l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations si elle prouve que cette inexécution est due à un empêchement indépendant de sa volonté et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre d'elle qu'elle le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'elle le prévienne ou le surmonte ou qu'elle prévienne ou surmonte les conséquences".

Pour certains, cette disposition est proche de la conception française du cas de force majeure³³⁸, pour d'autres elle s'inspire fortement du régime de la "strict liability" prévu pour le "breach of contract" ³³⁹ dans les pays de Common Law³⁴⁰.

Cette divergence d'interprétation démontre que l'article 79 est trop flou pour créer un droit réellement autonome de l'exonération. Chacun y trouve ce qu'il y cherche, les risques d'interprétations différentes sont très forts³⁴¹. Pour déterminer le droit de la vente internationale sur ce point, il faudra donc avoir recours au droit comparé ³⁴². Ceci d'autant plus que pour ce qui est des conséquences de l'exonération, la Convention est peu claire.

En effet, comme nous le fait remarquer M. Kahn³⁴³ *"l'article 79 proclame que le débiteur n'est pas responsable(...)* Mais il semble bien qu'en réalité, l'irresponsabilité porte sur l'allocation

³³⁷ La Convention est détaillée sur ce point, cf. Article 71 à 73.

³³⁸ Cf. Ph. Kahn, op. cit., pp. 984 et 985.

³³⁹ Cf. G.H. Treitel "International Encyclopaedia of Comparative Law", VII, "Contracts in General", chapter 16, "Remedies for Breach of Contracts", pp. 121 S.

³⁴⁰ Michael Joachim Bonell, op. cit., p. 30.

³⁴¹ Cf. l'excellente étude collective "Force majeure and Frustration of Contract" Edited by Ewan Mc Kendrick, 1991, notamment A.H. Hudson "Exception and Impossibility under the Vienna Convention", pp. 175-195.

³⁴² Cf. "Unification and Certainty: The United Nation Convention on Contract for the International Sale of Goods", Harvard Law Rev., 1984, pp. 1992 S.

³⁴³ Op. cit., p. 985.

des dommages intérêts (Art. 79, alinéa 5), et que pour les autres rapports entre les parties, il puisse y avoir suspension du contrat pendant la durée de l'empêchement (Art. 79, alinéa 3), sans que cela prive le créancier des droits de déclarer la résolution si les autres conditions sont remplies (Art. 79, alinéa 5)".

En conclusion, nous dirons que la Convention de Vienne est un outil d'unification du droit de la vente internationale de marchandises dont la portée est malheureusement trop limitée:

- En premier lieu, elle exclut expressément de son domaine: la validité du contrat³⁴⁴, celle de l'une de ses clauses³⁴⁵, tout comme celle des usages (Art. 4, a). Elle ignore, en outre, "les effets que le contrat peut avoir sur la propriété des marchandises vendues"³⁴⁶ (Art. 4, b). Elle ne s'applique pas non plus à la "responsabilité du vendeur pour décès ou lésion corporelles causés à quiconque par la marchandise" (Art.5).

- En second lieu, il nous est apparu que ses lacunes, imprécisions voire, parfois, ses contradictions la rendent inapplicable à des questions aussi importantes que la fixation du prix³⁴⁷, la révision judiciaire des engagements contractuels pour imprévision³⁴⁸, le cas de force

³⁴⁴ C'est ainsi que les vices du consentement (c'est-à-dire, en fonction de la langue, l'erreur et la "mistake", le dol et la "misrepresentation", la violence et la "duress" ou "l'indue influence"), la capacité des contractants, la cause et l'objet du contrat, la "consideration" sont régis par le droit national applicable au contrat. Pour une étude de droit comparé sur ces aspects du droit de la vente, cf. Konrad Zweigert et Hein Kotz "Introduction to Comparative Law", op. cit. p. 26 S; René Rodière "Les vices du consentement dans le contrat" Institut de Droit Comparé de Paris, Ed. A.Pedone, 1977; Alejandro M. Garro "Reconciliation of Legal Traditions in the United Nation Convention on Contract for International Sale of Goods", The Int. Lawyer, 1989, pp. 443-483, spécialement p. 453 ("consideration").

Pour une étude comparative entre les droits anglais et français sur ce point cf. Annexe III.

³⁴⁵ Ce qui est gênant eu égard à la pratique de certaines clauses, telles les clauses pénales (cf. Jean Thieffry et Chantal Granier "La vente internationale", op. cit., pp. 95-101; Jean Thilman "Fonctions et révisibilité des clauses pénales en droit comparé", Rev. Int. Drt. Comp., 1980, p. 17 ; Marcel Fontaine "Les clauses pénales dans les contrats internationaux", DPCI, 1982, p. 401) et les clauses exonérations ou limitatives de responsabilité (cf. supra pp. 129 S) dont la validité et la portée devront s'apprécier au regard des droits nationaux très loins d'être harmonisés sur ce point.

³⁴⁶ C'est à dire le problème du transfert de propriété (il est vrai beaucoup moins important que le transfert des risques). Pour une étude comparative sur ce point, cf. Jean Thieffry et Chantal Granier "La vente internationale", op. cit., p. 86 S.

³⁴⁷ Cf. supra p. 122 S.

³⁴⁸ Cf. l'étude comparative de Jean Thieffry "La vente internationale", op. cit., p.84 S.

majeure³⁴⁹, l'exécution en nature³⁵⁰.

CONCLUSION

Parvenu au terme de notre trop succincte étude, nous sommes perplexes quant au jugement à porter sur l'état de l'harmonisation du droit de la vente internationale de marchandises. Plus exactement, il nous est difficilement possible de trancher entre les deux conclusions les plus évidentes en la matière:

- La première, la plus optimiste, aurait pour objet de déduire que la multitude des conventions internationales, le rôle croissant de la "lex mercatoria", l'intégration économique régionale, les volontés affichées d'harmoniser le droit de la vente, constituent autant d'éléments permettant d'affirmer que l'harmonisation est non seulement une réalité mais, de plus, une réalité en expansion.

- La seconde, plus pessimiste, peut-être même, plus réaliste, insisterait sur le fait que beaucoup de domaines de la vente internationale de marchandises sont encore régis par des droits nationaux non harmonisés; que les moyens d'harmonisation que nous avons évoqués sont à ce point fragiles que leur efficacité est, en grande partie, subordonnée à la bonne volonté des juges et des législateurs nationaux.

Face à de telles incertitudes, il faut continuer à inviter les opérateurs du commerce international à utiliser leur pouvoir de choix, leur compétences de se donner leurs propres lois et leurs propres juges pour un maximum de prévisibilité des effets de droit de leurs liens

³⁴⁹ Cf. Ewan Mc Kendrick "Force majeure and Frustration of Contract", Ed. L.L.P., 1991, p. 507 S ; Jean Thieffry "La vente internationale", op. cit. pp. 81 S; Konrad Zweigert et Hein Kotz "Introduction to Comparative Law", op. cit., pp. 208-228. Cf. supra p. 142 S.

³⁵⁰ Cf. Steven Walt "For Specific Performance under the United Nation sales Convention", op. cit., pp. 224 S; Claude Samson "L'harmonisation du droit de la vente: l'influence de la Convention de Vienne sur l'évolution et l'harmonisation du droit des Provinces canadiennes", op. cit., pp. 1013 S; Konrad Zweigert et Hein Kotz "Introduction to Comparative Law", op. cit., pp. 177 S. Cf. supra p. 137 S.

contractuels³⁵¹. Qu'ils sachent cependant que, bien davantage que sur le plan de leur rapports contractuels internes, il leur faut abandonner toute certitude relative à l'issue d'un éventuel litige en matière de contrats de vente internationale.

Ils devront être d'autant plus prudents et dubitatifs que le contrat auquel ils sont parties n'est pas un contrat de vente, car s'ils peuvent regretter les carences de l'harmonisation du droit de la vente internationale, c'est une absence d'harmonisation quasi totale qu'ils devront déplorer dans la plupart des autres domaines contractuels³⁵².

³⁵¹ *"Un tribunal bien choisi, un droit équilibré désigné par les parties, un contrat clair et précis, voilà les clés du succès pour un vendeur comme pour un acheteur"*, Jean Thieffry et Chantal Granier *"La vente internationale"*, op. cit., p.170.

³⁵² A l'exception des contrats relatifs aux transports internationaux.

ANNEXE I

Convention des Nations unies sur le contrat de vente internationale de marchandises du 11 avril 1980

I. Objectifs

Une difficulté majeure pour la sécurité juridique du commerce international est la diversité des régimes juridiques applicables à régler les contrats internationaux. L'établissement de règles uniformes pour les relations contractuelles internationales est donc l'objet de travaux depuis plus de cinquante ans. La Convention de Vienne de 1980 est le premier grand succès dans ce domaine. Elle unifie les règles applicables aux contrats de vente internationale de marchandises, tant pour leur formation que leur exécution. Elle remplace les deux conventions portant loi uniforme de La Haye de 1964 sur la vente internationale de biens mobiliers corporels qui n'avaient pas eu le succès escompté.

La Convention de Vienne est un grand succès diplomatique de la Commission des Nations Unies pour le Droit commercial international (CNUDCI) par l'importance du domaine couvert dans la Convention et son entrée en vigueur relativement rapide (1^{er} janvier 1988) grâce à des ratifications d'origines variées et de pays commercialement importants. Elle contient le cœur d'un véritable Code de commerce international.

Le principe qui imprègne le droit des contrats internationaux est l'autonomie de la volonté. Il est consacré par la Convention dont les dispositions sont de nature supplétive pour les parties à un contrat international. Elle peut donc être écartée par les contractants de deux pays membres. À l'inverse, elle peut être rendue applicable par la volonté des parties à un contrat conclu hors de son champ d'application.

II. Situation

Entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1988.

Référence : A/CONE.97/18

Mai 1991 : 31 États membres.

État	Ratification ou adhésion ¹	Entrée en vigueur	Réserve
Allemagne	31 décembre 1989	1 ^{er} janvier 1991	voir note 1
Argentine	19 juillet 1983	1 ^{er} janvier 1988	a. 96 (écart)
Australie	17 mars 1988	1 ^{er} avril 1989	
Autriche	29 décembre 1987	1 ^{er} janvier 1989	
Bielorusie	9 octobre 1989	1 ^{er} novembre 1990	a. 96 (écart)
Bulgarie	9 juillet 1990	1 ^{er} août 1991	voir note 2
Canada	23 avril 1991	1 ^{er} mai 1992	a. 96 (écart)
Chili	7 février 1990	1 ^{er} mars 1991	
Chine	11 décembre 1986	1 ^{er} janvier 1988	a. 95 (1.1b) a.11 (écart)

État	Ratification ou adhésion ¹	Entrée en vigueur	Réserve
Danemark	14 février 1989	1 ^{er} mars 1990	a.91(2) part. 1, a.94(1&2)
Égypte	6 décembre 1982	1 ^{er} janvier 1988	
États-Unis d'Amérique	11 décembre 1986	1 ^{er} janvier 1988	a. 95 (1.1b)
Espagne	24 juillet 1990	1 ^{er} août 1991	
Finlande	15 décembre 1987	1 ^{er} janvier 1989	a.91(2) part. 1, a.94(1&2)
France	6 août 1982	1 ^{er} janvier 1988	
Grèce	23 janvier 1991	1 ^{er} février 1992	
Hongrie	16 juin 1983	1 ^{er} janvier 1988	a. 96 (écart), a. 90
Irak	5 mars 1990	1 ^{er} avril 1991	
Italie	11 décembre 1986	1 ^{er} janvier 1988	
Israël	18 juin 1981	1 ^{er} janvier 1988	
Lettonie	29 décembre 1987	1 ^{er} janvier 1989	a.91(2) part. 1, a.94(1&2)
Malaisie	30 juillet 1988	1 ^{er} août 1989	
Norvège	13 décembre 1990	1 ^{er} janvier 1992	
Pays-Bas	15 décembre 1987	1 ^{er} janvier 1989	a.91(2) part. 1, a.94(1&2)
Suède	21 février 1990	1 ^{er} mars 1991	
Suisse	19 octobre 1982	1 ^{er} janvier 1988	a. 95 (1.1b)
Syrie	5 mars 1990	1 ^{er} avril 1991	
Tchécoslovaquie	3 janvier 1990	1 ^{er} février 1991	a. 96 (écart)
Ukraine	16 août 1990	1 ^{er} septembre 1991	a. 96 (écart)
U.R.S.S.	27 mars 1985	1 ^{er} janvier 1988	
Yougoslavie	6 juin 1986	1 ^{er} janvier 1988	
Zambie			

¹ comprend les accipiens et signataires

NOTE

1. Le gouvernement a déclaré qu'il n'existe pas d'obligation d'appliquer l'article 1.1.1.b) s'il écarte des pays qui ont fait une déclaration en vertu de l'article 95 de ne pas appliquer l'article 1.1.b). L'Allemagne, compte tenu de cette déclaration, ne fait pas de réserve en vertu de l'article 95.

2. En vertu de l'article 93, une déclaration du 23 avril 1991 précise que la Convention s'applique à l'Alberta, à la Colombie-Britannique, à l'Île-du-Prince-Édouard, au Manitoba, au Nouveau-Brunswick, à la Nouvelle-Écosse, à l'Ontario, à Terre-Neuve et aux Territoires du Nord-Ouest. Une modification de cette déclaration doit être faite avant le 1^{er} mai 1992 pour ajouter à cette liste le Québec. La Saskatchewan et peut-être le Yukon. En vertu de cette modification, la Convention entrera en vigueur dans ces provinces et ce territoire à la même date que dans le reste du Canada.
De plus, la réserve de l'article 95 1.1.b) s'applique en Colombie-Britannique.
- La Convention ne s'applique pas aux contrats de vente entre parties situées au Danemark, en Finlande, en Suède, en Islande ou en Norvège.

ANNEXE I

LES ETATS PARTIES A LA PRESENTE CONVENTION (1)

Ayant présents à l'esprit les objectifs généraux inscrits dans les résolutions relatives à l'instauration d'un nouvel ordre économique international que l'Assemblée générale a adoptées à sa sixième session extraordinaire.

Considérant que le développement du commerce international sur la base de l'égalité et des avantages mutuels est un élément important dans la promotion des relations amicales entre les Etats,

Estimant que l'adoption de règles uniformes applicables aux contrats de vente internationale de marchandises et compatibles avec les différents systèmes sociaux, économiques et juridiques contribuera à l'élimination des obstacles juridiques aux échanges internationaux et favorisera le développement du commerce international.

Sont convenus de ce qui suit :

(1) La Conférence des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises s'est tenue à Vienne (Autriche) du 10 mars au 11 avril 1980.

Des représentants des 62 Etats ont participé à la Conférence : Allemagne (République fédérale d'), Argentine, Australie, Autriche, Belgique, Birmanie, Bolivie, Brésil, Bulgarie, Canada, Chili, Chine, Chypre, Colombie, Costa Rica, Danemark, Egypte, Equateur, Espagne, Etats-Unis d'Amérique, Finlande, France, Ghana, Grèce, Hongrie, Luxembourg, Mexique, Nigéria, Norvège, Pakistan, Panama, Pays-Bas, Pérou, Philippines, Pologne, Portugal, République de Corée, République démocratique allemande, République socialiste soviétique de Biélorussie, République socialiste soviétique d'Ukraine, Roumanie, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Suède, Suisse, Tchécoslovaquie, Thaïlande, Tunisie, Turquie, Union des Républiques socialistes soviétiques, Uruguay, Yougoslavie et Zaïre. Un Etat, le Venezuela, a envoyé un observateur à la Conférence.

La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises a été adoptée par la Conférence le 10 avril 1980 et ouverte à la signature à la séance de clôture de la Conférence, le 11 avril 1980. Elle restera ouverte à la signature au Siège de l'Organisation des Nations Unies à New York jusqu'au 30 septembre 1981. Elle a aussi été ouverte à l'adhésion le 11 avril 1980.

ANNEXE I

PREMIERE PARTIE

CHAMP D'APPLICATION ET DISPOSITIONS GENERALES

CHAPITRE I — CHAMP D'APPLICATION

Article premier

1. La présente Convention s'applique aux contrats de vente de marchandises entre les parties ayant leur établissement dans des Etats différents :

- a) lorsque ces Etats sont des Etats contractants ; ou
- b) lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un Etat contractant.

2. Il n'est pas tenu compte du fait que les parties ont leur établissement dans des Etats différents lorsque ce fait ne ressort ni du contrat, ni de transactions antérieures entre les parties, ni de renseignements donnés par elles à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat.

3. Ni la nationalité des parties ni le caractère civil ou commercial des parties ou du contrat ne sont pris en considération pour l'application de la présente Convention.

Article 2

La présente Convention ne régit pas les ventes :

- a) de marchandises achetées pour un usage personnel, familial ou domestique, à moins que le vendeur, à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat, n'ait pas su et n'ait pas été censé savoir que ces marchandises étaient achetées pour un tel usage ;
- b) aux enchères ;
- c) sur saisie ou de quelque autre manière par autorité de justice ;
- d) de valeurs mobilières, effets de commerce et monnaies ;
- e) de navires, bateaux, aérogonneurs et aéronefs ;
- f) d'électricité.

Article 3

1. Sont réputés ventes les contrats de fourniture de marchandises à fabriquer ou à produire, à moins que la partie qui commande celles-ci n'ait à fournir une part essentielle des éléments matériels nécessaires à cette fabrication ou production.

2. La présente Convention ne s'applique pas aux contrats dans lesquels la part prépondérante de l'obligation de la partie qui fournit les marchandises consiste en une fourniture de main-d'œuvre ou d'autres services.

Article 4

La présente Convention régit exclusivement la formation du contrat de vente et les droits et obligations qu'un tel contrat fait naître entre le vendeur et l'acheteur. En particulier, sauf disposition contraire expresse de la présente Convention, celle-ci ne concerne pas :

- a) la validité du contrat ni celle d'aucune de ses clauses non plus que celles des usages ;
- b) les effets que le contrat peut avoir sur la propriété des marchandises vendues.

Article 5

La présente Convention ne s'applique pas à la responsabilité du vendeur pour défauts ou lésions corporelles causés à quiconque par les marchandises.

Article 6

Les parties peuvent exclure l'application de la présente Convention ou, sous réserve des dispositions de l'article 12, déroger à l'une quelconque de ses dispositions ou en modifier les effets.

CHAPITRE II — DISPOSITIONS GENERALES

Article 7

1. Pour l'interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application ainsi que d'assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international.

2. Les questions concernant les matières régies par la présente Convention et qui ne sont pas expressément tranchées par elle seront réglées selon les principes généraux dont elle s'inspire ou, à défaut de ces principes, conformément à la loi applicable en vertu des règles du droit international privé.

Article 8

1. Aux fins de la présente Convention, les indications et les autres comportements d'une partie doivent être interprétés selon le sens qu'une personne raisonnable de même qualité que l'autre partie, placée dans la même situation, leur aurait donné.

2. Si le paragraphe précédent n'est pas applicable, les indications et autres comportements d'une partie doivent être interprétés selon le sens qu'une personne raisonnable de même qualité que l'autre partie, placée dans la même situation, leur aurait donné.

3. Pour déterminer l'intention d'une partie ou ce qu'elle aurait compris une personne raisonnable, il doit être tenu compte des circonstances pertinentes, notamment des négociations qui ont pu avoir lieu entre les parties, des habitudes qui se sont établies entre elles, des usages et de tout comportement ultérieur des parties.

ANNEXE I

Article 9

1. Les parties sont liées par les usages auxquels elles ont consenti et par les habitudes qui se sont établies entre elles.

2. Sauf convention contraire des parties, celles-ci sont réputées s'être tacitement référées dans le contrat et pour sa formation à tout usage dont elles avaient connaissance ou auraient dû avoir connaissance et qui, dans le commerce international, est largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats de même type dans la branche commerciale considérée.

Article 10

Aux fins de la présente Convention :

- a) si une partie a plus d'un établissement, l'établissement à prendre en considération est celui qui a la relation la plus étroite avec le contrat et son exécution ou regard aux circonstances connues des parties ou envisagées par elles à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat ;
- b) si une partie n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu.

Article 11

Le contrat de vente n'a pas à être conclu ni constaté par écrit et n'est soumis à aucune autre condition de forme. Il peut être prouvé par tous moyens, y compris par témoins.

Article 12

Toutte disposition de l'article 11, de l'article 29 ou de la deuxième partie de la présente Convention autorisant une forme autre que la forme écrite, soit pour la conclusion ou pour la modification ou la résiliation amiable d'un contrat de vente, soit pour toute offre, acceptation ou autre manifestation d'intention, ne s'applique pas dès lors qu'une des parties a son établissement dans un Etat contractant qui a fait une déclaration conformément à l'article 96 de la présente Convention. Les parties ne peuvent déroger au présent article ni en modifier les effets.

Article 13

Aux fins de la présente Convention, le terme «écrit» doit s'entendre également des communications adressées par télexgramme ou par télex.

DEUXIEME PARTIE

FORMATION DU CONTRAT

Article 14

1. Une proposition de conclure un contrat adressée à une ou plusieurs personnes déterminées constitue une offre si elle est suffisamment précise et si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. Une proposition est suffisamment précise lorsqu'elle désigne les marchandises et, expressément ou implicitement, fixe la quantité et le prix ou donne des indications permettant de les déterminer.

2. Une proposition adressée à des personnes indéterminées est considérée seulement comme une invitation à l'offre, à moins que la personne qui a fait la proposition n'ait clairement indiqué le contraire.

Article 15

1. Une offre prend effet lorsqu'elle parvient au destinataire.

2. Une offre, même si elle est irrévocable, peut être rétractée si la rétractation parvient au destinataire avant ou en même temps que l'offre.

Article 16

1. Jusqu'à ce qu'un contrat ait été conclu, une offre peut être révoquée si la révocation parvient au destinataire avant que celui-ci ait expédié une acceptation.

2. Cependant, une offre ne peut être révoquée :

- a) si elle indique, en fixant un délai déterminé pour l'acceptation, ou autrement, qu'elle est irrévocable ; ou
- b) s'il s'agit d'un état raisonnable pour le destinataire de considérer l'offre comme irrévocable et s'il a agi en conséquence.

Article 17

Une offre, même irrévocable, prend fin lorsque son rejet parvient à l'auteur de l'offre.

Article 18

1. Une déclaration ou autre comportement du destinataire indiquant qu'il acquiesce à une offre constitue une acceptation. Le silence ou l'inaction à eux seuls ne peuvent valoir acceptation.

ANNEXE I

2. L'acceptation d'une offre prend effet au moment où l'indication d'acquiescement parvient à l'auteur de l'offre. L'acceptation ne prend pas effet si cette indication ne parvient pas à l'auteur de l'offre dans le délai qu'il a stipulé ou, à défaut d'une telle stipulation, dans un délai raisonnable, compte tenu des circonstances de la transaction et de la rapidité des moyens de communication utilisés par l'auteur de l'offre. Une offre verbale doit être acceptée immédiatement, à moins que les circonstances n'impliquent le contraire.

3. Cependant, si, en vertu de l'offre, des habitudes qui se sont établies entre les parties ou des usages, le destinataire de l'offre peut indiquer qu'il acquiesce en accomplissant un acte se rapportant, par exemple, à l'expédition des marchandises ou au paiement du prix, sans communication à l'auteur de l'offre, l'acceptation prend effet au moment où cet acte est accompli, pour autant qu'il le soit dans les délais prévus par le paragraphe précédent.

Article 19

1. Une réponse qui tend à être l'acceptation d'une offre, mais qui contient des additions, des limitations ou autres modifications, est un rejet de l'offre et constitue une contre-offre.

2. Cependant, une réponse qui tend à être l'acceptation d'une offre, mais qui contient des éléments complémentaires ou différents n'altère pas substantiellement les termes de l'offre, constitue une acceptation, à moins que l'auteur de l'offre, sans retard injustifié, n'en relève les différences verbalement ou n'adresse un avis à cet effet. S'il ne le fait pas, les termes du contrat sont ceux de l'offre, avec les modifications comprises dans l'acceptation.

3. Des éléments complémentaires ou différents relatifs notamment au prix, au paiement, à la qualité et à la quantité des marchandises, au lieu et au moment de la livraison, à l'étendue de la responsabilité d'une partie à l'égard de l'autre ou au règlement des différends, sont considérés comme altérant substantiellement les termes de l'offre.

Article 20

1. Le délai d'acceptation fixé par l'auteur de l'offre dans un télégramme ou une lettre commence à courir au moment où le télégramme est remis pour expédition ou à la date qui apparaît sur la lettre ou, à défaut, à la date qui apparaît sur l'enveloppe. Le délai d'acceptation que l'auteur de l'offre fixe par téléphone, par télex ou par d'autres moyens de communication instantanés commence à courir au moment où l'offre parvient au destinataire.

2. Les jours fériés ou chômés qui tombent pendant que court le délai d'acceptation sont comptés dans le calcul de ce délai. Cependant, si la notification ne peut être remise à l'adresse de l'auteur de l'offre le dernier jour du délai, parce que celui-ci tombe un jour férié ou chômé au lieu d'établissement de l'auteur de l'offre, le délai est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant.

Article 21

1. Une acceptation tardive produit néanmoins effet en tant qu'acceptation si, sans retard, l'auteur de l'offre en informe verbalement le destinataire ou lui adresse un avis à cet effet.

2. Si la lettre ou autre écrit contenant une acceptation tardive révèle qu'elle a été expédiée dans des conditions telles que, si sa transmission avait été régulière, elle serait parvenue à temps à l'auteur de l'offre, l'acceptation tardive produit effet en tant qu'acceptation à moins que, sans retard, l'auteur

de l'offre n'informe verbalement le destinataire de l'offre qu'il considère que son offre avait pris fin ou qu'il ne lui adresse un avis à cet effet.

Article 22

L'acceptation peut être rétractée si la rétractation parvient à l'auteur de l'offre avant le moment où l'acceptation aurait pris effet ou à ce moment.

Article 23

Le contrat est conclu au moment où l'acceptation d'une offre prend effet conformément aux dispositions de la présente Convention.

Article 24

Aux fins de la présente partie de la Convention, une offre, une déclaration d'acceptation ou toute autre manifestation d'intention «parvient» à son destinataire lorsqu'elle lui est faite verbalement ou est délivrée par tout autre moyen au destinataire lui-même, à son établissement, à son adresse postale ou, s'il n'a pas d'établissement ou d'adresse postale, à sa résidence habituelle.

TROISIEME PARTIE

VENTE DE MARCHANDISES

CHAPITRE I — DISPOSITIONS GENERALES

Article 25

Une contrevention au contrat commise par l'une des parties est essentielle lorsqu'elle cause à l'autre partie un préjudice tel qu'elle la prive substantiellement de ce que celle-ci était en droit d'attendre du contrat, à moins que la partie en défaut n'ait pas prévu un tel résultat et qu'une personne raisonnable de même qualité placée dans la même situation ne l'aurait pas prévu non plus.

Article 26

Une déclaration de résolution du contrat n'a d'effet que si elle est faite par notification à l'autre partie.

ANNEXE I

Article 27

Sauf disposition contraire expresse de la présente partie de la Convention, si une notification, demande ou autre communication est faite par une partie au contrat conformément à la présente partie et par un moyen approprié aux circonstances, un retard ou une erreur dans la transmission de la communication ou le fait qu'elle n'est pas arrivée à destination ne prive pas cette partie au contrat du droit de s'en prévaloir.

Article 28

Si, conformément aux dispositions de la présente Convention, une partie a le droit d'exiger de l'autre l'exécution d'une obligation, un tribunal n'est tenu d'ordonner l'exécution en nature que s'il le fait en vertu de son propre droit pour des contrats de vente semblables non régis par la présente Convention.

Article 29

1. Un contrat peut être modifié ou résilié par accord amiable entre les parties.

2. Un contrat écrit qui contient une disposition stipulant que toute modification ou résiliation amiable doit être faite par écrit ne peut être modifié ou résilié à l'amiable sous une autre forme. Toutefois, le comportement de l'une des parties peut l'empêcher d'invoquer une telle disposition si l'autre partie s'est fondée sur ce comportement.

CHAPITRE II — OBLIGATIONS DU VENDEUR

Article 30

Le vendeur s'oblige, dans les conditions prévues au contrat et par la présente Convention, à livrer les marchandises, à en transférer la propriété et, s'il y a lieu, à remettre les documents s'y rapportant.

SECTION I — LIVRAISON DES MARCHANDISES ET REMISE DES DOCUMENTS

Article 31

Si le vendeur n'est pas tenu de livrer les marchandises en un autre lieu particulier, son obligation de livraison consiste :

- a) lorsque le contrat de vente implique un transport des marchandises, à remettre les marchandises au premier transporteur pour transmission à l'acheteur ;
- b) lorsque, dans les cas non visés au précédent alinéa, le contrat porte sur un corps certain ou sur une chose de genre qui doit être prélevée sur une masse déterminée ou qui doit être fabriquée ou produite et lorsque, au moment de la conclusion du contrat, les parties savaient que les marchandises se trouvaient ou devaient être fabriquées ou produites en un lieu particulier, à mettre les marchandises à la disposition de l'acheteur en ce lieu ;
- c) dans les autres cas, à mettre les marchandises à la disposition de l'acheteur au lieu où le vendeur avait son établissement au moment de la conclusion du contrat.

Article 32

1. Si, conformément au contrat ou à la présente Convention, le vendeur remet les marchandises à un transporteur et si les marchandises ne sont pas clairement identifiées aux fins du contrat par l'apposition d'un signe distinctif sur les marchandises, par des documents de transport ou par tout autre moyen, le vendeur doit donner à l'acheteur avis de l'expédition en désignant spécifiquement les marchandises.

2. Si le vendeur est tenu de prendre des dispositions pour le transport des marchandises, il doit conclure les contrats nécessaires pour que le transport soit effectué jusqu'au lieu prévu, par les moyens de transport appropriés aux circonstances et selon les conditions usuelles pour un tel transport.

3. Si le vendeur n'est pas tenu de souscrire lui-même une assurance de transport, il doit fournir à l'acheteur, à la demande de celui-ci, tous renseignements dont il dispose qui sont nécessaires à la conclusion de cette assurance.

Article 33

Le vendeur doit livrer les marchandises :

- a) si une date est fixée par le contrat ou déterminable par référence au contrat, à cette date ;
- b) si une période de temps est fixée par le contrat ou déterminable par référence au contrat, à un moment quelconque au cours de cette période, à moins qu'il ne résulte des circonstances que c'est à l'acheteur de choisir une date ; ou
- c) dans tous les autres cas, dans un délai raisonnable à partir de la conclusion du contrat.

Article 34

Si le vendeur est tenu de remettre les documents se rapportant aux marchandises, il doit s'acquiescer de cette obligation au moment, au lieu et dans la forme prévus au contrat. En cas de remise anticipée, le vendeur conserve, jusqu'au moment prévu pour la remise, le droit de réparer tout défaut de conformité des documents, à condition que l'exercice de ce droit ne cause à l'acheteur ni inconvénients ni frais déraisonnables. Toutefois, l'acheteur conserve le droit de demander des dommages-intérêts conformément à la présente Convention.

SECTION II — CONFORMITE DES MARCHANDISES ET DROITS OU PRETENTIONS DE TIERS

Article 35

1. Le vendeur doit livrer des marchandises dont la quantité, la qualité et le type répondent à ceux qui sont prévus au contrat, et dont l'emballage ou le conditionnement correspond à celui qui est prévu au contrat.

2. A moins que les parties n'en soient convenues autrement, les marchandises ne sont conformes au contrat que si :

- a) elles sont propres aux usages auxquels serviraient habituellement des marchandises du même type ;

ANNEXE I

b) elles sont propres à tout usage spécial qui a été porté expressément ou tacitement à la connaissance du vendeur au moment de la conclusion du contrat, sauf s'il résulte des circonstances que l'acheteur ne s'en est pas remis à la compétence ou à l'appréciation du vendeur ou qu'il n'était pas raisonnable de sa part de le faire ;

c) elles possèdent les qualités d'une marchandise que le vendeur a présentée à l'acheteur comme échantillon ou modèle ;

d) elles sont emballées ou conditionnées selon le mode habituel pour les marchandises du même type ou, à défaut de mode habituel, d'une manière propre à les conserver et à les protéger.

3. Le vendeur n'est pas responsable, au regard des alinéas a) à d) du paragraphe précédent, d'un défaut de conformité que l'acheteur connaissait ou ne pouvait ignorer au moment de la conclusion du contrat.

Article 36

1. Le vendeur est responsable, conformément au contrat et à la présente Convention, de tout défaut de conformité qui existe au moment du transfert des risques à l'acheteur, même si ce défaut n'apparaît qu'ultérieurement.

2. Le vendeur est également responsable de tout défaut de conformité qui survient après le moment indiqué au paragraphe précédent et qui est imputable à l'exécution de l'une quelconque de ses obligations, y compris à un manquement à une garantie que, pendant une certaine période, les marchandises resteront propres à leur usage normal ou à un usage spécial ou conserveront des qualités ou caractéristiques spécifiées.

Article 37

En cas de livraison anticipée, le vendeur a le droit, jusqu'à la date prévue pour la livraison, soit de livrer une partie ou une quantité manquante, ou des marchandises nouvelles en remplacement des marchandises non conformes au contrat, soit de réparer tout défaut de conformité des marchandises, à condition que l'exercice de ce droit ne cause à l'acheteur ni inconvénients ni frais déraisonnables. Toutefois, l'acheteur conserve le droit de demander des dommages-intérêts conformément à la présente Convention.

Article 38

1. L'acheteur doit examiner les marchandises ou les faire examiner dans un délai aussi bref que possible eu égard aux circonstances.

2. Si le contrat implique un transport des marchandises, l'examen peut être différé jusqu'à leur arrivée à destination.

3. Si les marchandises sont dérivées ou réexpédiées par l'acheteur sans que celui-ci ait eu raisonnablement la possibilité de les examiner et si, au moment de la conclusion du contrat, le vendeur connaissait ou aurait dû connaître la possibilité de ce dérivage ou de cette réexpédition, l'examen peut être différé jusqu'à l'arrivée des marchandises à leur nouvelle destination.

Article 39

1. L'acheteur est déchu du droit de se prévaloir d'un défaut de conformité s'il ne le dénonce pas au vendeur, en précisant la nature de ce défaut, dans un délai raisonnable à partir du moment où il l'a constaté ou aurait dû le constater.

2. Dans tous les cas, l'acheteur est déchu du droit de se prévaloir d'un défaut de conformité, s'il ne le dénonce pas au plus tard dans un délai de deux ans à compter de la date à laquelle les marchandises lui ont été effectivement remises, à moins que ce délai ne soit incompatible avec la durée d'une garantie contractuelle.

Article 40

Le vendeur ne peut se prévaloir des dispositions des articles 38 et 39 lorsque le défaut de conformité porte sur des faits qu'il connaissait ou ne pouvait ignorer et qu'il n'a pas révélé à l'acheteur.

Article 41

Le vendeur doit livrer les marchandises libres de tout droit ou prétention d'un tiers, à moins que l'acheteur n'accepte de prendre les marchandises dans ces conditions. Toutefois, si ce droit ou cette prétention est fondé sur la propriété industrielle ou autre propriété intellectuelle, l'obligation du vendeur est régie par l'article 42.

Article 42

1. Le vendeur doit livrer les marchandises libres de tout droit ou prétention d'un tiers fondé sur la propriété industrielle ou autre propriété intellectuelle, qu'il connaissait ou ne pouvait ignorer au moment de la conclusion du contrat, à condition que ce droit ou cette prétention soit fondé sur la propriété industrielle ou autre propriété intellectuelle :

- a) en vertu de la loi de l'Etat où les marchandises doivent être revendues ou utilisées, si les parties ont envisagé au moment de la conclusion du contrat que les marchandises seraient revendues ou utilisées dans cet Etat ; ou
- b) dans tous les autres cas, en vertu de la loi de l'Etat où l'acheteur a son établissement.

2. Dans les cas suivants, le vendeur n'est pas tenu de l'obligation prévue au paragraphe précédent :
 a) au moment de la conclusion du contrat, l'acheteur connaissait ou ne pouvait ignorer l'existence du droit ou de la prétention ; ou
 b) le droit ou la prétention résulte de ce que le vendeur s'est conformé aux plans techniques, dessins, formules ou autres spécifications analogues fournis par l'acheteur.

Article 43

1. L'acheteur perd le droit de se prévaloir des dispositions des articles 41 et 42 s'il ne dénonce pas au vendeur le droit ou la prétention du tiers, en précisant la nature de ce droit ou de cette prétention, dans un délai raisonnable à partir du moment où il en a eu connaissance ou aurait dû en avoir connaissance.

ANNEXE I

2. Le vendeur ne peut pas se prévaloir des dispositions du paragraphe précédent s'il connaissait le droit ou la prétention du tiers et sa nature.

Article 44

Notobstant les dispositions du paragraphe 1 de l'article 39 et du paragraphe 1 de l'article 43, l'acheteur peut réduire le prix conformément à l'article 50 ou demander des dommages-intérêts, sauf pour le gain manqué, s'il a une excuse raisonnable pour n'avoir pas procédé à la dénonciation requise.

SECTION III — MOYENS DONT DISPOSE L'ACHETEUR EN CAS DE CONTRAVENTION AU CONTRAT PAR LE VENDEUR

Article 45

1. Si le vendeur n'a pas exécuté l'une quelconque des obligations résultant pour lui du contrat de vente ou de la présente Convention, l'acheteur est fondé à :

- a) exercer les droits prévus aux articles 46 à 52 ;
- b) demander les dommages-intérêts prévus aux articles 74 à 77.

2. L'acheteur ne perd pas le droit de demander des dommages-intérêts lorsqu'il exerce son droit de recourir à un autre moyen.

3. Aucun délai de grâce ne peut être accordé au vendeur par un juge ou par un arbitre lorsque l'acheteur se prévaut d'un des moyens dont il dispose en cas de contravention au contrat.

Article 46

1. L'acheteur peut exiger du vendeur l'exécution de ses obligations, à moins qu'il ne se soit prévalu d'un moyen incompatible avec cette exigence.

2. Si les marchandises ne sont pas conformes au contrat, l'acheteur ne peut exiger du vendeur la livraison de marchandises de remplacement que si le défaut de conformité constitue une contravention essentielle au contrat et si cette livraison est demandée au moment de la dénonciation du défaut de conformité faite conformément à l'article 39 ou dans un délai raisonnable à compter de cette dénonciation.

3. Si les marchandises ne sont pas conformes au contrat, l'acheteur peut exiger du vendeur qu'il répare le défaut de conformité, à moins que cela ne soit déraisonnable compte tenu de toutes les circonstances. La réparation doit être demandée au moment de la dénonciation du défaut de conformité faite conformément à l'article 39 ou dans un délai raisonnable à compter de cette dénonciation.

Article 47

1. L'acheteur peut impartir au vendeur un délai supplémentaire de durée raisonnable pour l'exécution de ses obligations.

2. A moins qu'il n'ait reçu du vendeur une notification l'informant que celui-ci n'exécuterait pas ses obligations dans le délai ainsi impartit, l'acheteur ne peut, avant l'expiration de ce délai, se prévaloir d'aucun des moyens dont il dispose en cas de contravention au contrat. Toutefois, l'acheteur ne perd pas, de ce fait, le droit de demander des dommages-intérêts pour retard dans l'exécution.

Article 48

1. Sous réserve de l'article 49, le vendeur peut, même après la date de la livraison, réparer à ses frais tout manquement à ses obligations, à condition que cela n'entraîne pas un retard déraisonnable et ne cause à l'acheteur ni inconvénients déraisonnables ni incertitude quant au remboursement par le vendeur des frais faits par l'acheteur. Toutefois, l'acheteur conserve le droit de demander des dommages-intérêts conformément à la présente Convention.

2. Si le vendeur demande à l'acheteur de lui faire savoir s'il accepte l'exécution et si l'acheteur ne lui répond pas dans un délai raisonnable, le vendeur peut exécuter ses obligations dans le délai qu'il a indiqué dans sa demande. L'acheteur ne peut, avant l'expiration de ce délai, se prévaloir d'un moyen incompatible avec l'exécution par le vendeur de ses obligations.

3. Lorsque le vendeur notifie à l'acheteur son intention d'exécuter ses obligations dans un délai déterminé, il est présumé demander à l'acheteur de lui faire connaître sa décision conformément au paragraphe précédent.

4. Une demande ou une notification faite par le vendeur en vertu des paragraphes 2 ou 3 du présent article n'a d'effet que si elle est reçue par l'acheteur.

Article 49

1. L'acheteur peut déclarer le contrat résolu :

- a) si l'inexécution par le vendeur de l'une quelconque des obligations résultant pour lui du contrat ou de la présente Convention constitue une contravention essentielle au contrat ; ou
- b) en cas de défaut de livraison, si le vendeur ne livre pas les marchandises dans le délai supplémentaire impartit par l'acheteur conformément au paragraphe 1 de l'article 47 ou s'il déclare qu'il ne les livrera pas dans le délai ainsi impartit.

2. Cependant, lorsque le vendeur a livré les marchandises, l'acheteur est déchu du droit de déclarer le contrat résolu s'il ne l'a pas fait :

- a) en cas de livraison tardive, dans un délai raisonnable à partir du moment où il a su que la livraison avait été effectuée ;
- b) en cas de contravention autre que la livraison tardive, dans un délai raisonnable :
 - i) à partir du moment où il a eu connaissance ou aurait dû avoir connaissance de cette contravention ;
 - ii) après l'expiration de tout délai supplémentaire impartit par l'acheteur conformément au paragraphe 1 de l'article 47 ou après que le vendeur a déclaré qu'il n'exécuterait pas ses obligations dans ce délai supplémentaire ; ou
 - iii) après l'expiration de tout délai supplémentaire indiqué par le vendeur conformément au paragraphe 2 de l'article 48 ou après que l'acheteur a déclaré qu'il n'accepterait pas l'exécution.

ANNEXE I

Article 50

En cas de défaut de conformité des marchandises au contrat, que le prix ait été ou non déjà payé, l'acheteur peut réduire le prix proportionnellement à la différence entre la valeur que les marchandises effectivement livrées avaient au moment de la livraison et la valeur que les marchandises conformes auraient eue à ce moment. Cependant, si le vendeur répare tout manquement à ses obligations conformément à l'article 37 ou à l'article 48 ou si l'acheteur refuse d'accepter l'exécution par le vendeur conformément à ces articles, l'acheteur ne peut réduire le prix.

Article 51

1. Si le vendeur ne livre qu'une partie des marchandises ou si une partie seulement des marchandises livrées est conforme au contrat, les articles 46 à 50 s'appliquent en ce qui concerne la partie manquante ou non conforme.
2. L'acheteur ne peut déclarer le contrat résolu dans sa totalité que si l'inexécution partielle ou le défaut de conformité constitue une contravention essentielle au contrat.

Article 52

1. Si le vendeur livre les marchandises avant la date fixée, l'acheteur a la faculté d'en prendre livraison ou de refuser d'en prendre livraison.
2. Si le vendeur livre une quantité supérieure à celle prévue au contrat, l'acheteur peut accepter ou refuser de prendre livraison de la quantité excédentaire. Si l'acheteur accepte d'en prendre livraison en tout ou en partie, il doit la payer au tarif du contrat.

CHAPITRE III — OBLIGATIONS DE L'ACHETEUR

Article 53

L'acheteur s'oblige, dans les conditions prévues au contrat et par la présente Convention, à payer le prix et à prendre livraison des marchandises.

SECTION I — PAIEMENT DU PRIX

Article 54

L'obligation qu'a l'acheteur de payer le prix comprend celle de prendre les mesures et d'accomplir les formalités destinées à permettre le paiement du prix qui sont prévues par le contrat ou par les lois et les règlements.

Article 55

Si la vente est valablement conclue sans que le prix des marchandises vendues ait été fixé dans le contrat expressément ou implicitement ou par une disposition permettant de le déterminer, les parties sont réputées, sauf indications contraires, s'être tacitement référées au prix habituellement

pratiqué au moment de la conclusion du contrat, dans la branche commerciale considérée, pour les mêmes marchandises vendues dans des circonstances comparables.

Article 56

Si le prix est fixé d'après le poids des marchandises, c'est le poids net qui, en cas de doute, détermine ce prix.

Article 57

1. Si l'acheteur n'est pas tenu de payer le prix en un autre lieu particulier, il doit payer le vendeur :
a) à l'établissement de celui-ci ; ou
b) si le paiement doit être fait contre la remise des marchandises ou des documents, au lieu de cette remise.

2. Le vendeur doit supporter toute augmentation des frais accessoires au paiement qui résultent de son changement d'établissement après la conclusion du contrat.

Article 58

1. Si l'acheteur n'est pas tenu de payer le prix à un autre moment déterminé, il doit le payer lorsque, conformément au contrat et à la présente Convention, le vendeur met à sa disposition soit les marchandises soit des documents représentatifs des marchandises. Le vendeur peut faire du paiement une condition de la remise des marchandises ou des documents.

2. Si le contrat implique un transport des marchandises, le vendeur peut en faire l'expédition sous condition que celles-ci ou les documents représentatifs ne seront remis à l'acheteur que contre paiement du prix.

3. L'acheteur n'est pas tenu de payer le prix avant d'avoir eu la possibilité d'examiner les marchandises, à moins que les modalités de livraison ou de paiement dont sont convenues les parties ne lui en laissent pas la possibilité.

Article 59

L'acheteur doit payer le prix à la date fixée au contrat ou résultant du contrat et de la présente Convention, sans qu'il soit besoin d'aucune demande ou autre formalité de la part du vendeur.

SECTION II — PRISE DE LIVRAISON

Article 60

L'obligation de l'acheteur de prendre livraison consiste :
a) à accomplir tout acte qu'on peut raisonnablement attendre de lui pour permettre au vendeur d'effectuer la livraison ; et
b) à retirer les marchandises.

ANNEXE I

SECTION III — MOYENS DONT DISPOSE LE VENDEUR EN CAS DE CONTRAVENTION AU CONTRAT PAR L'ACHETEUR

Article 61

1. Si l'acheteur n'a pas exécuté l'une quelconque des obligations résultant pour lui du contrat de vente ou de la présente Convention, le vendeur est fondé à :

- a) exercer les droits prévus aux articles 62 à 65 ;
- b) demander les dommages-intérêts prévus aux articles 74 à 77.

2. Le vendeur ne perd pas le droit de demander des dommages-intérêts lorsqu'il exerce son droit de recourir à un autre moyen.

3. Aucun délai de grâce ne peut être accordé à l'acheteur par un juge ou par un arbitre lorsque le vendeur se prévaut d'un des moyens dont il dispose en cas de contravention au contrat.

Article 62

Le vendeur peut exiger de l'acheteur le paiement du prix, la prise de livraison des marchandises ou l'exécution des autres obligations de l'acheteur, à moins qu'il ne se soit prévalu d'un moyen incompatible avec ces exigences.

Article 63

1. Le vendeur peut impartir à l'acheteur un délai supplémentaire de durée raisonnable pour l'exécution de ses obligations.

2. A moins qu'il n'ait reçu de l'acheteur une notification l'informant que celui-ci n'exécuerait pas ses obligations dans le délai ainsi impartit, le vendeur ne peut, avant l'expiration de ce délai, se prévaloir d'aucun des moyens dont il dispose en cas de contravention au contrat. Toutefois, le vendeur ne perd pas, de ce fait, le droit de demander des dommages-intérêts pour retard dans l'exécution.

Article 64

1. Le vendeur peut déclarer le contrat résolu :

- a) si l'exécution par l'acheteur de l'une quelconque des obligations résultant pour lui du contrat ou de la présente Convention constitue une contravention essentielle au contrat ; ou
- b) si l'acheteur n'exécute pas son obligation de payer le prix ou ne prend pas livraison des marchandises dans le délai supplémentaire impartit par le vendeur conformément au paragraphe 1 de l'article 63 ou s'il déclare qu'il ne le fera pas dans le délai ainsi impartit.

2. Cependant, lorsque l'acheteur a payé le prix, le vendeur est déchu du droit de déclarer le contrat résolu s'il ne l'a pas fait :

- a) en cas d'exécution tardive par l'acheteur, avant d'avoir su qu'il y avait eu exécution ; ou
- b) en cas de contravention par l'acheteur autre que l'exécution tardive, dans un délai raisonnable :
 - 1) à partir du moment où le vendeur a eu connaissance ou aurait dû avoir connaissance de cette contravention ; ou

- ii) après expiration de tout délai supplémentaire impartit par le vendeur conformément au paragraphe 1 de l'article 63 ou après que l'acheteur a déclaré qu'il n'exécute pas ses obligations dans ce délai supplémentaire.

Article 65

1. Si le contrat prévoit que l'acheteur doit spécifier la forme, la mesure ou d'autres caractéristiques des marchandises et si l'acheteur n'effectue pas cette spécification à la date convenue ou dans un délai raisonnable à compter de la réception d'une demande du vendeur, celui-ci peut, sans préjudice de tous autres droits qu'il peut avoir, effectuer lui-même cette spécification d'après les besoins de l'acheteur dont il peut avoir connaissance.

2. Si le vendeur effectue lui-même la spécification, il doit en faire connaître les modalités à l'acheteur et lui impartir un délai raisonnable pour une spécification différente. Si, après réception de la communication du vendeur, l'acheteur n'utilise pas cette possibilité dans le délai ainsi impartit, la spécification effectuée par le vendeur est définitive.

CHAPITRE IV — TRANSFERT DES RISQUES

Article 66

La perte ou la détérioration des marchandises survenue après le transfert des risques à l'acheteur ne libère pas celui-ci de son obligation de payer le prix, à moins que ces événements ne soient dus à un fait du vendeur.

Article 67

1. Lorsque le contrat de vente implique un transport des marchandises et que le vendeur n'est pas tenu de les remettre en un lieu déterminé, les risques sont transférés à l'acheteur à partir de la remise des marchandises au premier transporteur pour transmission à l'acheteur conformément au contrat de vente. Lorsque le vendeur est tenu de remettre les marchandises à un transporteur en un lieu déterminé, les risques ne sont pas transférés à l'acheteur tant que les marchandises n'ont pas été remises au transporteur en ce lieu. Le fait que le vendeur soit autorisé à conserver les documents représentatifs des marchandises n'affecte pas le transfert des risques.

2. Cependant, les risques ne sont pas transférés à l'acheteur tant que les marchandises n'ont pas été clairement identifiées aux fins du contrat, que ce soit par l'apposition d'un signe distinctif sur les marchandises, par des documents de transport, par un avis donné à l'acheteur ou par tout autre moyen.

Article 68

En ce qui concerne les marchandises vendues en cours de transport, les risques sont transférés à l'acheteur à partir du moment où le contrat est conclu. Toutefois, si les circonstances l'imposent, les risques sont à la charge de l'acheteur à compter du moment où les marchandises ont été remises au transporteur qui a émis les documents constatant le contrat de transport. Néanmoins, si, au moment de la conclusion du contrat de vente, le vendeur avait connaissance ou aurait dû avoir connaissance du fait que les marchandises avaient été détériorées et qu'il n'en a pas informé l'acheteur, la perte ou la détérioration est à la charge du vendeur.

ANNEXE I

Article 69

1. Dans les cas non visés par les articles 67 et 68, les risques sont transférés à l'acheteur lorsqu'il reçoit les marchandises ou, s'il ne le fait pas en temps voulu, à partir du moment où les marchandises sont mises à sa disposition et où il commet une contravention au contrat en n'en prenant pas livraison.

2. Cependant, si l'acheteur est tenu de retirer les marchandises en un lieu autre qu'un établissement du vendeur, les risques sont transférés lorsque la livraison est due et que l'acheteur sait que les marchandises sont mises à sa disposition en ce lieu.

3. Si la vente porte sur des marchandises non encore individualisées, les marchandises ne sont réputées avoir été mises à la disposition de l'acheteur que lorsqu'elles ont été clairement identifiées aux fins du contrat.

Article 70

Si le vendeur a commis une contravention essentielle au contrat, les dispositions des articles 67, 68 et 69 ne portent pas atteinte aux moyens dont l'acheteur dispose en raison de cette contravention.

CHAPITRE V — DISPOSITIONS COMMUNES AUX OBLIGATIONS DU VENDEUR ET DE L'ACHETEUR

SECTION I — CONTRAVENTION ANTICIPÉE ET CONTRATS A LIVRAISONS SUCCESSIVES

Article 71

1. Une partie peut différer l'exécution de ses obligations lorsqu'il apparaît, après la conclusion du contrat, que l'autre partie n'exécute pas une partie essentielle de ses obligations du fait :

- a) d'une grave insuffisance dans la capacité d'exécution de cette partie ou sa solvabilité ; ou
- b) de la manière dont elle s'apprête à exécuter ou exécute le contrat.

2. Si le vendeur a déjà expédié les marchandises lorsque se révèlent les raisons prévues au paragraphe précédent, il peut s'opposer à ce que les marchandises soient remises à l'acheteur, même si celui-ci détient un document lui permettant de les obtenir. Le présent paragraphe ne concerne que les droits respectifs du vendeur et de l'acheteur sur les marchandises.

3. La partie qui diffère l'exécution, avant ou après l'expédition des marchandises, doit adresser immédiatement une notification à cet effet à l'autre partie, et elle doit procéder à l'exécution si l'autre partie donne des assurances suffisantes de la bonne exécution de ses obligations.

Article 72

1. Si, avant la date d'exécution du contrat, il est manifeste qu'une partie commettra une contravention essentielle au contrat, l'autre partie peut déclarer celui-ci résolu.

2. Si elle dispose du temps nécessaire, la partie qui a l'intention de déclarer le contrat résolu doit le notifier à l'autre partie dans des conditions raisonnables pour lui permettre de donner des assurances suffisantes de la bonne exécution de ses obligations.

3. Les dispositions du paragraphe précédent ne s'appliquent pas si l'autre partie a déclaré qu'elle n'exécute pas ses obligations.

Article 73

1. Dans les contrats à livraisons successives, si l'inexécution par l'une des parties d'une obligation relative à une livraison constitue une contravention essentielle au contrat en ce qui concerne cette livraison, l'autre partie peut déclarer le contrat résolu pour ladite livraison.

2. Si l'inexécution par l'une des parties d'une obligation relative à une livraison donne à l'autre partie de sérieuses raisons de penser qu'il y aura contravention essentielle au contrat en ce qui concerne des obligations futures, elle peut déclarer le contrat résolu pour l'avenir, à condition de le faire dans un délai raisonnable.

3. L'acheteur qui déclare le contrat résolu pour une livraison peut, en même temps, le déclarer résolu pour les livraisons déjà reçues ou pour les livraisons futures si, en raison de leurs caractéristiques, ces livraisons ne peuvent être utilisées aux fins envisagées par les parties au moment de la conclusion du contrat.

SECTION II — DOMMAGES-INTÉRÊTS

Article 74

Les dommages-intérêts pour une contravention au contrat commise par une partie sont égaux à la perte subie et au gain manqué par l'autre partie par suite de la contravention. Ces dommages-intérêts ne peuvent être supérieurs à la perte subie et au gain manqué que la partie en défaut avait prévus ou aurait dû prévoir au moment de la conclusion du contrat, en considérant les faits dont elle avait connaissance ou aurait dû avoir connaissance, comme étant des conséquences possibles de la contravention au contrat.

Article 75

Lorsque le contrat est résolu et que, d'une manière raisonnable et dans un délai raisonnable après la résolution, l'acheteur a procédé à un achat de remplacement ou le vendeur à une vente compensatoire, la partie qui demande des dommages-intérêts peut obtenir la différence entre le prix du contrat et le prix de l'achat de remplacement ou de la vente compensatoire ainsi que tous autres dommages-intérêts qui peuvent être dus en vertu de l'article 74.

Article 76

1. Lorsque le contrat est résolu et que les marchandises ont un prix courant, la partie qui demande des dommages-intérêts peut, si elle n'a pas procédé à un achat de remplacement ou à une vente compensatoire au titre de l'article 75, obtenir la différence entre le prix fixé dans le contrat et le prix courant au moment de la résolution ainsi que tous autres dommages-intérêts qui peuvent être

ANNEXE I

dus au titre de l'article 74. Néanmoins, si la partie qui demande des dommages-intérêts a déclaré le contrat résolu après avoir pris possession des marchandises, c'est le prix courant au moment de la prise de possession qui est applicable et non pas le prix courant au moment de la résolution.

2. Aux fins du paragraphe précédent, le prix courant est celui du lieu où la livraison des marchandises aurait dû être effectuée ou, à défaut de prix courant en ce lieu, le prix courant pratiqué en un autre lieu qu'il apparaît raisonnable de prendre comme lieu de référence, en tenant compte des différences dans les frais de transport des marchandises.

Article 77

La partie qui invoque la contravention au contrat doit prendre les mesures raisonnables, eu égard aux circonstances, pour limiter la perte, y compris le gain manqué, résultant de la contravention. Si elle néglige de le faire, la partie en défaut peut demander une réduction des dommages-intérêts égale au montant de la perte qui aurait dû être évitée.

Article 78

Si une partie ne paie pas le prix ou toute autre somme due, l'autre partie a le droit à des intérêts sur cette somme, sans préjudice des dommages-intérêts qu'elle serait fondée à demander en vertu de l'article 74.

SECTION III — EXONERATION

Article 79

1. Une partie n'est pas responsable de l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations si elle prouve que cette inexécution est due à un empêchement indépendant de sa volonté et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre d'elle qu'elle le prévienne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'elle le prévienne ou le surmonte ou qu'elle en prévienne ou surmonte les conséquences.

2. Si l'inexécution par une partie est due à l'inexécution par un tiers qu'elle a chargé d'exécuter tout ou partie du contrat, cette partie n'est exonérée de sa responsabilité que dans le cas :

- a) où elle l'est en vertu des dispositions du paragraphe précédent ; et
- b) où le tiers serait lui aussi exonéré si les dispositions de ce paragraphe lui étaient appliquées.

3. L'exonération prévue par le présent article produit effet pendant la durée de l'empêchement.

4. La partie qui n'a pas exécuté doit avertir l'autre partie de l'empêchement et de ses effets sur sa capacité d'exécuter. Si l'avertissement n'arrive pas à destination dans un délai raisonnable à partir du moment où la partie qui n'a pas exécuté a connu ou aurait dû connaître l'empêchement, celle-ci est tenue à des dommages-intérêts du fait de ce défaut de réception.

5. Les dispositions du présent article n'interdisent pas à une partie d'exercer tous ses droits autres que celui d'obtenir des dommages-intérêts en vertu de la présente Convention.

Article 80

Une partie ne peut pas se prévaloir d'une inexécution par l'autre partie dans la mesure où cette inexécution est due à un acte ou à une omission de sa part.

SECTION IV — EFFETS DE LA RESOLUTION

Article 81

1. La résolution du contrat libère les deux parties de leurs obligations, sous réserve des dommages-intérêts qui peuvent être dus. Elle n'a pas d'effet sur les stipulations du contrat relatives au règlement des différends ou aux droits et obligations des parties en cas de résolution.

2. La partie qui a exécuté le contrat totalement ou partiellement peut réclamer restitution à l'autre partie de ce qu'elle a fourni ou payé en exécution du contrat. Si les deux parties sont tenues d'effectuer des restitutions, elles doivent y procéder simultanément.

Article 82

1. L'acheteur perd le droit de déclarer le contrat résolu ou d'exiger du vendeur la livraison de marchandises de remplacement s'il lui est impossible de restituer les marchandises dans un état sensiblement identique à celui dans lequel il les a reçues.

2. Le paragraphe précédent ne s'applique pas :

- a) si l'impossibilité de restituer les marchandises ou de les restituer dans un état sensiblement identique à celui dans lequel l'acheteur les a reçues n'est pas due à un acte ou à une omission de sa part ;
- b) si les marchandises ont péri ou sont détériorés, en totalité ou en partie, en conséquence de l'examen prescrit à l'article 36 ; ou
- c) si l'acheteur, avant le moment où il a constaté ou aurait dû constater le défaut de conformité, a vendu tout ou partie des marchandises dans le cadre d'une opération commerciale normale ou a consommé ou transformé tout ou partie des marchandises conformément à l'usage normal.

Article 83

L'acheteur qui a perdu le droit de déclarer le contrat résolu ou d'exiger du vendeur la livraison de marchandises de remplacement en vertu de l'article 82 conserve le droit de se prévaloir de tous les autres moyens qu'il tient du contrat et de la présente Convention.

Article 84

1. Si le vendeur est tenu de restituer le prix, il doit aussi payer des intérêts sur le montant de ce prix à compter du jour du paiement.

2. L'acheteur doit au vendeur l'équivalent de tout profit qu'il a retiré des marchandises ou d'une partie de celles-ci :

- a) lorsqu'il doit les restituer en tout ou en partie ; ou

ANNEXE I

b) lorsqu'il est dans l'impossibilité de restituer tout ou partie des marchandises ou de les restituer en tout ou en partie dans un état sensiblement identique à celui dans lequel il les a reçues et que néanmoins il a déclaré le contrat résolu ou a exigé du vendeur la livraison de marchandises de remplacement.

SECTION V — CONSERVATION DES MARCHANDISES

Article 85

Lorsque l'acheteur tarde à prendre livraison des marchandises ou qu'il n'en paie pas le prix, alors que le paiement du prix et la livraison doivent se faire simultanément, le vendeur, s'il a les marchandises en sa possession ou sous son contrôle, doit prendre les mesures raisonnables, eu égard aux circonstances, pour en assurer la conservation. Il est fondé à les retenir jusqu'à ce qu'il ait obtenu de l'acheteur le remboursement de ses dépenses raisonnables.

Article 86

1. Si l'acheteur a reçu les marchandises et entend exercer tout droit de les refuser en vertu du contrat ou de la présente Convention, il doit prendre les mesures raisonnables, eu égard aux circonstances, pour en assurer la conservation. Il est fondé à les retenir jusqu'à ce qu'il ait obtenu du vendeur le remboursement de ses dépenses raisonnables.

2. Si les marchandises expédiées à l'acheteur ont été mises à sa disposition à leur lieu de destination et si l'acheteur exerce le droit de les refuser, il doit en prendre possession pour le compte du vendeur à condition de pouvoir le faire sans paiement du prix et sans inconvénients ou frais déraisonnables. Cette disposition ne s'applique pas si le vendeur est présent au lieu de destination ou s'il y a en ce lieu une personne ayant qualité pour prendre les marchandises en charge pour son compte. Les droits et obligations de l'acheteur qui prend possession des marchandises en vertu du présent paragraphe sont régis par le paragraphe précédent.

Article 87

La partie qui est tenue de prendre des mesures pour assurer la conservation des marchandises peut les déposer dans les magasins d'un tiers aux frais de l'autre partie, à condition que les frais qui en résultent ne soient pas déraisonnables.

Article 88

1. La partie qui doit assurer la conservation des marchandises conformément aux articles 85 ou 86 peut les vendre par tous moyens appropriés si l'autre partie a apporté un retard déraisonnable à prendre possession des marchandises ou à les reprendre ou à payer le prix ou les frais de leur conservation, sous réserve de notifier à cette autre partie, dans des conditions raisonnables, son intention de vendre.

2. Lorsque les marchandises sont sujettes à une détérioration rapide ou lorsque leur conservation entraînerait des frais déraisonnables, la partie qui est tenue d'assurer la conservation des marchandises conformément aux articles 85 ou 86 doit raisonnablement s'employer à les vendre. Dans la mesure du possible, elle doit notifier à l'autre partie son intention de vendre.

3. La partie qui vend les marchandises a le droit de retenir sur le produit de la vente un montant égal aux frais raisonnables de conservation et de vente des marchandises. Elle doit le surplus à l'autre partie.

QUATRIEME PARTIE

DISPOSITIONS FINALES

Article 89

Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies est désigné comme dépositaire de la présente Convention.

Article 90

La présente Convention ne prévaut pas sur un accord international déjà conclu ou à conclure qui contient des dispositions concernant les matières régies par la présente Convention, à condition que les parties au contrat aient leur établissement dans des Etats parties à cet accord.

Article 91

1. La présente Convention sera ouverte à la signature à la séance de clôture de la Conférence des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises et restera ouverte à la signature de tous les Etats au Siège de l'Organisation des Nations Unies, à New York, jusqu'au 30 septembre 1981.

2. La présente Convention est sujette à ratification, acceptation ou approbation par les Etats signataires.

3. La présente Convention sera ouverte à l'adhésion de tous les Etats qui ne sont pas signataires, à partir de la date à laquelle elle sera ouverte à la signature.

4. Les instruments de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion seront déposés auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

Article 92

1. Tout Etat contractant pourra, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer qu'il ne sera pas lié par la deuxième partie de la présente Convention ou qu'il ne sera pas lié par la troisième partie de la présente Convention.

2. Un Etat contractant qui fait, en vertu du paragraphe précédent, une déclaration à l'égard de la deuxième partie ou de la troisième partie de la présente Convention ne sera pas considéré comme étant un Etat contractant, au sens du paragraphe 1 de l'article premier de la Convention, pour les matières régies par la partie de la Convention à laquelle cette déclaration s'applique.

ANNEXE I

Article 93

1. Tout Etat contractant qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles, selon sa constitution, des systèmes de droit différents s'appliquent dans les matières régies par la présente Convention pourra, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer que la présente Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou seulement à l'une ou plusieurs d'entre elles et pourra à tout moment modifier cette déclaration en faisant une nouvelle déclaration.

2. Ces déclarations seront notifiées au depositaire et désigneront expressément les unités territoriales auxquelles la Convention s'applique.

3. Si, en vertu d'une déclaration faite conformément au présent article, la présente Convention s'applique à l'une ou plusieurs des unités territoriales d'un Etat contractant, mais non pas à toutes, et si l'établissement d'un contrat est situé dans cet Etat, cet établissement sera considéré, aux fins de la présente Convention, comme n'étant pas situé dans un Etat contractant, à moins qu'il ne soit situé dans une unité territoriale à laquelle la Convention s'applique.

Si un Etat contractant ne fait pas de déclaration en vertu du paragraphe 1 du présent article, la Convention s'appliquera à l'ensemble du territoire de cet Etat.

Article 94

1. Deux ou plusieurs Etats contractants qui, dans des matières régies par la présente Convention, appliquent des règles juridiques identiques ou voisines peuvent, à tout moment, déclarer que la Convention ne s'appliquera pas aux contrats de vente ou à leur formation lorsque les parties ont leur établissement dans ces Etats. De telles déclarations peuvent être faites conjointement ou être unilatérales et réciproques.

2. Un Etat contractant qui, dans des matières régies par la présente Convention, applique des règles juridiques identiques ou voisines de celles d'un ou de plusieurs Etats non contractants peut, à tout moment, déclarer que la Convention ne s'appliquera pas aux contrats de vente ou à leur formation lorsque les parties ont leur établissement dans ces Etats.

3. Lorsqu'un Etat à l'égard duquel une déclaration a été faite en vertu du paragraphe précédent devient par la suite un Etat contractant, la déclaration mentionnée aura, à partir de la date à laquelle la présente Convention entrera en vigueur à l'égard de ce nouvel Etat contractant, les effets d'une déclaration faite en vertu du paragraphe 1, à condition que le nouvel Etat contractant s'y associe ou fasse une déclaration unilatérale à titre réciproque.

Article 95

Tout Etat peut déclarer, au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, qu'il ne sera pas lié par l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article précédent de la présente Convention.

Article 96

Tout Etat contractant dont la législation exige que les contrats de vente soient conclus ou constatés par écrit peut, à tout moment, déclarer, conformément à l'article 12, que toute disposition de l'article 11, de l'article 29 ou de la deuxième partie de la présente Convention autorisant une forme

autre que la forme écrite pour la conclusion, la modification ou la résiliation amiable d'un contrat de vente, ou pour toute offre, acceptation ou autre manifestation d'intention, ne s'applique pas dès lors que l'une des parties a son établissement dans cet Etat.

Article 97

1. Les déclarations faites en vertu de la présente Convention lors de la signature sont sujettes à confirmation lors de la ratification, de l'acceptation ou de l'approbation.

2. Les déclarations, et la confirmation des déclarations, seront faites par écrit et formellement notifiées au depositaire.

3. Les déclarations prendront effet à la date de l'entrée en vigueur de la présente Convention à l'égard de l'Etat déclarant. Cependant, les déclarations dont le depositaire aura reçu notification formelle après cette date prendront effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de six mois à compter de la date de leur réception par le depositaire. Les déclarations unilatérales et réciproques faites en vertu de l'article 94 prendront effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de six mois après la date de la réception de la dernière déclaration par le depositaire.

4. Tout Etat qui fait une déclaration en vertu de la présente Convention peut à tout moment la retirer par une notification formelle adressée par écrit au depositaire. Ce retrait prendra effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de six mois après la date de réception de la notification par le depositaire.

5. Le retrait d'une déclaration faite en vertu de l'article 94 rendra caduque, à partir de la date de sa prise d'effet, toute déclaration réciproque faite par un autre Etat en vertu de ce même article.

Article 98

Aucune réserve n'est autorisée autre que celles qui sont expressément autorisées par la présente Convention.

Article 99

1. La présente Convention entrera en vigueur, sous réserve des dispositions du paragraphe 6 du présent article, le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de douze mois après la date du dépôt du dixième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, y compris tout instrument contenant une déclaration faite en vertu de l'article 92.

2. Lorsqu'un Etat ratifiera, acceptera ou approuvera la présente Convention ou y adhèrera après le dépôt du dixième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, la Convention, à l'exception de la partie exclue, entrera en vigueur à l'égard de cet Etat, sous réserve des dispositions du paragraphe 6 du présent article, le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de douze mois après la date du dépôt de l'instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion.

3. Tout Etat qui ratifiera, acceptera ou approuvera la présente Convention ou y adhèrera et qui est partie à la Convention portant loi uniforme sur la formation des contrats de vente internationale des objets mobiliers corporels faite à La Haye le 1^{er} juillet 1964 (Convention de La Haye de 1964 sur la formation) ou à la Convention portant loi uniforme sur la vente internationale des objets

ANNEXE I

mobiliers corporels faite à La Haye le 1^{er} juillet 1964 (Convention de La Haye de 1964 sur la vente), ou à ces deux Conventions, dénoncera en même temps, selon le cas, la Convention de La Haye de 1964 sur la vente ou la Convention de La Haye sur la formation, ou ces deux conventions, en adressant une notification à cet effet au Gouvernement néerlandais.

4. Tout Etat partie à la Convention de La Haye de 1964 sur la vente qui ratifiera, acceptera ou approuvera la présente Convention ou y adhérera et qui déclarera ou aura déclaré en vertu de l'article 92 qu'il n'est pas lié par la troisième partie de la Convention, dénoncera, au moment de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, la Convention de La Haye de 1964 sur la vente en adressant une notification à cet effet au Gouvernement néerlandais.

5. Tout Etat partie à la Convention de La Haye de 1964 sur la vente qui ratifiera, acceptera ou approuvera la présente Convention ou y adhérera et qui déclarera ou aura déclaré en vertu de l'article 92 qu'il n'est pas lié par la troisième partie de la Convention, dénoncera, au moment de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, la Convention de La Haye de 1964 sur la formation en adressant une notification à cet effet au Gouvernement néerlandais.

6. Aux fins du présent article, les ratifications, acceptations, approbations et adhésions effectuées à l'égard de la présente Convention par des Etats parties à la Convention de La Haye de 1964 sur la formation ou à la Convention de La Haye de 1964 sur la vente ne prendront effet qu'à la date à laquelle les dénonciations éventuellement requises de la part desdits Etats à l'égard de ces deux conventions auront elles-mêmes pris effet. Le dépositaire de la présente Convention s'entendra avec le Gouvernement néerlandais, dépositaire des conventions de 1964, pour assurer la coordination nécessaire à cet égard.

Article 100

1. La présente Convention s'applique à la formation des contrats conclus à la suite d'une proposition intervenue après l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard des Etats contractants visés à l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article premier ou de l'Etat contractant visé à l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article premier.

2. La présente Convention s'applique uniquement aux contrats conclus après son entrée en vigueur à l'égard des Etats contractants visés à l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article premier ou de l'Etat contractant visé à l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article premier.

Article 101

1. Tout Etat contractant pourra dénoncer la présente Convention, ou la deuxième ou la troisième partie de la Convention, par une notification formelle adressée par écrit au dépositaire.

2. La dénonciation prendra effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de douze mois après la date de réception de la notification par le dépositaire. Lorsqu'une période plus longue pour la prise d'effet de la dénonciation est spécifiée dans la notification, la dénonciation prendra effet à l'expiration de la période en question après la date de réception de la notification.

Fait à Vienne, le onze avril mil neuf cent quatre-vingt, en un seul original, dont les textes anglais, arabe, chinois, espagnol, français et russe sont également authentiques.

En foi de quoi les plénipotentiaires soussignés, dûment autorisés par leurs gouvernements respectifs, ont signé la présente Convention.

ANNEXE II
Convention de New-York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des
sentences arbitrales étrangères

CONVENTION POUR LA RECONNAISSANCE ET
L'EXÉCUTION DES SENTENCES ARBITRALES ÉTRANGÈRES

New York, le 10 juin 1958

I. Objectifs

Pour que l'arbitrage puisse se développer comme mode de règlement des différends internationaux privés, il était indispensable d'assurer une protection internationale des clauses compromissoires et de permettre l'exécution des sentences hors des pays où elles avaient été prononcées. Un premier effort en ce sens avait été fait en 1923 et 1927, à Genève, mais les conditions d'exécution restaient complexes. En réponse aux demandes des milieux d'affaires internationaux, l'Organisation des Nations Unies convoqua une Conférence internationale à New York, du 20 mai au 10 juin 1958. La Convention adoptée alors a créé les conditions juridiques du développement de l'arbitrage commercial international.

Bien que son titre ne le mentionne pas, le premier objet de cette Convention est la protection de l'efficacité internationale des clauses d'arbitrage. Tous les tribunaux des pays signataires doivent renvoyer les parties à l'arbitrage en présence d'une clause contractuelle en ce sens.

Le second objectif de la Convention est de faciliter l'exécution des sentences rendues en simplifiant la procédure à suivre et en limitant les motifs de contrôle judiciaire.

II. Situation

Entrée en vigueur : 7 juin 1959

Référence : *Recueil des Traités*, Nations Unies, vol. 330, p. 3

Mars 1991 : en vigueur dans 85 États.

État	Ratification ou adhésion	Réserves
Afrique du sud	3 mai 1976	
Algérie	7 février 1989	R./C.
Allemagne	30 juin 1961	R.
Antigua et Barbuda	2 février 1989	R./C.
Argentine	14 mars 1989	R./C note 1
Australie	26 mars 1975	
Autriche	2 mai 1961	
Bahreïn	6 avril 1988	R./C.
Belgique	18 août 1975	R.
Bénin	16 mai 1974	
Biélorussie, RSS	15 novembre 1960	R. +
Botswana	20 décembre 1971	R./C.
Bulgarie	10 octobre 1961	R. +
Burkina-Faso	23 mars 1987	
Cambodge	5 janvier 1960	
Cameroun	19 février 1988	
Canada	12 mai 1986	C (sauf Québec)
Centrafrique	15 octobre 1962	R./C.
Chili	4 septembre 1975	
Chine	22 janvier 1987	R./C.
Chypre	29 décembre 1980	R./C.
Colombie	25 septembre 1979	note 2
Corée du sud	8 février 1973	R./C.
Costa Rica	26 octobre 1987	
Côte d'Ivoire	1 ^{er} février 1991	n.d.
Cuba	30 décembre 1974	R. +/C.
Danemark	22 décembre 1972	R./C.
Djibouti	14 juin 1983	
Dominique	28 octobre 1988	
Égypte	9 mars 1959	
Équateur	3 janvier 1962	R./C.
Espagne	12 mai 1977	
États-Unis d'Amérique	30 septembre 1970	R./C.
Finlande	19 janvier 1962	
France	26 juin 1959	
Ghana	9 avril 1968	
Grèce	16 juillet 1962	R./C.
Guatemala	21 mars 1984	R./C.

Guinée	23 janvier 1991	n.d.
Haiti	5 décembre 1983	
Hongrie	5 mars 1962	R./C.
Inde	13 juillet 1960	R./C.
Indonésie	7 octobre 1981	R./C.
Irlande	12 mai 1981	R.
Israël	5 janvier 1959	
Italie	31 janvier 1969	
Japon	20 juin 1961	R.
Jordanie	15 novembre 1979	
Kenya	10 février 1959	R.
Koweït	28 avril 1978	R.
Lesotho	13 juin 1959	
Luxembourg	9 septembre 1983	R.
Madagascar	16 juillet 1962	R./C.
Malaisie	5 novembre 1985	R./C.
Maroc	12 février 1959	R.
Mexique	14 avril 1971	
Monaco	2 juin 1982	R./C.
Niger	14 octobre 1964	
Nigeria	17 mars 1970	R./C.
Norvège	14 mars 1961	R note 3
Nouvelle-Zélande	6 janvier 1983	R.
Panama	10 octobre 1984	
Pays-Bas	24 avril 1964	R.
Pérou	7 juillet 1988	
Philippines	6 juillet 1967	R./C.
Pologne	3 octobre 1961	R./C.
Roumanie	13 septembre 1961	R. +/C.
Royaume-Uni	24 septembre 1975	R.
Singapour	21 août 1986	R.
Sri Lanka	9 avril 1962	
St-Marin	17 mai 1979	
Suède	28 janvier 1972	
Suisse	1 ^{er} juin 1965	R.
Syrie	9 mars 1959	
Tanzanie	13 octobre 1964	R.
Tchécoslovaquie	10 juillet 1959	R. +
Thaïlande	21 décembre 1959	
Trinité et Tobago	14 février 1966	R./C.
Tunisie	17 juillet 1967	R./C.
Ukraine	10 octobre 1960	R. +
U.R.S.S.	24 août 1960	R. +
Uruguay	30 mars 1983	
Vatican	14 mai 1975	R./C.
Yugoslavie	26 février 1982	R./C. note 4

R : Réserve de réciprocité. La Convention s'applique à la reconnaissance et à l'exécution des sentences rendues sur le territoire d'un autre État membre de la Convention.

R+ : Réserve de réciprocité élargie : L'État applique aussi la Convention aux sentences rendues sur le territoire d'un État non-membre dans la mesure où cet État accorde un traitement réciproque.

C : Réserve de commercialité : La Convention s'applique seulement aux différends issus de relations juridiques - contractuelles ou non - que la loi nationale considère comme étant d'ordre commercial.

NOTE

1. L'Argentine a ajouté cette déclaration : *La présente Convention doit être interprétée compte tenu des principes et règles de la constitution nationale en vigueur ou de ceux qui résultent de réformes prévues par la constitution.* Cette déclaration a provoqué une objection allemande au motif qu'il s'agirait d'une réserve en contradiction avec la Convention, au surplus vague et irrecevable.

2. La ratification a été déclarée inconstitutionnelle par la Cour suprême le 26 octobre 1988.

3. La Convention ne s'appliquera pas aux différends portant sur des biens immobiliers situés dans l'État considéré ou sur un droit relatif auxdits biens.

4. La Convention s'appliquera seulement aux sentences arbitrales postérieures à son entrée en vigueur.

ANNEXE II

Article premier

1. La présente Convention s'applique à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales rendues sur le territoire d'un État autre que celui où la reconnaissance et l'exécution des sentences sont demandées, et issues de différends entre personnes physiques ou morales. Elle s'applique également aux sentences arbitrales qui ne sont pas considérées comme sentences nationales dans l'État où leur reconnaissance et leur exécution sont demandées.

2. On entend par «sentences arbitrales» non seulement les sentences rendues par des arbitres nommés pour des cas déterminés, mais également celles qui sont rendues par des organes d'arbitrage permanents auxquels les parties se sont soumises.

3. Au moment de signer ou de ratifier la présente Convention, d'y adhérer ou de faire la notification d'extension prévue à l'article X, tout État pourra, sur la base de la réciprocité, déclarer qu'il appliquera la Convention à la reconnaissance et à l'exécution des seules sentences rendues sur le territoire d'un autre État contractant. Il pourra également déclarer qu'il appliquera la Convention uniquement aux différends issus de rapports de droit, contractuels ou non contractuels, qui sont considérés comme commerciaux par sa loi nationale.

ANNEXE II

Article II

1. Chacun des États contractants reconnaît la convention écrite par laquelle les parties s'obligent à soumettre à un arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel, portant sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage.

2. On entend par «convention écrite» une clause compromissoire insérée dans un contrat, ou un compromis, signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes.

3. Le tribunal d'un État contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article, renverra les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée.

Article III

Chacun des États contractants reconnaîtra l'autorité d'une sentence arbitrale et accordera l'exécution de cette sentence conformément aux règles de procédure suivies dans le territoire où la sentence est invoquée, aux conditions établies dans les articles suivants. Il ne sera pas imposé, pour la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales auxquelles s'applique la présente Convention, de conditions sensiblement plus rigoureuses, ni de frais de justice sensiblement plus élevés, que ceux qui sont imposés pour la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales nationales.

Article IV

1. Pour obtenir la reconnaissance et l'exécution visées à l'article précédent, la partie qui demande la reconnaissance et l'exécution doit fournir, en même temps que la demande:

- a) l'original dûment authentifié de la sentence ou une copie de cet original réunissant les conditions requises pour son authenticité;
- b) l'original de la convention visée à l'article II, ou une copie réunissant les conditions requises pour son authenticité.

2. Si ladite sentence ou ladite convention n'est pas rédigée dans une langue officielle du pays où la sentence est invoquée, la partie qui demande la reconnaissance et l'exécution de la sentence aura à produire une traduction de ces pièces dans cette langue. La traduction devra être certifiée par un traducteur officiel ou un traducteur juré ou par un agent diplomatique ou consulaire.

Article V

1. La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve:

- a) que les parties à la convention visée à l'article II étaient, en vertu de la loi à elles applicable, frappées d'une incapacité, ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue; ou
- b) que la partie contre laquelle la sentence est invoquée n'a pas été dûment informée de la désignation de l'arbitre ou de la procédure d'arbitrage, ou qu'il lui a été impossible, pour une autre raison, de faire valoir ses moyens; ou
- c) que la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire; toutefois, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, les premières pourront être reconnues et exécutées; ou
- d) que la constitution du tribunal arbitral ou la procédure d'arbitrage n'a pas été conforme à la convention des parties, ou, à défaut de convention, qu'elle n'a pas été conforme à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu; ou
- e) que la sentence n'est pas encore devenue obligatoire pour les parties ou a été annulée ou suspendue par une autorité compétente du pays dans lequel, ou d'après la loi duquel, la sentence a été rendue.

ANNEXE II

2. La reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pourront aussi être refusées si l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises constate:

- a) que, d'après la loi de ce pays, l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage; ou
- b) que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays.

Article VI

Si l'annulation ou la suspension de la sentence est demandée à l'autorité compétente visée à l'article V, paragraphe 1e), l'autorité devant qui la sentence est invoquée peut, si elle l'estime approprié, surseoir à statuer sur l'exécution de la sentence; elle peut aussi, à la requête de la partie qui demande l'exécution de la sentence, ordonner à l'autre partie de fournir des sûretés convenables.

Article VII

1. Les dispositions de la présente Convention ne portent pas atteinte à la validité des accords multilatéraux ou bilatéraux conclus par les États contractants en matière de reconnaissance et d'exécution de sentences arbitrales et ne privent aucune partie intéressée du droit qu'elle pourrait avoir de se prévaloir d'une sentence arbitrale de la manière et dans la mesure admises par la législation ou les traités du pays où la sentence est invoquée.

2. Le Protocole de Genève de 1923 relatif aux clauses d'arbitrage et la Convention de Genève de 1927 pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères cesseront de produire leurs effets entre les États contractants du jour, et dans la mesure, où ceux-ci deviendront liés par la présente Convention.

Article VIII

1. La présente Convention est ouverte jusqu'au 31 décembre 1958 à la signature de tout État Membre des Nations Unies, ainsi que de tout autre État qui est, ou deviendra par la suite, membre d'une ou plusieurs institutions spécialisées des Nations Unies ou partie au Statut de la Cour internationale de Justice, ou qui aura été invité par l'Assemblée générale des Nations Unies.

2. La présente Convention doit être ratifiée et les instruments de ratification déposés auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

Article IX

1. Tous les États visés à l'article VIII peuvent adhérer à la présente Convention.

2. L'adhésion se fera par le dépôt d'un instrument d'adhésion auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

Article X

1. Tout État pourra, au moment de la signature, de la ratification ou de l'adhésion, déclarer que la présente Convention s'étendra à l'ensemble des territoires qu'il représente sur le plan international, ou à l'un ou plusieurs d'entre eux. Cette déclaration produira ses effets au moment de l'entrée en vigueur de la Convention pour ledit État.

2. Par la suite, toute extension de cette nature se fera par notification adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies et produira ses effets à partir du quatre-vingt-dixième jour qui suivra la date à laquelle le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies aura reçu la notification, ou à la date d'entrée en vigueur de la Convention pour ledit État si cette dernière date est postérieure.

3. En ce qui concerne les territoires auxquels la présente Convention ne s'applique pas à la date de la signature, de la ratification ou de l'adhésion, chaque État intéressé examinera la possibilité de prendre les mesures voulues pour étendre la Convention à ces territoires, sous réserve le cas échéant, lorsque des motifs constitutionnels l'exigeront, de l'assentiment des gouvernements de ces territoires.

Article XI

Les dispositions ci-après s'appliqueront aux États fédératifs ou non unitaires:

- a) en ce qui concerne les articles de la présente Convention qui relèvent de la compétence législative du pouvoir fédéral, les obligations du gouvernement fédéral seront les mêmes

ANNEXE II

que celles des États contractants qui ne sont pas des États fédératifs;

b) en ce qui concerne les articles de la présente Convention qui relèvent de la compétence législative de chacun des États ou provinces constituants, qui ne sont pas, en vertu du système constitutionnel de la fédération, tenus de prendre des mesures législatives, le gouvernement fédéral portera le plus tôt possible, et avec son avis favorable, lesdits articles à la connaissance des autorités compétentes des États ou provinces constituants;

c) un État fédératif partie à la présente Convention communiquera, à la demande de tout autre État contractant qui lui aura été transmise par l'intermédiaire du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, un exposé de la législation et des pratiques en vigueur dans la fédération et ses unités constituantes, en ce qui concerne telle ou telle disposition de la Convention, indiquant la mesure dans laquelle effet a été donné, par une action législative ou autre, à ladite disposition.

Article XII

1. La présente Convention entrera en vigueur le quatre-vingt-dixième jour qui suivra la date du dépôt du troisième instrument de ratification ou d'adhésion.

2. Pour chacun des États qui ratifieront la Convention ou y adhéreront après le dépôt du troisième instrument de ratification ou d'adhésion, elle entrera en vigueur le quatre-vingt-dixième jour qui suivra la date du dépôt par cet État de son instrument de ratification ou d'adhésion.

Article XIII

1. Tout État contractant pourra dénoncer la présente Convention par notification écrite adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies. La dénonciation prendra effet un an après la date où le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies aura reçu la notification.

2. Tout État qui aura fait une déclaration ou une notification conformément à l'article X pourra notifier ultérieurement au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies que la

Convention cessera de s'appliquer au territoire en question un an après la date à laquelle le Secrétaire général aura reçu cette notification.

3. La présente Convention demeurera applicable aux sentences arbitrales au sujet desquelles une procédure de reconnaissance ou d'exécution aura été entamée avant l'entrée en vigueur de la dénonciation.

Article XIV

Un État contractant ne peut se réclamer des dispositions de la présente Convention contre d'autres États contractants que dans la mesure où il est lui-même tenu d'appliquer cette convention.

Article XV

Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies notifiera à tous les États visés à l'article VIII:

- a) les signatures et ratifications visées à l'article VIII;
- b) les adhésions visées à l'article IX;
- c) les déclarations et notifications visées aux articles premier, X et XI;
- d) la date où la présente Convention entrera en vigueur, en application de l'article XII;
- e) les dénonciations et notifications visées à l'article XIII.

Article XVI

1. La présente Convention, dont les textes anglais, chinois, espagnol, français et russe font également foi, sera déposée dans les archives de l'Organisation des Nations Unies.

2. Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies remettra une copie certifiée conforme de la présente Convention aux États visés à l'article VIII.

ANNEXE III

Droit comparé France-Angleterre: offre et acceptation, vices du consentement, cause et "consideration", force majeure et "frustration". (Extrait du rapport de recherche "L'harmonisation du droit des contrats en Europe, comparaison des droits anglais et français des contrats" par Christophe Ayela, sous la direction de Mc. Louis Perret, Université d'Ottawa, Maîtrise en droit international).

1) les règles relatives au consentement des contractants

Consentir à s'engager dans des liens contractuels, c'est soit accepter soit proposer la formation d'un contrat(A). Il faut ensuite que cette offre ou cette acceptation soit valable. C'est poser là le problème de la validité du consentement (B).

A / Offre et acceptation, "offer" and "acceptance" (comparaison)

En droit anglais comme en droit français, les notions d'offre et d'acceptation sont essentielles à la validité du contrat⁰. C'est sans doute pour cela que les droits des deux pays ont tant de points communs en ce domaine. Ceci est tellement vrai, que seule une étude comparée détaillée sera efficace. Pour cela, on peut s'inspirer de la méthode utilisée par M. Rodière¹ qui dresse un bilan comparé très synthétique de la question à l'aide de quelques questions clés. On abordera successivement chaque notions.

1- Offre et "offer"

Quels sont les éléments essentiels de l'offre? Pour répondre à cette question les deux droits se rejoignent: L'offre est une déclaration unilatérale de volonté par laquelle l'offrant propose à une ou plusieurs personnes ou au public, la conclusion d'un contrat.

Il faut qu'elle soit ferme et précise, c'est à dire qu'elle doit contenir les éléments essentiels du futur contrat (La chose et le prix) de telle sorte qu'il suffira d'une simple acceptation du destinataire pour former l'accord.

- Distingue t-on l'offre des pourparlers? Pour le droit français, l'offre d'entrer en pourparlers ne comporte ni précision ni fermeté. C'est une simple prise de contacts entre deux ou plusieurs personnes en vue de relations contractuelles futures. Les contours en sont imprécis. Cependant les personnes en pourparlers sont tenues de certaines obligations (devoir de réserve, de bonne foi...) et peuvent engager leur responsabilité pré-contractuelle sur le fondement de l'article 1382 du Code Civil.

Le droit anglais est moins formaliste, il se préoccupe davantage de l'intention que de la forme.

⁰ Cf. John H. Crabb "Le système juridique anglo-américain", Paris, 1972, p.182

¹ In "La formation du contrat", Institut de Droit Comparé de Paris, Ed. A. Pedone, 1976.

ANNEXE III

Ainsi, si il existe une présomption de ne pas avoir l'intention d'être lié par l'acceptation d'entrer en pourparlers, le juge anglais peut quand même y voir une véritable offre après une appréciation objective des faits et circonstances. Cela, même si le prix n'a pas été déterminé par les parties.

- L'offre reconnue comme telle engage-t-elle l'offrant?

En droit français le principe est que l'offrant peut retirer son offre tant qu'elle n'a pas été acceptée par son destinataire. Toutefois, cela lui sera impossible si il s'est expressément ou implicitement engagé à ne pas la retirer avant une certaine époque. En outre, en l'absence d'un délai exprès la jurisprudence décide qu'elle doit être maintenue pendant un délai raisonnable.

En droit anglais, le principe est plus vaste. La seule hypothèse dans laquelle l'offrant ne pourrait retirer son offre serait celle où une "consideration" a déjà été fournie par l'autre partie.

- L'offre peut-elle être tacite?

Plus précisément, sachant que l'offre est une "déclaration" unilatérale de volonté, peut on considérer que le silence puisse constituer une offre valable?

Cette question originale (c'est habituellement sous l'angle de l'acceptation que ce problème est envisagé) a été abordée par M. Oswia². Il démontre que les deux systèmes juridiques divergent sur ce point.

Pour le doyen Carbonnier³, comme pour la majorité de la doctrine et de la jurisprudence française, "*l'offre est une manifestation de la volonté qui ne se conçoit guère qu'expresse*". La seule exception est exprimée par la "théorie de l'offre permanente" dont M. De La Morandière⁴ peut être considéré comme l'initiateur. Sans entrer dans les détails, ni faire état de la polémique, on peut penser que pour cette théorie le professionnel de la vente de biens ou de services se trouve en état d'offre permanent. Ainsi, dès qu'un client manifestera son acceptation le contrat sera parfait. La jurisprudence a, à plusieurs reprises, confirmé cette théorie.

Le droit anglais est partagé. Si certaines décisions suivent le raisonnement de "Leonidas D."⁵ rejetant la possibilité de l'offre silencieuse, d'autres s'engouffrent dans la brèche ouverte par la

² "Silence: Efficacy in Contract Formation. A Comparative Review of French and English Law", *Inter. and Comp. Law Quater.*, vol.40, 1991, pp.793 à 797.

³ "Droit civil", vol.IV "Les obligations", 14.ed., 1990, p.82 n.35.

⁴ in Colin et Capitant "Traité de droit civil", 11.ed., n.636.

⁵ "Allied Marine Transport Ltd. v. Calé de Navagasao S.A.(The Leonidas D.)" 1985, 2, *Lloyd's Rep.* 18.

ANNEXE III

Chambre des Lords en 1981 dans sa décision "the Splendid Sun"⁶, qui dispose la solution inverse.

2 – Acceptation et "Acceptance"

Pour le droit français, l'acceptation doit porter sur l'objet même de l'offre. Elle doit être en tout points conforme à la proposition qui la provoque. Une acceptation non conforme équivaut à un refus de l'offre et à une offre nouvelle.

La position anglaise est plus souple. Si l'acceptant ne fait qu'ajouter des termes tacitement contenus dans l'offre, l'acceptation forme quand même le contrat. La solution sera, a-fortiori, la même lorsque l'acceptant accorde un avantage supplémentaire à l'offrant.

– Le silence peut-il valoir acceptation?

Le principe du droit français est que le silence ne vaut pas acceptation. Il existe cependant trois séries d'exceptions:

.Lorsque les parties étaient antérieurement en relation d'affaire.

.Lorsque tel est l'usage dans une profession déterminée.

.Lorsque l'offre était faite dans l'intérêt exclusif de celui à qui elle était adressée⁷.

Le droit anglais est plus restrictif: le principe y est le même qu'en droit français mais il ne tolère qu'une seule exception, celle se fondant sur des relations d'affaires antérieures.

– Quel est l'effet de l'acceptation partielle de l'offre?

Ici, les deux droits se rejoignent pour considérer qu'il ne s'agit que d'une contre-proposition qui ne saurait suffire à former le contrat.

Pour conclure sur ce point, nous dirons que si les deux droits sont ici très proches, on constate que le droit anglais est plus pragmatique (est-ce bien une surprise?), s'attachant plus volontiers aux intentions des parties qu'au contenu de l'acte.

Qu'en sera-t-il lorsqu'il s'agira de comparer la protection juridique de l'intégrité du consentement?

B / Comparaison des conditions relatives à l'intégrité du consentement

Lorsqu'il s'agit de s'assurer que le consentement des parties au contrat a été libre et exempt d'erreur, les droits anglais et français ont leurs propres "outils". L'un évoquera le concept de "reality of consent", l'autre celui de vices du consentement.

On peut considérer qu'en ce domaine les principales qualifications usités par l'un des deux droit

⁶ "André et Cie.SA v. Marine Transocean Ltd.(the Splendid Sun)",1981, 2, Llyod's Rep. 29.

⁷ Cass. Req. 29 mars 1938, D.P. 1939, 1.1. Pour une étude critique de cette exception contestable cf. Alain Sériaux "Droit des obligations", 1992, PUF, p.48.

ANNEXE III

trouvent leur pendant dans l'autre: à l'erreur correspond la "mistake"(1), au dol la "misrepresentation"(2), à la violence la "duress" et "l'undue influence" (3).

1 – Erreur et "mistake"

L'article 1110 du Code Civil dispose que *"l'erreur n'est une cause de nullité que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet. Elle n'est point une cause de nullité lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on à l'intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention"*. Dans son interprétation de la notion de substance de la chose, la jurisprudence française est subjective. Elle décide au cas par cas si l'"errans" est capable de démontrer qu'au moment de la formation du contrat telle ou telle caractéristique qu'il croyait à tort trouver dans la prestation qui lui à été fournie, soit dans sa propre prestation, participait à la raison d'être de la convention. Elle en était le "motif principal et déterminant"⁸.

En fait lorsque cette caractéristique exigée par l'"errans" paraît trop originale, le juge va exiger la preuve qu'il avait, lors de la conclusion de l'acte, informé son cocontractant de l'importance qu'elle revêtait à ses yeux. Il faut en outre que l'erreur soit excusable: l'"errans" doit prouver qu'il n'a pas été capable de se rendre compte de la réalité par ses propres moyens.

Les conditions de reconnaissance de l'erreur sur la personne sont les mêmes que celles que nous venons de décrire au sujet de l'erreur sur la substance de la chose.

On peut dire qu'ici la "Common law" est beaucoup plus floue et la "mistake" est tombée dans une casuistique peu sécurisante⁹. On peut néanmoins affirmer que le droit anglais est beaucoup plus restrictif que son homologue lorsqu'il s'agit d'apprécier l'erreur sur la substance de la chose objet du contrat. Plus précisément, l'erreur n'est acceptée que lorsqu'elle porte sur l'identité même de la chose et pas sur sa substance. Dans la décision "Smith v. Hughes"¹⁰ un acheteur d'avoine croit acheter une avoine d'une certaine récolte, qui seule serait utilisable pour lui. Or, l'avoine est trop vieille et le vendeur le sait. Le juge accepte de considérer que le contrat n'est pas valablement formé pour cause de "mistake". Il se fonde sans doute sur deux points: l'erreur n'est pas partagée¹¹, elle porte sur l'identité de la chose et pas sur sa qualité

⁸ Cass. Civ. 1., 1er mars 1972, Dalloz 1973.733.

⁹ Cf. René David "Les contrats en droit anglais", 2. ed., 1985, p.166.

¹⁰ (1871) L.R. 6 Q.B.597

¹¹ On peut d'ailleurs penser que, dans une telle hypothèse, la notion de "misrepresentation" c'est à dire de présentation involontairement inexacte des faits par le vendeur, pourrait, à notre avis, trouver vocation à s'appliquer.

ANNEXE III

substantielle¹².

Dans d'autres espèces lorsque l'erreur porte simplement sur une qualité de la chose le contrat produira tous ses effets. Il en sera ainsi notamment lorsque les parties ont partagées une erreur (hypothèse de "common mistake")¹³. Au contraire, le droit français accepte l'erreur commune. Pour ce qui est de l'erreur sur la personne la "common law" est, en revanche, beaucoup moins restrictive. On doit remarquer dans cette hypothèse que c'est au défendeur de faire la preuve que la personnalité du cocontractant était indifférente. En common law, le contrat est présumé conclu "intuitu personae".

Envisageons maintenant un cas un peu particulier, celui de la lésion. Avant cela, il nous faut préciser que si nous envisageons ce problème c'est parce que nous considérons la lésion en tant qu'erreur sur la valeur de la chose objet du contrat. Il est clair que cette optique pourrait être critiquée par bon nombre d'auteurs.

Le droit français est très restrictif, la lésion n'est que très rarement admise. La seule solution pour celui qui en est la victime est de tenter de prouver l'erreur sur la substance de la chose (source d'erreur sur la valeur).

D'après Michaël Patchett-Joyce¹⁴, la "common law" est ici plus restrictive que le droit français: elle ignore la notion de lésion.

Plus précisément, elle se refuse à lui accorder toute existence propre. Elle a donc recours aux notions de "unconscionable bargains" (contrats léonins), "duress" (violence physique), et surtout d'"undue influence" (usage peu scrupuleux fait par une personne du pouvoir qu'elle possède sur une autre pour la pousser à contracter) pour sanctionner un contrat trop déséquilibré. On peut dire que d'une manière plus générale le droit anglais fait appel à la théorie de la "consideration". Or, cette "consideration n'a jamais à être proportionnée, elle ne peut donc servir à sanctionner une lésion.

2 – Dol et "misrepresentation"

L'article 1116 du Code Civil dispose que "*le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manoeuvres par l'une des parties sont telles qu'il est évident que, sans ces manoeuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté*".

La jurisprudence s'est montrée audacieuse dans l'interprétation du terme "manoeuvre" en

¹² Cet argument est très critiquable: le fait qu'il s'agisse d'une avoine de telle récolte plutôt que de telle autre, peut il conduire à penser que son identité en soit modifiée ou que sa qualité substantielle en soit différente? La réponse est très délicate.

¹³ L'acheteur et le vendeur ont cru tous deux que l'automobile vendue avait été mise en service en 1948 et non en 1939. Cf. "Oscar Chess Ltd. v. Williams" (1957) 1 W.L.R 370.

¹⁴ In "Objet, cause, et lésion du contrat", Institut de Droit comparé de L'UNIVERSITÉ DE Paris, sous la direction de René Rodière, Paris, 1980, pp.130 et suiv.

ANNEXE III

admettant le dol par réticence, c'est-à-dire que la non révélation volontaire d'une information capitale par l'une des parties, est constitutive du dol¹⁵.

Le droit anglais, quant à lui, semble écarter l'éventualité d'un dol par réticence. En revanche il envisage lui aussi la "fraudulent misrepresentation" qui résulte d'une affirmation frauduleuse (un "deceit"¹⁶). Depuis l'arrêt "Derry v. Peek"¹⁷, pour qu'une affirmation soit frauduleuse, il faut que celui qui en est l'auteur sache pertinemment qu'elle est fausse, ou encore qu'il la fasse sans croire qu'elle soit conforme à la vérité, ou sans se soucier nullement qu'elle soit vraie ou fausse.

La "common law" diffère réellement du droit civil lorsqu'elle envisage la notion d'"innocent misrepresentation". En effet, le droit civil français ne peut concevoir qu'un dol puisse être commis de bonne foi; la common law aussi. Prenons l'exemple de l'arrêt "Redgrave v. Hurd"¹⁸ où la "Court of Appeal" prononce l'annulation d'un contrat de vente pour "innocent misrepresentation" résultant des fausses allégations d'un vendeur de bonne foi.

De plus, depuis le "Misrepresentation Act" de 1967 les droits de la partie "victime" ont été renforcés (elle peut maintenant obtenir des dommages-intérêts).

Pour conclure sur ce point, nous dirons que dans les cas d'erreur comme dans ceux d'"innocent misrepresentation", une partie n'a pas obtenue la contre-prestation qu'elle espérait. Mais là où le droit anglais s'attache à comprendre la psychologie des parties, le droit français considère davantage l'objet du contrat dont la substance a été mal évaluée.

3 - Violence, "duress" et "undue influence"

La violence du droit français recouvre tant la violence physique que morale. La "duress" de la "common law" n'envisage que la violence physique. Pour que la "duress" soit constituée, il faut qu'une personne soit soumise à une menace grave concernant son intégrité physique, sa liberté ou sa vie. Ainsi, il n'y a pas violence si la menace pèse seulement sur les biens d'une personne. Sur ce point le droit français est moins restrictif car l'article 1112 du Code Civil dispose qu'une menace est une violence pour un individu

¹⁵ Voir note. Civ. 1. 19 mai 1958, Bull. Civ., I, n.251.

¹⁶ Notons ici que la frontière entre la "misrepresentation" et le délit civil ("tort") spécifique qu'est le "deceit", est difficile à tracer: le "deceit" suppose l'intention frauduleuse, la "fraudulent misrepresentation" peut exister non seulement dans une telle hypothèse, mais aussi dans celle de la simple négligence.

On peut tout de même conclure que la notion classique de dol est plus proche du "deceit" que de la "fraudulent misrepresentation".

¹⁷ 1889, 14 App. Cas 337

¹⁸ 1881, 20 Ch. D. 1.

ANNEXE III

"... lorsqu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa fortune à un mal considérable et présent".

Pour la common law, la violence doit résulter d'un menace injuste. Ici encore le droit français est plus tolérant puisqu'il admet que, sous certaines conditions, la menace de l'usage d'une voie de droit puisse s'analyser en une violence¹⁹. Mais c'est déjà aborder la violence sous un angle moral, psychologique.

Le concept d'"undue influence" a été développé par l'"Equity" pour tenter de pallier l'étroitesse de la "rudess". Il s'agit de sanctionner, par la nullité du contrat, l'attitude de l'une des parties qui a abusé de l'influence qu'elle avait sur l'autre parties pour obtenir son consentement à contracter. Lorsqu'il existe un rapport particulier entre les parties²⁰ l'"undue influence" est présumée. Cette présomption n'est que "juris tantum": le contractant présumé d'"undue influence" peut échapper à la nullité en prouvant que le contrat est "fair" (sain).

Sur ce point, le droit français va en sens inverse. Dans l'hypothèse d'une relation contractuelle avec son père, sa mère, ou d'autres ascendants, il semble, en effet, que la violence soit plus difficile à établir²¹.

L'"undue influence" peut aussi se produire dans des cas où il n'existe aucun rapport particulier entre les contractants. La décision "williams v. Bayley"²² reconnaît qu'un banquier peut avoir une influence indue sur son client.

Finalement, pour ce qui est de la protection de l'intégrité du consentement, droit civil français et Common Law anglaise se rejoignent très souvent même si cela pourrait paraître difficile à croire à première vue, tant les techniques d'approche diffèrent parfois.

Nous verrons, qu'en revanche, les similitudes seront moins nombreuses pour ce qui est des Conditions relatives à la forme.

¹⁹ "La menace de l'emploi d'une voie de droit ne constitue une violence... que s'il y a abus de cette voie de droit, soit en la détournant de son but, soit en en usant pour obtenir une promesse ou un avantage excessif", Cass. Civ. 3., 17 janvier 1984 (Bull. Civ., III, n. 133).

²⁰ Par exemple relations parents/enfants, médecins/patients, "trustee" et bénéficiaire du "trust"... La relation mari/femme est exclue.

²¹ Voir Art. 1114 du C.Civ: " La crainte révérencielle envers le père, la mère ou autres ascendants", n'est pas une cause de violence.

²² (1886) L.R. I.H.L. 200.

ANNEXE III

II) Les règles relatives à l'équilibre des prestations contractuelles: cause et consideration

Il peut paraître hardi de rapprocher les notions de cause et de "consideration".

D'abord, on peut affirmer que contrairement à ce qui se produit en Angleterre, la théorie de la cause n'est plus aujourd'hui d'une très grande importance pour le juge français (alors que la "consideration" est l'un des piliers de la "common law").

Ensuite, de nombreux comparatistes décrivent les deux notions comme étant substantiellement différentes.

Pour simplifier, nous pensons que le problème provient de la dualité de la notion de cause en droit français qui distingue la cause de l'obligation (la contrepartie d'une obligation) de la cause du contrat.

Dans sa première acception la cause du droit civil est comparable à la "consideration"²³ (A), alors que la notion de cause du contrat semble en être très éloignée (B).

A / Cause de l'obligation et "consideration"

- La "consideration"

Pour que la consideration présente une valeur juridique, constitue ce que l'on appelle une "valuable consideration", il n'est pas requis que sa valeur économique soit en rapport avec celle de l'obligation dont elle constitue la contrepartie (suivant la formule souvent citée, un grain de poivre peut suffire).

- La nécessité d'une "consideration" exclut, en principe, toute possibilité de conclure un contrat à titre gratuit au moyen d'un "simple contract". C'est ainsi que le mandataire à titre gratuit (lié par un "simple contract") n'est pas lié à défaut de "valuable consideration"²⁴.

- Comme nous l'avons expliqué, la "consideration" consiste en un avantage que l'on fournit ou promet de fournir en échange de l'obligation. Il faut, en d'autres termes, que l'engagement de celui qui s'oblige soit déterminé par ce que l'autre partie donne, fait ou supporte, ou promet de donner, de faire ou de supporter; et non pas par ce qui aurait déjà été donné, fait ou supporté avant la conclusion du contrat ("past consideration"). Ainsi, si après qu'une personne ait sauvé mon enfant de la noyade, je m'engageais à lui verser une récompense, mon engagement serait nul car au moment où je le souscris la "consideration" (le service rendu en l'espèce) était déjà accomplie. Si, au contraire, voyant mon enfant qui se noie, je demande à quelqu'un de le sauver moyennant récompense, je serais lié par mon engagement.

²³ Ceci explique cette clause courante dans les contrats anglais: "... eu égard aux considérations qui seront indiquées ci-après, et en outre au paiement de la somme d'une livre, les parties sont convenues ce qui suit...".

²⁴ Notons toutefois qu'il est responsable de la mauvaise exécution du mandat (!).

ANNEXE III

- La cause de l'obligation

Comme la "consideration", la cause de l'obligation peut se définir comme la raison d'être de l'obligation, avec en plus l'idée de justice contractuelle : en droit français, une obligation est causée lorsqu'elle est juste même si, sans aller aussi loin que la "consideration", la cause ne permet pas un réel contrôle des engagements lésionnaires.

Ce qui cause, qui justifie, une obligation c'est la contre-prestation que s'engage à fournir le cocontractant. Il semble bien, qu'interprétée de la sorte, la notion de cause soit très proche de celle de "considération". Pourtant, la cause est une notion plus vaste.

B / Cause du contrat et "consideration"

La cause du contrat est une interprétation beaucoup plus subjective de cette notion. Elle tend à prendre en compte les motifs déterminants qui ont poussés les parties à conclure un contrat. On l'appelle cause impulsive et déterminante. La différence avec l'autre acception de la notion de cause peut paraître subtile. Aussi, un exemple peut aider à y voir plus clair :

Si j'achète une maison à B, la cause objective de mon obligation de payer c'est de jouir de la pleine propriété de cette maison. En revanche, si j'achète cette maison dans le seul but d'y passer une retraite paisible, la cause du contrat appréciée subjectivement est constituée par ce souhait. C'est en se fondant sur cette notion de cause du contrat que l'on peut tenter de valider les contrats à titre gratuit, sans contre-prestation. Dans ces contrats il n'existe pas de "consideration" pas plus que de cause de l'obligation. Cependant, l'intention libérale, l'"animus donandi", qui motive le donateur suffit à causer le contrat, ce dernier ayant une raison personnelle et subjective de s'engager.

C'est aussi en se fondant sur cette notion de cause du contrat que le Code Civil (articles 1131 et 1133) dispose la nullité du contrat motivé par des causes illicites (c'est à dire contraires à l'ordre public, à la loi ou aux bonnes moeurs).

On peut stopper ici cette étude comparée des règles relatives à la validité des contrats, tout en étant conscient de sa non exhaustivité. Mais, rappelons le, notre but est moins d'être complet que de dégager une idée générale sur l'état de l'harmonisation du droit des contrats anglais et français. Il semble qu'ici l'impact du processus d'intégration européen soit nul. Les règles sont figées. Il n'empêche que l'on peut parler d'une certaine harmonisation en la matière.

Pourra-t-on tirer les mêmes conclusions à l'issue de l'analyse comparée des règles régissant l'exécution du contrat?

III) L'inexécution du contrat

Nous avons choisi d'étudier les notions d'imprévision (A) et de force majeure (B).

ANNEXE III

A / Révision pour imprévision, "discharged" pour "frustration"

Nous nous plaçons ici dans l'hypothèse d'un contrat à exécutions successives ou différée qui a été conclu aux vues de certaines circonstances économiques. Si ces circonstances, pour des raisons extérieures aux parties, viennent à changer de manière substantielle et imprévisible, le contractant qui subit le déséquilibre qui en résulte est-il fondé à demander la révision du contrat? Nous ne sommes pas dans une hypothèse de totale impossibilité d'exécuter le contrat à cause d'un cas de force majeure.

Imprévision, cas de force majeure, le droit anglais ne distingue pas. Le concept de "frustration" englobe ces deux notions du droit français.

On constate, une fois de plus, le pragmatisme de la "common law" qui ne juge pas utile de développer des concepts juridiques aux contours précisément déterminés. C'est ce qui complique la tâche du comparatiste.

Avant d'aller plus avant, précisons que selon les deux législations, le principe de l'autonomie de la volonté permet aux parties d'organiser le règlement amiable du bouleversement économique du contrat. Cela à l'aide de deux techniques:

– Une technique a-priori, par la stipulation de clauses d'indexation, de révision, de "harship"...

– Une technique a-posteriori: c'est la recherche d'un accord amiable prévu ou pas par le contrat, qui se réalisera souvent grâce à l'intervention d'un tiers (par exemple, un arbitre statuant en tant qu'amiable compositeur.

Il faut donc compléter notre hypothèse de départ, en imaginant que, d'une part, le contrat ne contient aucune des clauses envisagées ci-dessus et que, d'autre part, toute tentative de règlement amiable a échoué.

*"Le principe général sur lequel le droit anglais des contrats est fondé, est que les obligations contractuelles sont absolues"*²⁵. Le principe est le même en droit français. Les juges n'ont pas le pouvoir²⁶ de modifier les clauses d'un contrat en vue de rectifier le déséquilibre causé par la survenance d'événements inattendus²⁷. Ils ne peuvent non plus annuler le contrat.

Pourtant, si depuis l'arrêt dit du "canal de Craponne" la Cour de Cassation s'en est toujours fidèlement tenu au rejet de la révision pour imprévision (au mépris parfois de la plus élémentaire équité contractuelle), les juridictions anglaises ont en revanche une attitude plus ambiguë.

On peut, pour démontrer cette ambiguë, citer deux décisions apparemment contradictoires.

²⁵ Ralph Wynn-Griffiths in "les modifications du contrat au cours de son exécution en raison de circonstances nouvelles", sous la direction de René Rodière, Paris, 1986, p.146.

²⁶ Cass. Civ., 6 mars 1876 (D.P. 1876.1.193)

²⁷ "British Movietonews v. London and District Cinemas Ltd" 1951, A.C. 166.185.

ANNEXE III

– Dans la première, un contrat de location d'appartement en vue de voir passer le cortège du couronnement d'Edouard VII, a été jugé "frustré" par l'ajournement de la cérémonie pour cause de subite maladie du Roi²⁸.

– Dans la seconde, la Chambre des Lords a estimé qu'un contrat de vente de marchandise C.I.F du Soudan à Hambourg n'avait pas été "frustré" par la fermeture du canal ni l'augmentation du coût du fret.

Existe-t-il réellement une contradiction entre ces deux décisions? On peut affirmer que l'incohérence n'est qu'apparente. Il semble en effet que les juges anglais opèrent une distinction importante:

Lorsque, comme dans la première espèce, des circonstances externes et imprévisibles rendent les conditions d'exécution radicalement différentes de celles qui étaient prévues au contrat, la "frustration" sera reconnue²⁹. En revanche, lorsque, comme dans la seconde espèce, des événements imprévus rendent simplement l'exécution plus onéreuse pour l'une des parties, la "frustration" ne sera jamais accordée.

Au delà de cette distinction, il est important de remarquer qu'en toute hypothèse la révision judiciaire du contrat pour imprévision n'existe pas outre manche. On peut, par contre, déduire de ce que nous venons d'exposer que la "frustration" serait assimilable à la force majeure, si le juge français avait de cette notion une conception plus extensive.

B / Cas de force majeure et "frustration"

Si la "frustration" est plus large que la force majeure, les trois conditions qui sont respectivement exigées pour chacune de ces qualifications sont comparables.

– Pour que la "frustration" existe, il faut que le risque soit imprévu. Pour être reconnu comme tel, le cas de force majeure doit être imprévisible.

Dans les deux cas, on exige que les parties n'aient pas pu raisonnablement prendre des dispositions particulières à l'égard d'un risque qu'elles n'ont pu prévoir. Toutefois, la subtile différence terminologique (imprévu/imprévisible) traduit, à notre avis, la tendance plus restrictive du droit français sur ce point.

– Le droit anglais exclut la "frustration" en cas de faute des parties, même si il ne s'agit que d'une simple négligence. En France, la condition d'extériorité du cas de force majeure permet d'aboutir au même résultat.

– La "common law" prévoit enfin une condition d'"impossibilité" qu'elle interprète largement: l'événement doit être tel, qu'il rende l'exécution radicalement différente de ce qui

²⁸ "Krell v. Henry" 1903 2K.B. 740.

²⁹ Il est remarquable que l'on est ici très proche de la notion française de cause du contrat. Ceci d'autant plus que dans cette espèce le juge n'a pas procédé à une révision du contrat puisqu'il n'a pas diminué le prix du loyer. Il a totalement exonéré le locataire de son obligation de payer. Il a donc annulé le contrat comme si ce dernier était privé de cause.

ANNEXE III

avait été convenu dans le contrat. C'est ici que se trouve la principale différence avec le droit civil français. En effet, là où la notion d'"impossibilité" conduit à admettre le cas de force majeure dès que l'obligation est très difficilement exécutable, celle d'irrésistibilité du droit français impose que le cas de force majeure empêche totalement l'exécution de l'une des prestations contractuelles. C'est pourquoi, en France, la notion de force majeure est si restrictive: elle se retrouve presque exclusivement dans des hypothèses de catastrophes naturelles.

INDEX ALPHABÉTIQUE

A	
Accord de Libre Échange Nord Américain	24
- Arbitrage	105
Amiable compositeur	108,112
Arbitrage commercial international	78
- Avantages	99
- Droit comparé	92
- Droit de la concurrence	98
- Droit de la propriété intellectuelle	97
Arbitrage "ad hoc"	83
Arbitrage institutionnel	83
Association Européenne de Libre Échange (A.E.L.E)	104
Autonomie de la volonté	9
 B	
Battle of forms	125
Bonne foi	113
- Droit comparé	60
 C	
Cause de l'obligation	171
Cause du contrat	172
Clause compromissoire	79
Clause d'attribution de compétence	102
Clause d'exonération (ou de limitation) de garantie	129
Clause de "hardship"	114
Clause Rebus Sic Stantibus	114
Code Civil du Bas Canada	15
Code Civil français	16
Code Civil du Québec	15
Commission des Nations--Unies pour le Droit Commercial International (C.N.U.D.C.I)	43
Communauté Économique Européenne	26
Conciliateur	79
Conditions générales	125
Consideration	123, 171
Convention d'arbitrage	80
Conventions d'unification substantielle	42
Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968	104
Convention de Genève du 21 avril 1961	81
Convention de La Haye du 15 juin 1955	44
- Loi d'autonomie	67

- Régime	77
Conventions de La Haye du 1er juillet 1964 (L.U.F.C. et L.U.V.I.)	42
Convention de La Haye du 22 décembre 1986	44
- Loi d'autonomie	67
- Régime	77
Convention de New-York du 10 juin 1958	81
- Domaine	87
- Régime	87
Conventions de rattachement	44
Convention de Rome du 19 juin 1980	45
- Loi d'autonomie	67
- Régime	73
Conventions des Nations-Unies sur le contrat de vente international de marchandises (Convention de Vienne ou C.V.I.M.)	46
- Acceptation	124
- Applicabilité	52
- Autonomie de la volonté	50
- Cas de force majeure	140
- Conformité juridique	132
- Délivrance conforme (obligation de)	128
- Dommages intérêts	139
- Exécution en nature	136
- Frustration of contract	140
- Interprétation	57
- Lacunes	61
- Offre	120
- Paiement du prix	139
- Réduction du prix	138
- Résolution du contrat	137
- Specific performance	136
- Transfert des risques	134
- Usages du commerce international	55
- Utilité	63
Convention de Washington du 18 mars 1968	82
 D	
Deceit	169
Détermination du prix	121
Dol	168
Droit anglais des contrats	14
Droit canadien des contrats	15
Droit des contrats des États-Unis	16
Droit français des contrats	16
Droit transnational	13,109
Duress	169

E	
Erreur	167
Expertise	79
F	
Force majeure	174
Formation du contrat de vente (droit comparé)	124
Frustration	173
H	
Harmonisation (notion)	19
I	
Incoterms	135
Indefiniteness	122
Institut International Pour l'Unification du Droit Privé (UNIDROIT)	42
Implied terms	121
Imprévision	173
L	
Lex Mercatoria	109
Limitation clause	131
Litispendance internationale	105
Loi type en matière d'arbitrage commercial international (C.N.U.D.C.I. 21 juin 1985)	80
M	
Médiateur	79
Misrepresentation (fraudulent or innocent)	169
Misrepresentation Act (1967)	169
Mistake	167
O	
Obligation de renégociation	114
Offre (droit comparé)	120
Ordre public international	11, 130
P	
Pacta Sunt Servanda	113
Principe d'effet direct	36
Principe de primauté	37
Principes généraux du droit international	113
Privity of contract	10
R	
Reality of consent	166

Règle de conflit de loi	65
Règlement d'arbitrage du 28 avril 1976 (C.N.U.D.C.I.)	82
Relativité des conventions	10
Restatement Second on Contracts (1969)	16
S	
Sale of goods Act (1979)	15
Sale of goods Act (1980)	15
T	
Traité de Rome 1957 (art. 100)	33
U	
Undue influence	169
Unfair contract terms Act (1967)	15
Uniform Commercial Code (U.C.C.)	16
Usages du commerce international	54, 115
V	
Vente (contrat de)	46
Vente internationale	48
Vente internationale de marchandises	49
Vices du consentement (droit comparé)	166
Violence	169

Bibliographie COMMUNAUTÉ ÉCONOMIQUE EUROPÉENNE et A.L.E.N.A

- ALPA Guido "Le contrat individuel et sa définition", *Rev. Int. de droit Comp*, n. 2, 1988, pp.328et suiv.
- BEALE H.G., BISHOP W.D., FURMSTOM M.P. "Contract Cases and Materials", Butterwoths, 1984.
- BELL Jacques in "Le contrat aujourd'hui: comparaisons franco-anglaises", *L.G.D.J.*, Paris, 1987.
- BRANCACCIO Antonio in "Colloque sur la future codification européenne en matière d'obligations et de contrat", *Pavie*, 1990.
- C.E.E. "Les clauses abusives dans les contrats conclus avec des consommateurs", *Bulletin des communautés*, supplément 1/84, 1984.
- CLOSE G. "Harmonisation of Laws: Use or Abuse of the Power under the EEC Treaty", *European Law Rev.*, 3, 1978, pp. 461-86.
- COLLINS Lawrence "European Community law in the U.K.", third ed., Butterwoths, 1985.
- CONSEIL d'État "Droit communautaire et droit français", *La documentation française*, 1982.
- COSGROVE TWITCHETT Carol "Harmonisation in the EEC".
- CRAAB Jonh H. "Le système juridique anglo-américain", Paris, 1972.
- DASHWOOD Alan "The Impact of European Community Law on National Laws", *International Business Lawyer*, may 1983, 11, pp.160 S.
- GAVALDA Christian et PARLÉANI Gilbert "Droit communautaire des affaires", *Litec*, 1998.
- GANDOLFI Giuseppe "Pour un code européen des contrats", *R.T.D.Civ.*, 1992, pp.707-736.
- GORMLRY Laurence, *Chron. in European Law Rev.*, 1985, 10, pp.134 et suiv.
- HART Michael "A north American Free Trade Agreeemt, The Strategic Implication for Canada", *Centre for Trade Policy and Law*, Ottawa, 1990.
- HYFBAUER Gary Clyde, Schott Jeffrey J. "North American Free Trade, Issue and Recommendations", *Washington D.C.*, 1992.
- ISAAC Guy "Droit communautaire général", *Masson*, 1983.

- JAUFFRET SPINOSI Camille "Une perspective de droit comparé", *Les Cahiers de Droit*, 1989-30, pp.657 à 672.
- KOVAR Robert in "Traité instituant la C.E.E., commentaires articles par articles", *Economica*, 1992, pp.549-559.
- LANDO Ole "European Contract Law", *the Am. Jour. of Comp. Law*, 1983, pp.653-659.
"Principles of European Contract Law", in "International Contracts and Conflicts of Laws", Ed. Peter Sarcevic, 1990, pp.1-14.
- LEWIS Xavier "L'eupéanisation du common law", in "Common law d'un siècle à l'autre", Ed. Y.Blais, 1992, pp.179-308.
- LIMPENS Jean "Les facteurs propices à l'éclosion et au Développement d'un droit commun européen", in "Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe", 1978.
- PERRET Louis "Le droit de l'intégration économique interaméricaine", *Cours de l'Université d'Ottawa*, 1993, inédit.
- SACCO Rodolfo, in "New Perspectives for a Common Law of Europe", *Institut universitaire européen*, sous la direction de Mauro Capelletti, 1978, pp.95 S.
- SCHWARTZ Ivo E. "Voies d'uniformisation du droit dans la Communauté Économique: règlements de la Communauté ou conventions entre États", *J.D.I. (Clunet)*, 1978, pp.751-794.
- Schwarz-Liebermann von Walhendorf H.A. "Droit comparé: théorie générale et principes", Paris, LGDJ, 1978.
- TALLON Denis "L'harmonisation des règles du droit privé entre pays de droit civil et de common law", *Rev. Int. de Droit Comp.*, 1990, pp.515 S.
- Universidad Nacional Autonoma de Mexico "Legal Aspects of the Trilateral Free Trade Agreement", Mexico, 1992.
- VIGNES Daniel "The Harmonisation of National Legislation and the EEC", *European Law Rev.*, 1990.
- WESTON Ann "From F.T.A. to N.A.F.T.A.", *congrès A.C.E.L.A.C.*, Ottawa, 1992, inédit.

Bibliographie CONVENTIONS INTERNATIONALES et VENTE INTERNATIONALE

- "Actes du Colloque sur les ventes internationales de marchandises", *Economica*, 1981.
- AUDIT Bernard "Droit international privé", *Economica*, 1991, p. 647 S.
- AYELA Christophe "La notion de bonne foi dans l'exécution des contrats", mémoire de DEA de droit privé, Aix-En-Provence, 1992.
- BATIFFOL Henri "Les contrats en droit international privé comparé", Mc. Gill University, Institut de droit comparé, 1981, pp. 64 S.
- BATIFFOL Henri et LAGARDE Paul "Droit international privé", 7ème édition, 1983, T.II. n.571.
- BERAUDO J.Paul "Droit uniforme et règles de conflit de lois dans les conventions internationales récentes", *J.C.P.* 1992, p.507.
- BONELL M.-J. "La nouvelle convention des Nations-Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises", *D.P.C.I.*, 1981, p.13.
- BRADLEY J. Richards "Contracts for the International Sales of Goods: Applicability of the U.N. Convention", *Iowa Law Rev.*, 1983, pp.209-240.
- CHIA-JUI CHENG "Basic Documents on International Trade Law", Martinus Nijhoff Publishers, 1986, pp.107 et suiv.
- CLEUER Denise "De certaines incidences de l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 Juin 1980 sur le droit de la vente internationale de marchandises", *Gaz. Pal.*, 1991.410 S.
- COHEN Dany et Ughetto B. "La nouvelle convention de La-Haye relative à la loi applicable aux ventes internationales de marchandises", *Recueil Dalloz-Sirey*, 1986, *Chronique* pp.149 S.
- CONETTI Giorgio "Uniform Substantive and Conflicts rules on the International Sales of Goods and their Interaction", in "International Sales of Goods, Dubrovnik Lectures", 1986, pp.385-401.
- COOK Susanne "The Need for Uniform Interpretation of the 1980 United Nation Convention on Contract for the International Sale of Goods", *Univ. of Pittsburg law rev.*, 1988. "Unification and Certainty: the United Nation Convention for the International Sale of Goods", *Harvard law rev.*, 1984, pp.1984 S.
- CRAWFORD Blair "Drafting Considerations under the United Nation Convention on

Contracts for the International Sale of Goods", Journ. of Law and Co. 1988, pp.188-205.

CUTLER Richard "Comparative Conflicts of Law: Effectiveness of Contractual Choice of Forum", Texas Int. Law Journ., 1985, p.97.

DAVID René "International Encyclopaedia of Comparative Law", vol.II, Chap.V, n.247.

DORE I.I. "Choice of Law under the International Sale Convention: a U.S. Perspective", Am.Journ.Int. law, 1983, p.532.

DORE I.I. et J.E. De Franco "A Comparison of the Non Substantive Provisions on the UNCITRAL Convention on the International Sale of Goods and the Uniform Commercial Code", Harvard Int. Law. Jour., 1982, pp.53 S.

DROZ Georges A. L. "Regards sur le droit international privé comparé" RCADI, 1991, T.229, p. 255.

Études offertes à Berthold Goldman "Les usages, l'arbitre et le juge", in "le Droit des relations économiques internationales", Litec, 1982, pp.67 S.

FRANCESCAKIS Ph. "Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de loi", Rev. Crit. de Drt. Int. Privé, 1966.1.

GARRO Alejandro M. "Reconciliation of Legal Traditions in the United Nation Convention on Contracts for the International Sale of Goods" The Int. lawyer, 1989, pp.443 S.

HEUZÉ Vincent "La réglementation française des contrats internationaux. Critique des méthodes", Paris, 1990.

"La vente internationale de marchandises", Joly, 1992.

HONNOLD Jonh "The Sales Convention: Background, Statuts, Application", Jour. of Law and Com., 1998, pp.1-10.

HOYLE Mark S.W. "The Law of International Trade", 2ème édition, 1985.

HUDSON A.H. "Exception and Impossibility under the Vienna Convention", pp. 175-195., in "Force majeure and frustration of contract" (Edited by Ewan Mc Kendrick), 1991.

KACZOROWSKA A. "Règles uniformes d'interprétation d'un contrat international", Rev. de Droit Int. et de Droit Comp., 1991, pp.294-313.

KAHN Philippe "La convention de La-Haye du 1er Juillet 1964 portant loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels", R.T.D.Comm., 1966, pp.690 S.
"La Convention de Vienne du 11 Avril 1980 sur les contrats de vente de marchandises", Rev.Int.deDrt.Comp., 1981, p.953.

"Caractères et domaine d'application des règles conventionnelles", D.P.C.I.,1989, pp.385 S.

KRAPP Théa "The Limitation Convention for International Sale of Goods", Journ. World Trade Law, 1985, pp. 343-363.

LACASSE Nicole "Le champ d'application de la convention des Nations-Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises", in "Actes du colloque sur la vente internationale sous la direction de M. Louis Perret et Nicole Lacasse, W &L,1987, pp.25 S.

LAGARDE Paul "Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 Juin 1980", Rev.Crit.deDrt.Int.Privé,1991,pp.287 et suiv.

LANDO Ole "Specific Performance, article 28" in "Commentary on the International Sales Law, the 1980 Vienne Sales Convention", par C.M. Bianca et M.J. Bonell, 1987, pp. 232-240.

LOUSSOUARN Yvon "La Convention de La Haye d'octobre 1955 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises", Rev. Crit. Int. Drt. Pvé, 1986, p.282.

MAYER P. "Droit international privé" 2ème éd. 1983 et 3ème éd. 1987, n.23, Ed. Montchrétien.

MOCCIA C. "The United Nation Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Battle of the Forms", Fordham Int. Law Journ., vol. 13, 1989-1990, pp.650.

MURPHY M.-T. "United Nation Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Creating Uniformity on the International Sales Law", Fordham Int. Law Journ., 1989.

MURRAY John E. Jr. "An Essay on the Formation of Contracts and Related Matters under the United Nation Convention on Contracts for the International Sale of Goods", Journal of Law and Comm., 1988, pp. 11-51.

NORTH P. M. "Reform but not Revolution, General Course on Private International Law", RCADI, 1990, T.220, pp. 164 S.

PÉLICHET Michel "La vente internationale de marchandises et le conflit de loi" in Recueil de Cours de l'Académie du Droit international , 1987. T.201, pp. 25 S.

PLENDER Richard "The European Contracts Convention, the Rome Convention on the Choice of Law for Contract s", Sweet & Maxwell, London, 1991, pp. 321 S.

PLANTARD Jean-Pierre "Un nouveau droit uniforme de la vente internationale: la convention des Nations-Unies du 11 Avril 1980", Journ. de Drt. Int.(Clunet), 1988, pp. 311.

- PRUJINER Alain "Traités et documents usuels en droit du commerce international", W & L, 1992, p. 29.
- R ICHARDS B. J. "Contracts for the International Sale of Goods: Applicability of the United Nation Convention", Iowa Law Rev., 1983, pp. 208 S.
- RIGAUD F. "Examen de quelques questions laissées ouvertes par la Convention de Rome sur la loi applicables aux obligations contractuelles" Clunet, 1991, pp. 307-321.
- SAMSON Claude "L'harmonisation du droit de la vente: influence de la convention de Vienne sur l'évolution et l'harmonisation du droit des Provinces canadiennes", les Cahiers du Droit, 1991, pp.106 S.
- SONO Kazuani "Formation of International Contracts under the Vienna Convention: a Shift above the Comparative Law" in "International Sale of Good, Dubrovnik Lectures", Oceana Publication, 1986, pp.111 et S.
- THIEFFRY Jean "Les nouvelles règles de la vente internationale de marchandise", D.P.C.I, 1989, pp. 369 S.
- THIEFFRY Jean et Chantal Granier "La vente internationale", Ed. CFCE, 1985.
- TIPLADY David "Introduction to the Law of International Trade", 1989, p.191.
- TRAHAN Anne-Marie "Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises: la nécessité d'uniformiser le droit commercial", Actes du colloque sur les ventes internationales, sous la direction de M. Louis Perret et Nicole Lacasse, W & L, 1987.
- "Unification and Certainty: The United Nation Convention on Contract for the International of Goods", Harvard Law Rev., 1984, pp. 1992 S.
- UGHETTO Bernard et Dany Cohen "La nouvelle convention de La Haye relative à la loi applicable aux ventes internationales de marchandises", Recueil Dalloz Sirey, 1986, Chronique, p.149.
- VAN DER VELDEN Frans J.A. "Uniform International Sales Law and the Battle of the Forms", in "Unification", Kluwer, 1984, pp. 233-249.
- VOLKEN PAUL and Peter Sarcevic "International Sale of Goods", Pubvcokaic Lectures, 1986.
- WALT Steven "For Specific Performance under the United Nation Sales Convention", Texas Int. Law Journ., 1991, pp.210-251.
- WINSHIP Peter "Private International Law and the United Nation Sale Convention", Cornell Int. Law Journ., 1988, p. 487.

3 / Bibliographie ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL

- "Actes du premier Colloque sur l'arbitrage du commerce international" sous la direction de Nabil Antaki et Alain Prujiner, W & L, 1985.
- ANTAKI Nabil "L'amicable composition" in Actes du premier colloque sur l'arbitrage commercial international sous la direction de Nabil Antaki et Alain Prujiner, W & L, 1985.
- BEGUIN Jacques "L'arbitrage du commerce international", Univ. de Mac Gill, Institut de droit comparé, 1987.
- BELLET P. et MEZGER E. "L'arbitrage international dans le nouveau C.P.C.", Rev.Crit.Drt.Int., 1981, pp.611 S.
- BERNARDINI Piero "The Arbitration Clause of an International Contract", Journ. of Int.Arbitration, 1992, pp.45-69.
- CREMADES Bernardo M., PLEHN Steven L. "The New Lex Mercatoria in the Harmonisation of International Contract Transactions", Boston Un. Int. L. J., 1984, pp.317 à 348.
- DAVID René "Le droit du commerce international", Economica, 1987, n.110 S.
- DE BOISSESON Matthieu "Le droit français de l'arbitrage interne et international", Ed. Joly, 1990.
- DROZ Guy "Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marché commun", Dalloz.
- DUBISSON Michel "La négociation d'une clause de règlement des litiges", D.P.C.I., 1981, pp.77-100.
- FOUCHARD Philippe "La clause compromissoire dans les accords industriels internationaux" in "L'accord industriel international", Faculté de sciences juridiques de Rennes, 1975. pp.61 et suiv.
"L'arbitrage international en France après le Décret du 12 Mai 1981, Clunet (J.D.I.) 1982, pp.374 S.
- GOLDMAN Berthold, "La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives", Clunet, 1979, pp.475-505.
"L'arbitre, les conflits de lois et la lex mercatoria", in "Actes du premier colloque sur l'arbitrage commercial international", p.124.
- HOYLE (Mark S.W.) "The Law of International Trade", 2ème éd.1985, pp.377 S.
- KAPLAN Charles "L'arbitrabilité des litiges commerciaux en matière de droit de la concurrence", D.P.C.I., 1988, pp.427-450.

- KASSIS Antoine "Théorie générale des usages du commerce", L.G.D.J., 1984.
 "Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international", Tome 1,
 "Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel", L.G.D.J., 1987.
 "L'arbitrage, les conflits de lois et la lex mercatoria" in "Actes du premier colloque sur
 l'arbitrage commercial international", p.133.
- KLEIN F.E. "De l'autorité de la loi dans les rapports commerciaux internationaux", Munchen,
 1977.
- KOS, RABACEWICZ, ZUBKOWSKI "International Commercial Arbitration Laws in
 Canada", Journ.Int.Arb., 1988.43.
- KOVAR "Droit communautaire de la concurrence et arbitrage", Études Goldman, 1982, pp.109
 S.
- LECUYER THIEFFRY Christine et THIEFFRY Patrick "Le système procédural américain et
 l'entreprise étrangère: évolution et alternatives", D.P.C.I., 1988, pp.318.
- LOQUIN Eric "L'amicable composition en droits comparé et international", Litec, 1980.
- MUSTILL Michael (Sir) "Vers une nouvelle loi anglaise sur l'arbitrage", Rev.Arb., 1991,
 pp.383-417.
- MUSTILL et BOYD "The law and practice of commercial arbitration in England", London,
 ButterWorth, 1982, pp.29-60, 611-612.
- OPPETIT Bruno "L'arbitrage en matière de brevets d'invention après la loi du 13 Juillet 1978",
 Rev. Arb., 1979, p.83."
 "L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause
 de hardship", Clunet, 1974, pp.794 S.
- PEDAMOM M. "Y-a-t-il lieu de distinguer les usages et les coutumes en droit commercial?",
 R.T.D.Com., 1959.335.
- PERRET Louis "The harmonisation of international arbitration law", Conférence C.A.L.A.C.S.,
 Ottawa 24 Oct. 1992, Inédit.
- PRUJINER Alain "Traités et documents internationaux usuels en droit du commerce
 international", W & L, 1992.
 "La gestion des risques juridiques" in "La gestion des risques dans les contrats
 internationaux", colloque sous la direction de Nicole Lacasse et Louis Perret, Ottawa,
 W & L, p.252.
- RANOUIL Véronique "exécution: mérites comparés de la sentence arbitrale et de la décision
 de justice", D.P.C.I., 1988, pp.318 S.

- ROBERT Jean "L'arbitrage, droit interne, droit international privé", Ed. Dalloz, 5ème édition, 1983.
- ROBERTSON G.B. "Jurisdiction clauses and the canadian conflict of laws", (1982), 20 Alberta L.R. 296.
- THIEFFRY Jean "L'exécution des sentences arbitrales, éléments de droit comparé", Rev. Arb.1983.423. pp. 59 et suiv.
- THIEFFRY Jean et GRANIER Chantal "La vente internationale", Ed. C.F.C.E., 1985.
- TSCHANZ Pierre-Yves "Contrats d'État et mesures unilatérales de l'État devant l'arbitre international", Rev.Crit.Dr.Int.Privé, 1985.48.
- THUILLEAUX Sabine, "L'arbitrage commercial au Québec, droit interne, droit international privé", Ed. Y. Blais, 1991.

4 / Droits nationaux et droit comparé

- ANDERSON Ronald A. "Anderson on Uniform Commercial Code", second Ed., Vol. I, II, 1970.
- ANTAKI Nabil "Les défauts de conformité et les vices cachés en droit québécois" in "les ventes internationales de marchandises", Economica, 1981, pp. 340-368.
- BEALE H.G., BISHOP W.D., FURSTON M.P. "Contract, Cases and Materials", second Ed., Butterworths, 1990.
- BORELLO Marc "Conformités, garantie et clauses élisives ou limitatives de responsabilité dans le droit anglais de la vente", Rev. Int. de Drt. Comp., 1984, pp. 370 et S.
- CARBONNIER Jean " Droit civil", 14.Ed., vol. IV "Les obligations", 1990.
- COLLART-DUTILLEUL François et DELEBECQUE Philippe "Contrats civils et commerciaux", Précis Dalloz, 1991.
- CORBISIER Isabelle "La détermination du prix dans les contrats commerciaux portant vente de marchandises", Rev. Int. de Drt. Comp., 1988.
- CORBIN Arthur Linton "Corbin on Contracts", 8 vol., 1951.
- DAVID René "Le droit du commerce international", Economica, 1987.

- "English Law and French Law", 1980, pp.101 à 135.
– "The International Unification of Private Law", International Encyclopaedia of Comparative Law", vol.II, ch.5.
- DAVID René et PUGSLEY David "Les contrats en droit anglais", 2ème Ed., L.G.D.J.,1985.
- ELLAND-GOLSMITH Michael "Les principes généraux du droit anglais des contrats et les opérations internationales", DPCI, 1980, pp. 445-495.
- FARNSWORTH E. Allan "Farnsworth on Contracts", Vol. I, II, III, 1990.
- FONTAINE Marcel "Les clauses pénales dans les contrats internationaux", DPCI, 1982, p. 401.
"Le principe de la convention-loi", Faculté de droit de Louvain, 1984, doc. 84/3.
"Les contrats internationaux, analyse et rédaction de clauses", 1985.
- GHESTIN Jacques "Traité de droit civil", T. II, "Le contrat-formation", L.G.D.J., 1988.
- GOLDSTAJN Aleksander "Reflections on the Structure of the Modern Law of International trade" in "International contracts and conflicts of law – A Collection of Essays" by Peter Sarcevic, 1990, pp. 1-14.
- HEC (Montréal) "Droit civil et commercial", 1993, W & L.
- JAUFFRET SPINOSI Camille "Une perspective de droit comparé", Les Cahiers du Droit, 1989-30, p. 657.
- JOLOWITZ J.A. (sous la direction de) "Droit anglais", 2ème Ed., Dalloz, 1992, pp.123 S.
- KIRKPATRICK Robert E. "Initiation au droit anglais", 1964.
- LAMONTAGNE Denys-Claude, GOLDSTEIN Gérard "Droit des contrats, Recueil de jurisprudence", Thémis, 1990.
- LARROUMET Charles "Droit civil", "les obligations", T. III, "Le contrat", 1990.
- LEVASSEUR Alain "Droit des États-unis", Précis Dalloz, 1990.
- LE TOURNEAU Philippe "Conformités et garanties en droit français de la vente", in "Les ventes internationales de marchandises", Economica, 1981, pp. 232-290.
- MALAURIE Philippe et Aynès Laurent "Les obligations", 2ème Ed., CUJAS, 1990.
- Mc. KENDRICK Ewan "Force majeure and frustration of contract",Ed.L.L.P., 1991, p.507 S.

- PAULSSON John, chronique "USA-la détermination du prix dans les contrats", DPCI, 1981, ä p. 132.
- PINEAU Jean, BURMAN Danielle "Théorie des obligations", Thémis, 2ème Ed., 1988.
- RODIERE René (sous la direction de) "Les vices du consentement dans le contrat" Institut de Droit Comparé de Paris, Ed. A.Pedone, 1977.
"La formation du contrat", Institut de droit comparé de l'université de Paris I, Ed. Alain Pedone, 1976.
Même collection: "Objet, cause et lésion du contrat", 1980.
- SAMSON Claude "L'harmonisation du droit de la vente internationale de marchandises entre pays de droit civil et pays de common law" in "Droit contemporain, Contemporary law", association canadienne de droit comparé, Ed. Y.Blais, 1992, p.123.
- SÉRIAUX Alain "Le droit des obligations", P.U.F., 1992.
- SMITH J.C. "The Law of Contract", S.& M., 1989.
- SWAN John, REITER J. Barry "Contracts, Cases, Notes and Materials", fourth Ed., Toronto 1991.
- TANCELIN Maurice "Des obligations, contrats et responsabilité", 4ème Ed., 1988., W & L.
- TANCELIN Maurice, GARDNER Daniel "Jurisprudence commentée sur les obligations", 5ème Ed., W&L, 1992.
- THIEFFRY Jean "La rédaction des conditions générales de vente", in "La vente internationale de marchandises", Economica, 1981, pp. 110-123.
- THILMAN Jean "Fonctions et révisibilité des clauses pénales en droit comparé", Rev. Int. Drt. Comp., 1980, p. 17 .
- TIPLADY David "Introduction to the Law of International Trade", 1989, pp. 1-39.
- TREITEL G.H. "International Encyclopaedia of Comparative Law", VII, Contracts in General, chapter 16, "Remedies for Breach of Contracts", pp. 121 S.
- VON HOFFMAN Bernd "Passing of Risk in International Sales of Goods" in "International Sales of Goods, Dubrovnik Lectures", 1986, pp. 265 et S.
- WILL Michael R. "Conflits entre conditions générales" in "les ventes internationales de marchandises", Economica, 1981, pp. 99-110.
- WILLISTON Samuel "Williston on Sales", V. I, II, III, fourth Ed., 1973 (plus mise à jour de 1993).

ZWEIGERT Konrad et KOTZ "Introduction to Comparative Law", Oxford, 2ème Ed., vol.II,
1987.

Traitement de texte: WordPerfect 5.01
Interlignes: 1.5 (texte), 1 (notes de bas de pages)
Caractères: Times Romans 12 points
Total pages texte: 153
Total pages: 202
Date: Ottawa, le 12 avril 1993

L'auteur tient à remercier Mademoiselle Anne-Sophie Botella pour son aide précieuse.