

Université de Montréal

Champ d'application de la convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises

par

Dorra Kabani

Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de Maîtrise en droit (LL.M.)

Avril 2010

© Dorra Kabani, 2010

Université de Montréal

Faculté de droit

Ce mémoire intitulé :

Champ d'application de la Convention des Nations Unies sur
les contrats de vente internationale de marchandises

présenté par :

Dorra Kabani

a été évalué(e) par un jury composé des personnes suivantes :

Jean-François Gaudreault-DesBiens

président-rapporteur

Didier Lluelles

directeur de recherche

Guy Lefévre

membre du jury

Résumé

Le champ d'application de la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises constitue une question très délicate. En effet, le caractère abstrait et supplétif de ladite Convention a donné naissance à une jurisprudence fort divergente et à une doctrine rarement en accord.

Les difficultés d'application de la Convention démontrent clairement les limites de cette dernière à s'adapter aux nouveaux contrats de vente internationale. Ces difficultés sont-elles dues à une mauvaise interprétation des termes de la convention ? Serait-il juste de compléter les lacunes de la Convention de Vienne par d'autres Conventions telles que les règles d'UNIDROIT ou les principes de droit européen des contrats ? Faut-il aller «au-delà» de la Convention de Vienne ? Toutes ces questions doivent être gardées en tête pour bien analyser le champ d'application de ladite Convention.

Mots clés : Contrats complexes, Vente, International, Marchandises, Volonté des parties, Divergence, Difficulté d'application, Interprétation

Abstract

The scope of application of the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods is a very delicate issue. Indeed, its abstract and supplementary nature has given rise to markedly divergent judgements and rarely agreeing doctrine.

The difficulties arising from the application of the CISG clearly exemplify its limited ability to adapt to novel international sale of goods contracts. Are these difficulties attributable to faulty interpretations of the provisions of the CISG? Would it be opportune to compensate for the CISG's shortcomings by resorting to other instruments, such as the UNIDROIT rules or the principles of European contract law? Is it necessary to look beyond the Vienna Convention? All these questions must be considered in order to properly analyse the scope of application of the CISG.

Key words: Complex contracts, Sale, International, Goods, Will of the parties, Divergence, Difficulty of application, Interpretation

Table des abréviations

Art : Article

Bull. CIArb. CCI : Bulletin de la cour internationale d'arbitrage de la CCI

Bull. civ : Bulletin des arrêts des chambres civiles de la cour de cassation

CCI : Chambre de commerce international

C.c.Q : Code civil du québec

C. de. D : Cahiers de droit

Civ : Chambre civile de la cour de cassation

CNUDCI : Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

COC : Code des obligations et des contrats (Tunisien)

CVIM : Convention de vienne sur la vente internationale de marchandises

D. : Dalloz

Doc. N.U. : Document des Nations Unies

D.P.C.I : Droit et pratique du commerce international

et suiv. : et suivant

J.D.I : Journal du droit international

J.L & Com : Journal of law and commerce

LC: Loi du Canada (depuis 1987)

LFDIP : Loi fédérale de droit international privé (suisse)

L.R.O : Lois réservées de l'Ontario

L.R.Q : Loi refondues du Québec (depuis 1977)

L.U.F.C : Loi uniforme sur la formation des contrats pour la vente internationale des objets mobiliers corporels

L.U.V.I : Loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels

Obs : Observations

P.U.F : Presses universitaires de France

R.D.A.I : Revue de droit des affaires internationales

R. D. McGill : Revue de droit de McGill

R.I.D.C : Revue internationale de droit comparé

R.G.D.C : Revue générale de droit civil belge

R.Q.D.I : Revue québécoise de droit international

R.T.N.U : Recueil des traités des Nations Unies

U.L.R : Uniform Law Review

UNIDROIT: Institut international pour l'unification du droit privé

Remerciements

Je tiens à présenter mes sincères remerciements à mon directeur de recherche, Monsieur Didier Lluelles pour ses conseils judicieux, sa patience, ses encouragements et sa disponibilité.

Je tiens à remercier également Monsieur le vice doyen Jean-François Gaudreault-Desbiens pour son écoute, son aide, sa compréhension et son soutien.

Un grand merci à l'Université de Montréal qui m'a accueilli et m'a permis de vivre l'une des plus belles expériences de ma vie.

Merci à Laura Dive qui a accepté de relire et de corriger les coquilles de ce mémoire.

Je désire également remercier tout particulièrement Yadh Béji pour tout ce qu'il a fait pour moi, pour sa générosité, sa gentillesse, son amour inconditionnel et sa présence à mes côtés dans les moments les plus difficiles.

Finalement, à mes adorables frères que j'aime tant Sirajeddine, Hichem et Karim, mon papa que je n'oublie jamais et ma maman chérie.

À ma mère pour son amour, sa tendresse et son soutien

Table des matières

Résumé	i
Table des abréviations	iii
Remerciements	v
Table des matières	vii
Introduction	1
Remarques préliminaires.....	4
A) <i>L'interprétation de la Convention</i> :	4
B) Les sources du droit de la vente internationale	5
I- L'applicabilité matérielle de la convention aux contrats de vente et de marchandises :	7
Chapitre I : Du contrat de vente.....	8
Section 1 : Les contrats de marchandises à fabriquer ou à produire	11
§1- Détermination de la notion de «part essentielle»	11
§2- Détermination de la notion d'«éléments matériels»	14
Section 2 : Les contrats combinant la fourniture de marchandises et la fourniture de main d'œuvre ou autres services.....	16
§1- Critère d'appréciation de la «part prépondérante»	18
§2- L'objet du contrat mixte	21
§3- Les contrats de distribution commerciale	23
Chapitre II : De la marchandise	27
Section 1 : Les marchandises exclues	27
Section 2 : Les marchandises : objets mobiliers, incorporels et intangibles.	31
Chapitre III : Du droit substantif exclu par la convention	35
Section 1 : Les questions de validité du contrat et des effets que le contrat peut avoir sur la propriété des marchandises vendues	35
§1- La non application de la Convention aux questions relatives à la validité du contrat, de ses clauses ainsi que de ses usages	36
§2- Les effets produits par le contrat sur la propriété des marchandises vendues	41
Section 2 : La responsabilité du fait des produits	42

§1- Les dommages liés à des lésions corporelles ou au décès causés par les produits	43
§2- Les dommages causés aux biens	45
II- L'applicabilité spatiale de la Convention.....	48
Chapitre I : Le caractère international de la vente de marchandises	49
Section 1: Définition de la notion d'établissement	50
Section 2 : Les établissements intermédiaires.....	52
Section 3 : La pluralité d'établissements	53
Chapitre II : Le rattachement de la vente aux États parties à la Convention	55
Section 1: L'application autonome de la Convention	55
§1- Le principe du rattachement direct énoncé à l'article 1.1(a) :	56
A) Les litiges portés devant la juridiction d'un État contractant..	56
B) Les litiges portés devant le for d'un État non contractant.....	57
C) Les litiges portés devant un arbitre	58
§2- Les réserves permises par la Convention	59
A) La réserve de l'art 92 de la Convention	60
B) La réserve de l'art 93 de la Convention	62
C) La réserve de l'art 94 de la Convention	64
Section 2 : L'application dépendante de la Convention	65
§1- Élargissement du champ d'application spatial en vertu de l'article 1.1(b)	66
A) Principe de l'article 1.1(b)	66
B) Difficulté d'application de l'article 1.1(b) : la théorie du renvoi	67
§2- Limite du champ d'application spatial en vertu de la réserve de l'article 95 de la Convention	70
A) Le for saisi relève d'un État contractant réservataire	71
B) Le for saisi relève d'un État contractant non réservataire	72
III- L'application supplétive de la Convention	75
Chapitre I : «Opting in» de la Convention	77
Section 1 : Portée d'une clause contractuelle d'«opting in» devant un juge étatique	77

Section 2: Portée d'une clause contractuelle d'«opting in» face à l'arbitre	80
Chapitre II : «Opting out» de la Convention	83
Section 1: La question de l'«Opting out» exprès	83
§1- L'exclusion totale ou partielle de la Convention	83
§2- Les limites de l'exclusion partielle de la Convention	86
Section 2 : La question de l'«Opting out» tacite	87
§1- L'« opting out » tacite exprimé dans les stipulations contractuelles des parties	89
A) Choix de la loi applicable	89
B) La clause d'élection du for	94
C) La clause se référant aux usages ou aux incoterms	95
§2- L'«opting out» tacite exprimé postérieurement à la conclusion du contrat	97
Conclusion	101
TABLE DE LA LÉGISLATION	104
Traités et Conventions internationales	104
Législation canadienne	104
Textes fédéraux.....	104
Textes provinciaux.....	104
Législation extra-canadienne	105
Texte Français.....	105
Texte Suisse	105
Textes Tunisiens	105
TABLE DES JUGEMENTS	105
Décisions judiciaires	105
<i>Allemagne</i>	105
<i>Autriche</i>	106
<i>Belgique</i>	107
<i>États-Unis</i>	107
<i>Finlande</i>	108

<i>France</i>	108
<i>Hongrie</i>	109
<i>Italie</i>	109
<i>Pays-Bas</i>	109
<i>Suisse</i>	110
Décisions arbitrales	110
BIBLIOGRAPHIE	111
Monographies et ouvrages collectifs.....	111
Articles de revue et études d'ouvrages collectives.....	113
Articles sur support électronique	115
Thèses et Mémoires de Maîtrise	115
Documents des Nations Unies.....	116
Sites Web	116

Introduction

Le XXe siècle est caractérisé par un processus de mondialisation du commerce et par l'accroissement spectaculaire des relations internationales privées. Pendant de nombreuses années, les droits nationaux étaient les seuls outils juridiques dont disposaient les parties à un contrat international. Or, lorsque les parties ne faisaient pas le choix d'une loi en particulier, le hasard des règles de conflit et la multitude des systèmes légaux constituaient des sources importantes de difficultés et d'incertitudes juridiques pour les cocontractants. En outre, les solutions nationales étaient en grande partie totalement inadaptées au contrat international. En effet, ce dernier est plus qu'un contrat interne possédant un élément d'extranéité. Il s'agit en réalité d'une «*opération originale comportant des stipulations propres suscitant des difficultés inédites*»¹. L'absence d'une réglementation adaptée constituait par conséquent un frein au bon développement des échanges internationaux.

Face à cette situation, la volonté de créer un ensemble de règles uniformes est apparue. Suite à la proposition d'Ernst Rabel en 1929, l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), créé trois années plus tôt, a entamé des travaux de recherche approfondis dans le domaine du droit de la vente internationale, considéré comme le «*contrat commercial par excellence*»², et donc le fondement de l'ensemble des échanges internationaux. Plusieurs projets de textes furent créés ensuite jusqu'à l'approbation de deux lois par les 28 États participants à la conférence diplomatique de La Haye de 1964 : la première porte sur la vente internationale des biens mobiliers corporels (LUVI) et la seconde sur la

¹ Yves LEQUETTE, «L'évolution des sources nationales et conventionnelles du droit des contrats internationaux», dans *L'évolution contemporaine du droit des contrats. Journées René Savatier, Poitiers 24-25 octobre 1985*, Paris, P.U.F, 1986, p. 185, à la page 206 cité par Frédéric FRITZ, *Réception de la lex mercatoria dans la Convention de Vienne de 1980 sur les contrat de vente internationale de marchandises : Le cas des principes généraux*, mémoire de maîtrise, Laval, Faculté des études supérieures, Université Laval, 1998, p. 97

² Francesco GALGANO, *Il diritto Privato fra codice e costituzione*, 2^e éd., Bologne, 1980, p. 6, cité par Franco FERRARI, *Contrat de vente internationale. Applicabilité et applications de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, 2e éd. ent. rev. éd., coll. «Droit et commerce international ; t. 1», Bâle, Bruxelles, Paris, Helbing & Lichtenhahn, Bruylant, Forum Européen de la Communication, 2005, p. 2

formation des contrats de vente internationale (LUFC)³. Ces textes, qui ne sont entrés en vigueur que dans neuf États⁴ seulement, n'eurent qu'un succès très limité.

Devant cet échec, la commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), dont l'objectif est d'harmoniser les droits nationaux afin de réduire les obstacles juridiques au développement des échanges commerciaux, se lança dans la création d'une nouvelle Convention qui, tout en étant basée sur les lois uniformes de La Haye et sur l'abondante doctrine existante, n'en reproduirait pas les lacunes et les faiblesses. La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, (ci-après dénommée la «Convention de Vienne» ou la «Convention») fut approuvée au cours de la Conférence diplomatique qui a eu lieu à Vienne du 10 mars au 11 avril 1980⁵. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1988.

La Convention est considérée comme l'entreprise la plus réussie d'unification du droit commercial international. Son texte d'application directe se divise en quatre parties : la première traite du champ d'application et renferme les dispositions de caractère général. La seconde précise les règles régissant la formation des contrats. Quant à la troisième partie, elle consacre des règles équilibrées régissant les droits et obligations des parties aux contrats de vente internationale. Enfin, la quatrième et dernière partie comprend les dispositions finales de la Convention relatives à son entrée en vigueur ainsi qu'aux réserves et aux déclarations autorisées. 74 États en sont membres à l'heure actuelle⁶, ce qui représente plus des deux tiers des

³ Voir : André TUNC, «Les conventions de La Haye du 1er juillet 1964 portant loi uniforme sur la vente internationale d'objets mobiliers corporels. Une étude de cas sur l'unification du droit», (1964) 16 *Rev. int. dr. comp.* 547, 547-554

⁴ Ces Conventions sont entrées en vigueur en Belgique, République fédérale d'Allemagne, Gambie, Pays-Bas, Israël (pour la seule LUVI), Italie, Luxembourg, St Martin et Grande-Bretagne avec la réserve selon laquelle les conventions ne seraient applicables que si les parties le prévoient expressément.

⁵ *Acte final de la Conférence des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Doc. N.U. A/Conf. 97/18, (18 avril 1980)

⁶ CNUDCI, *État. 1980. Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, en ligne :

échanges internationaux de marchandises et une importante diversité économique, géographique et culturelle.

La Convention est toutefois le fruit de compromis. Elle contient donc des règles souples contenant des termes qui ne sont en général pas définis, ce qui laisse une place importante à l'interprétation des juges, guidés par une doctrine abondante mais néanmoins fréquemment divisée, ce qui se reflète dans leurs décisions. Vingt deux années d'application du droit uniforme ont donné lieu à de nombreux cas jurisprudentiels traitant des sujets les plus divers. Cela étant, certaines parties du texte conventionnel suscitent davantage de difficultés et de controverses. C'est le cas de la question de son champ d'application. La Convention a pour vocation de régir les contrats de vente internationale de marchandises lorsque les deux parties ont leur établissement dans des États contractants ou lorsque le droit international privé mène à l'application de la loi d'un État contractant. Sous cette apparente simplicité se cachent de nombreuses difficultés tant au niveau du champ d'application matériel que spatial. Par ailleurs, la Convention est supplétive de la volonté des parties. La liberté contractuelle des parties à une vente est en effet un principe fondamental de la Convention qui va permettre aux parties de déroger à quasiment n'importe quelle règle de la Convention ou d'exclure totalement l'application de cette dernière en faveur d'une autre loi. Cette liberté va mener à plusieurs controverses. Enfin, La Convention est lacunaire. Le droit national désigné par les parties ou par les règles de conflit de lois du for viendra la compléter sur les questions non réglementées ou expressément exclues par le droit uniforme.

Sans prétendre à l'exclusivité, l'objet de ce mémoire est de passer en revue les conditions d'applicabilité de la Convention, tout en soulignant les principales controverses doctrinales et les hésitations jurisprudentielles suscitées par les difficultés d'applicabilité de celles-ci. Préalablement, il convient toutefois d'émettre deux remarques, l'une concernant l'interprétation

de la Convention et l'autre à propos des sources du droit de la vente internationale.

Remarques préliminaires

A) L'interprétation de la Convention :

L'effort d'uniformisation du droit commercial international serait réduit à néant si les dispositions de la Convention étaient interprétées et appliquées de manière différente par les arbitres et les juges des juridictions étatiques. La Convention consacre dès lors à son article 7⁷ la règle selon laquelle son interprétation doit impérativement être réalisée de manière uniforme en tenant compte de son caractère international. Est ainsi mis en avant le principe de l'autonomie de l'interprétation, en vertu duquel un juge saisi doit avant tout éviter de recourir aux règles et concepts nationaux lors de l'application de la Convention. Une telle «*approche nationaliste*»⁸ causerait, outre une application non uniforme de la Convention, un risque de «*forum shopping*»⁹. Chaque concept utilisé dans le texte international est le résultat d'un compromis entre les différents systèmes juridiques et ne correspond dès lors exactement à aucune définition donnée par l'un d'eux¹⁰. Chaque terme, même s'il est littéralement identique à celui utilisé au niveau national, doit par conséquent être défini selon le sens et l'esprit de la Convention¹¹.

Une telle interprétation autonome doit en outre être réalisée de manière uniforme par les différentes juridictions. Pour cela les juges doivent se référer

⁷ Article 7 de la convention des Nation Unies de 1980 (ci après CVIM) énonce que :
«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.»

⁸ Michael Joachim BONELL, «La nouvelle convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises», (1981) *D.P.C.I.*, 14 cité par F. FERRARI, *Contrat de vente internationale. Applicabilité et applications de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, préc., note 2, p. 9

⁹ *Id.*, p. 10

¹⁰ *Id.*, p. 11

¹¹ Peter SCHLECHTRIEM et Claude WITZ, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Paris, Dalloz, 2008, p. 77

tant aux opinions doctrinales développées ainsi qu'aux décisions déjà rendues en la matière. Bien que ces décisions étrangères ne sauraient avoir valeur de précédents, elles auront une certaine « autorité persuasive »¹². Plusieurs bases de données en ligne, notamment celle de la CNUDCI, sont mises en place à cet effet. Idéalement, lorsqu'une question est controversée mais qu'une opinion majoritaire se dégage, il conviendrait de suivre celle-ci¹³.

Ces considérations devront être gardées à l'esprit tout au long de la présente analyse.

B) Les sources du droit de la vente internationale :

Outre la Convention de Vienne de 1980 et les lois uniformes de La Haye de 1964 mentionnées ci-dessus, d'autres outils juridiques traitant de la vente internationale méritent d'être évoquées à titre informatif.

Ainsi, la conférence de La Haye de droit international privé, organisation intergouvernementale créée en 1893 dans le but d'unifier les règles de rattachement, a adopté la Convention de La Haye sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels du 15 juin 1955 et la Convention de La Haye sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises du 22 décembre 1986. L'objet de ces traités n'est pas d'unifier le droit matériel mais bien d'établir des règles uniformes de droit international privé. Au niveau européen, l'harmonisation des règles de conflits de lois est réalisée par la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles du 19 juin 1980.

Concernant les questions de la prescription, non traitées par la Convention de Vienne, la Convention de New York sur la prescription dans les ventes internationales de marchandises de 1974 propose des solutions intéressantes.

¹² Id.

¹³ Id.

A côté de ces sources internationales, il y a lieu de mentionner certaines sources «*anationales*»¹⁴ c'est-à-dire qui «*ne résultent pas d'un processus législatif ou d'une ratification étatique*»¹⁵. Il s'agit de règles et de principes substantiels non obligatoires qui sont à la disposition des acteurs du commerce international. Les INCOTERMS par exemple constituent des repères largement utilisés en matière de transfert de risques. Ils ont été établis par la Chambre de commerce internationale (CCI), ou «l'organisation mondiale des milieux d'affaires», qui est une organisation non gouvernementale créée en 1920 reconnue entre autres pour sa Cour d'arbitrage active en matière de commerce international.

Sur la scène européenne, des principes de droit européen des contrats ont été posés dans l'attente de la mise sur pied d'un réel code européen contraignant¹⁶. Parallèlement, des principes relatifs aux contrats commerciaux internationaux ont été établis au niveau international par UNIDROIT. L'article 1 de ce texte propose son application lorsque les parties se réfèrent aux «principes généraux du droit» ou à la «*lex mercatoria*», lorsque les parties n'ont pas choisi le droit applicable ou lorsque le contenu de celui-ci est indéterminable¹⁷. Ces principes sont souvent redondants par rapport à la Convention de Vienne. Ils n'ont toutefois pas pour objet de s'y substituer mais bien de la compléter, compte tenu du rapport de spécialité entre le droit de la vente internationale et le droit des contrats internationaux. A long terme, ils pourraient toutefois se muer en usages internationaux, ce qui les placerait à un rang supérieur par rapport aux règles de la Convention¹⁸.

L'unification internationale est donc encore «*fragmentaire, ce qui rend la tâche des praticiens compliquée*»¹⁹.

¹⁴ Sylvain MARCHAND, *Les limites de l'uniformisation matérielle du droit de la vente internationale : mise en oeuvre de la Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises dans le contexte juridique suisse*, coll. «Collection genevoise», Bâle, Switzerland, Helbing & Lichtenhahn, 1994, p. 40

¹⁵ Id.

¹⁶ Id.

¹⁷ Id.

¹⁸ Id., p. 43

¹⁹ Id.

I- L'applicabilité matérielle de la convention aux contrats de vente et de marchandises :

En vertu de son article premier, la Convention s'applique aux contrats de vente de marchandises.

Le champ d'application matériel de la Convention a soulevé des difficultés quant à la définition qu'il convient de donner aux notions de «contrat de vente» et de «marchandises».

Si l'ensemble de la Convention est construite autour de ces deux notions éminemment importantes, ses auteurs n'en ont pas apporté de définitions suffisamment claires, laissant ainsi la place aux interprétations les plus diverses par la doctrine et la jurisprudence.

Chacune de ces notions sera par conséquent envisagée dans les deux chapitres suivants.

Chapitre I : Du contrat de vente

La Convention ne définit pas la notion de vente en tant que telle. Certains estiment que ses auteurs n'ont pas jugé utile de le faire en raison de la définition essentiellement similaire de la vente par les différents systèmes juridiques, et d'autres estiment au contraire que les différences nationales étaient telles qu'aucune définition autonome n'a pu être dégagée²⁰.

Cela étant, la notion de contrat de vente doit en tout état de cause être interprétée de manière autonome et non nationale. Il est possible d'en saisir les principales caractéristiques grâce aux articles 30²¹ et 53²² de la Convention, lesquels énoncent les obligations des parties, qui consistent pour le vendeur de livrer une chose et d'en céder les droits de propriété, et pour l'acheteur d'en prendre livraison et d'en payer le prix.

Il convient de se demander si certains contrats qui s'écartent légèrement du contrat de vente tel que défini ci-dessus, rentrent ou non dans le champ d'application de la Convention. Par exemple, il est communément admis qu'un accord visant à modifier un contrat de vente internationale de marchandises rentre dans le domaine de la Convention dans la mesure où il touche directement aux droits et obligations des parties. Il en va de même pour les contrats à livraison successive²³.

La question est plus controversée en ce qui concerne le contrat d'échange. Ce type d'accord, également appelé le contrat de troc, est un contrat translatif de propriété dans lequel le prix n'est pas payé au moyen de monnaie mais par une autre marchandise. Dans certains régimes juridiques²⁴

²⁰ F. Ferrari, *Contrat de vente internationale. Applicabilité et applications de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, préc., note 2, p. 74

²¹ L'article 30 de la CVIM énonce que : «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 ya lieu, à remettre les documents s'y rapportant».

²² L'article 53 de la CVIM prévoit que : «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».

²³ F. FERRARI, *Contrat de vente internationale. Applicabilité et applications de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, préc., note 2 , p. 78

²⁴ Voir par exemple la Suisse, la France ou la Tunisie

comme celui du Québec²⁵ par exemple, ce contrat est soumis aux mêmes règles juridiques que celles applicables au contrat de vente.

La doctrine majoritaire²⁶ estime toutefois que ce contrat ne rentre pas dans le champ d'application de la Convention car il ne contient pas un des éléments essentiels du contrat de vente prescrit par l'article 53 de la Convention, à savoir l'obligation de l'acheteur de payer un prix. Les tenants de cette position admettent toutefois l'application de la Convention lorsque que l'une des parties a l'obligation de payer une soule en argent afin d'équilibrer la valeur des marchandises échangées, mais uniquement si la somme d'argent est supérieure à la valeur des biens échangés.

Une autre partie de la doctrine²⁷ considère que «*toute partie doit être considérée à la fois comme acheteur et vendeur, au regard des différentes prestations- en vertu des obligations de délivrance, de remise des documents, de réception du titre de propriété et de la réception de la livraison*»²⁸.

Il nous semble en effet que l'article 53 de la Convention ne précise pas que le prix doit obligatoirement être payé au moyen d'une somme d'argent.

²⁵ L'article 1798 du C. c. Q. précise à cet effet que «Les règles du contrat de vente sont, pour le reste, applicables au contrat d'échange.»

²⁶ Franco FERRARI, «Cross-references and editorial analysis», Institute of international commercial law, Pace law school, en ligne :

<<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/cross/cross-1.html#fn29.html>> (consulté le 11 mars 2010), Peter SCHLECHTRIEM, "Uniform sales law. The UN-Convention on contracts for the international sale of goods", Institute of international commercial law, Pace law school en ligne :

<<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem-01.html>> (consulté le 11 mars 2010), Peter WINSHIP, "The scope of the Vienna Convention on international sales contracts", Institute of international commercial law, Pace law school, en ligne :

<<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/winship5.html#49>> (consulté le 11 mars 2010)

²⁷ Voir: Dietrich MASKOW, "Article 53", dans Cesar M. BIANCA et Michael J. BONELL, *Commentary on the international sales law. The 1980 Vienna sales convention*, Milan, Giuffrè, 1987, p. 383, à la page 393, l'auteur pense que «*On the other hand, in genuine barter contracts both parties are sellers. Therefore, the Convention would not necessarily be excluded*», en ligne:

<<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/maskow-bb53.html>> (consulté le 11 mars 2010), John O. HONNOLD, *Uniform law for international sales under the 1980 United Nations convention*, 3rd éd., The Hague, Kluwer Law International, 1999, n°56.1, cet auteur pense que «*exchanges of goods are not excluded unless the parties so choose*», en ligne:

<<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ho2.html#ib>> (Consulté le 11 mars 2010)

²⁸ Fritz ENDERLEIN, Dietrich MASKOW et Heinz STROHBACH, *Internationales Kaufrecht : Kaufrechtskonvention. Verjährungskonvention. Vertretungskonvention. Rechtsanwendungskonvention*, Berlin, 1991, p.28 cité par F. Ferrari, *Contrat de vente internationale. Applicabilité et applications de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, préc., note 2, p. 79

Par conséquent, rien n'empêche que la marchandise échangée constitue le «paiement du prix». Cette position est en outre conforme au but de la Convention d'unifier plus efficacement les règles matérielles de la vente. Pour pallier toute hésitation quant à l'application ou non de la Convention aux contrats d'échange, il serait préférable que les parties le mentionnent expressément dans leur contrat²⁹.

Outre la question de ces contrats apparentés à la vente, il y a lieu d'envisager le problème des contrats mixtes, très courants dans les échanges internationaux. Il s'agit d'accords combinant un contrat de vente à d'autres contrats tels que des contrats de distribution, de transfert de technologie ou encore de prestations de services pour ne citer qu'eux. Il est impératif de savoir si de tels échanges rentrent ou non dans le champ d'application de la Convention.

L'article 3 de la Convention, dont l'objet est de préciser ce que recouvre la notion de vente au sens de cette Convention, fournit des éléments de réponse à cette question. Selon cet article :

«Sont réputés vente les contrats de fourniture de marchandises à fabriquer ou à produire, à moins que la partie qui commande celle-ci n'ait à fournir une part essentielle des éléments matériels nécessaires à cette fabrication ou production.

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.³⁰

On constate à la lecture de cet article que le champ d'application de la Convention ne se limite pas aux contrats de vente traditionnels. En effet, sont «réputés vente» deux types de contrats complexes, les contrats de marchandises à fabriquer ou à produire (section 1) et les contrats comprenant fourniture de main d'œuvre ou autres services (section 2). Les termes utilisés

²⁹ Guy LEFEVRE et Emmanuel Sibidi DARANKOUM, «La vente internationale de marchandises. La Convention de Vienne et ses applications jurisprudentielles», dans *Droit spécialisé des contrats*, Vol. 2 «Les contrats relatifs à l'entreprise», 1999, Droit civil en ligne (DCL), EYB1999DSC53, dans le même sens D. MASKOW, préc., note 27, pense que «It is therefore advisable for parties to barter contracts to agree upon the application of the Convention to avoid misunderstandings.»

³⁰ Notre soulignement

par l'article 3 sont toutefois flous et leur signification exacte a donné lieu à de nombreuses controverses.

Section 1 : Les contrats de marchandises à fabriquer ou à produire

Il appert à la lecture du premier paragraphe de l'article 3 de la Convention que les contrats de fourniture de marchandises à fabriquer ou à produire constituent une vente au sens de la Convention sauf si l'acheteur fournit une «part essentielle» des «éléments matériels» nécessaires à la fabrication.

La Convention n'apporte toutefois pas de précision quant aux termes «part essentielle» et «éléments matériels». Par «part essentielle», la Convention fait-elle référence à la valeur économique des éléments, à leur quantité ou plutôt à leur qualité? (§1) La notion d' «éléments matériels», simple de prime abord, l'est moins lorsqu'est envisagée dans le cas de transmission d'instructions (§2).

§1- Détermination de la notion de «part essentielle» :

La doctrine et la jurisprudence sont divisées quant au critère d'appréciation à appliquer relativement à la notion de «part essentielle» des éléments matériels nécessaires à la fabrication ou à la production des marchandises.

Le courant majoritaire considère que l'élément qu'il faut prendre en compte pour l'évaluation de la «part essentielle» est l'élément économique³¹. La valeur des matériaux fournis par les parties est calculée et comparée. Si la valeur des matériaux fournis par l'acheteur est supérieure, le contrat conclu entre les parties sortira du champ d'application de la Convention.

³¹J. O. HONNOLD, préc., note 27, Vincent HEUZÉ, *La vente internationale de marchandises. Droit uniforme*, Nouv. éd. éd., coll. «Traité des contrats», Paris, L.G.D.J., 2000.

C'est cette doctrine majoritaire qu'a suivi un arbitre dans une affaire opposant un vendeur de conteneurs de déchets hongrois et un acheteur australien³². Les parties avaient convenu que l'acheteur fournirait une partie des matériaux nécessaires à la production des conteneurs. En raison du défaut de paiement de la marchandise livrée, le vendeur a entamé une procédure en arbitrage contre l'acheteur. L'arbitre qui devait statuer dans cette affaire s'est basé sur l'élément économique pour déterminer l'importance du matériel fourni pour la fabrication de ces conteneurs de déchets. En l'espèce, la valeur des matériaux fournis par l'acquéreur s'élevait à 10% de la valeur totale des conteneurs à produire. Par conséquent, l'arbitre a estimé que les matériaux fournis par l'acheteur australien ne constituaient pas une «part essentielle» à la fabrication du bien et que le contrat entraînait donc bien dans le champ d'application de la Convention de Vienne.

Certains auteurs ont argumenté en faveur d'un critère purement quantitatif qui consiste à prendre en compte le poids ou le volume des éléments matériels apportés par l'acheteur³³.

Enfin, d'autres auteurs penchent pour l'utilisation d'un critère qualitatif³⁴. Ce courant de la doctrine s'appuie sur les termes choisis tant dans la version francophone qu'anglophone, à savoir «part essentielle» et «substantial part», qui suggéreraient tout deux un critère qualitatif, non économique. Selon ce courant, un contrat ne peut être régi par la Convention dès lors que le matériel fourni par l'acheteur constitue «*la raison d'être de l'opération considérée dans*

³² Décision rendue dans l'affaire n° VB/94131, Cour internationale d'arbitrage de la CCI, 5 décembre 1995, Hongrie, NJW-RR, 1996, p. 1145 et 1146, en ligne : <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=181&step=FullText> (consulté le 17 mars 2010)

³³ Karl H. NEUMAYER, Catherine MING et François DESSEMONTET, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises. Commentaire*, coll. «Publication CEDIDAC ; 24», Lausanne, Centre du droit de l'entreprise (droit industriel droit d'auteur droit commercial) de l'Université de Lausanne, 1993, p. 62

³⁴ Bernard AUDIT, *La vente internationale de marchandises. Convention des Nations Unies du 11 avril 1980*, Paris, L.G.D.J., 1990, p 26

son ensemble»³⁵, ou lorsqu'il «est fondamental qualitativement pour la fabrication du produit commandé»³⁶.

Bien que rarement, les tribunaux se sont dans certains cas ralliés exclusivement à cette théorie, sans tenir compte de la valeur monétaire de l'apport fait par l'acheteur. C'est le cas de la Cour de Cassation d'Italie dans une décision du 9 juin 1995³⁷.

Certaines décisions jurisprudentielles font état d'une application concomitante des deux critères. Tel est le cas par exemple d'un jugement rendu par la Cour de Munich le 3 décembre 1999³⁸. Il s'agissait en l'espèce d'un contrat conclu entre un vendeur italien et un acheteur allemand portant sur la fourniture d'une machine permettant la fabrication de fenêtres. L'acheteur devait fournir à son vendeur des spécifications et des plans lui permettant la conception de cette machine, de même que certains matériaux. La Cour a jugé qu'il fallait apprécier la part fournie par l'acheteur en fonction non seulement de sa valeur mais également de sa «fonction». Par l'application combinée de ces critères, la Cour décida que les éléments fournis par l'acheteur n'étaient pas essentiels à la fabrication de la machine et que par conséquent, la Convention trouvait à s'appliquer³⁹.

Les différents critères d'appréciation développés par la doctrine ont donc donné naissance à une jurisprudence disparate, les juges n'étant pas unanimes quant au choix du critère de qualification de la «part essentielle». La confusion et le doute sont tels que certains jugements ne précisent parfois

³⁵ Patrick WAUTELET, «Une Nouvelle convention pour la vente internationale de marchandises» (1998) 6 *RGDC/TBBR* 389, 407, n°24, en ligne : <http://orbi.ulg.ac.be/bitstream/2268/7343/1/Article%20CVIM%20RGDC%201998.pdf> (consulté le 25 mars 2010)

³⁶ K. H. NEUMAYER, C. MING et F. DESSEMONTET, préc., note 33, p. 62

³⁷ (*Alfred Dunhill Ltd. c. Tivoli Group S.r.l.*), Affaire n° 6499, arrêt, (9 juin 1995), Giustizia Civile, 1996, p. 2065-2070 (la cour suprême d'Italie), en ligne : <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=170&step=FullText> (consulté le 17 mars 2010)

³⁸ Affaire n° 23 U 4446/99, (3 décembre 1999), RIW, 2000, p. 712 (OLG Munich), en ligne : <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=499&step=FullText> (consulté le 17 mars 2010)

³⁹ Nadine WATTÉ et Arnaud NUYTS, «Le champ d'application de la Convention de Vienne sur la vente internationale. La théorie à l'épreuve de la pratique», (2003) 2 *J.D.I* 366, 375

même pas le critère utilisé pour évaluer si un apport est essentiel ou non. C'est le cas par exemple de la décision rendue en 1994 par la cour suprême d'Autriche⁴⁰. Une personne achetait à une autre des brosses et des balais après lui en avoir fourni les matières premières. La Cour suprême d'Autriche a jugé que la part de matériel fourni en l'espèce était essentielle et que la Convention était par conséquent inapplicable, sans toutefois fournir un quelconque renseignement sur le critère d'appréciation utilisé.

Mis à part cette notion de «part essentielle», une autre difficulté jurisprudentielle rencontrée porte sur la teneur des prestations à prendre en considération au moment de la comparaison des apports des parties. Quels types d'apport constituent des éléments matériels au sens de la Convention?

§2- Détermination de la notion d'«éléments matériels» :

La Convention ne régit pas les contrats de fourniture de marchandises à fabriquer ou à produire dans l'hypothèse où l'acheteur fournit une part essentielle des éléments matériels nécessaires à cette fabrication ou production. Après avoir soulevé les difficultés inhérentes à la notion de «part essentielle», il convient ensuite de mettre en lumière celles causées par la notion d' «éléments matériels».

La principale controverse relative à cette notion porte sur la question de savoir si elle recouvre ou non des éléments tels que des schémas, des plans et autres prescriptions techniques.

Certaines juridictions ont répondu par la négative en affirmant que l'exclusion de l'article 3.1 «est fondée sur l'origine des matériaux de

⁴⁰ (*Fa. N. GmbH v. Fa. N. GesmbH & Co KG*), Affaire n° 8 Ob 509/93, (27 octobre 1994), ZRFV, 1995, p.159-162 (Oberster Gerichtshof), en ligne: <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=131&step=Abstract>> (consulté le 17 mars 2010)

fabrication et non sur la nature particulière du procédé de fabrication ou de ses conditions»⁴¹.

D'autres tribunaux ont adopté une position différente en vérifiant si la fourniture de ces éléments constituait ou non une prestation essentielle à la fabrication des marchandises. C'est le raisonnement adopté par la Cour d'appel de Chambéry lors de l'affaire qui a opposé la société A.M.D Électronique à Rosenberger SIAM S.p.A⁴² et dont les faits sont les suivants : La société Rosenberger SIAM, société de droit italien spécialisée dans la vente de composants électroniques, demande à la société A.M.D Électronique dont le siège social est en France, de lui fabriquer des connecteurs tout en lui fournissant dessins, schémas et normes lui permettant la conception de ces derniers. La Cour d'appel de Chambéry a exclu l'application de la Convention car elle a considéré que les éléments fournis représentaient une part essentielle des éléments matériels nécessaires à la fabrication des connecteurs. Elle a donc estimé que les schémas et plans étaient tellement nécessaires à la fabrication des marchandises qu'ils justifiaient l'application de l'exception de l'article 3 de la Convention.

Une grande partie de la doctrine a considéré que la décision prise par les juges français dans cette affaire est erronée car elle applique le critère intellectuel de distinction entre la vente et le contrat d'entreprise que retient le droit français⁴³.

D'autres auteurs au contraire estiment que l'exclusion de l'article 3.1 ne saurait être limitée au cas où l'acheteur fournit des matières premières tangibles⁴⁴. En effet, appliquer la Convention à des contrats dans lesquels l'acheteur fournit le Know-how aurait pour effet de considérer comme une

⁴¹ Décision rendue dans l'affaire n° 8855, Cour internationale d'arbitrage de la CCI, Paris, J.D.I., 2000, p. 1070

⁴² Chambéry, 25 Mai 1993, R.J.Com. 1995. 242., note Witz, en ligne : <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=29&step=FullText>> (consulté le 17 mars 2010)

⁴³ Claude WITZ, *les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale. Convention des Nations Unies du 11 avril 1980*, Paris, L.G.D.J., 1995, p. 34 et 35

⁴⁴ P. WAUTELET, préc., note 35, n°25, 407

vente des contrats qui s'éloignent fortement de la notion classique de la vente et d'étendre ainsi le domaine de la Convention⁴⁵.

Étant donné la nature intellectuelle de ces éléments, une solution envisageable serait de réserver l'exclusion de l'article 3.1 aux matières premières et aux matériaux composant le produit final tout en évitant une extension du domaine de la Convention via l'application de l'exclusion de l'article 3.2. En vertu de cet article, l'application de la Convention est exclue dans l'hypothèse où les obligations du vendeur consistant dans la fourniture de services et main d'œuvre représentent une part prépondérante des obligations globales du vendeur⁴⁶. Cette situation fait l'objet de la section suivante.

Section 2 : Les contrats combinant la fourniture de marchandises et la fourniture de main d'œuvre ou autres services

Le second paragraphe de l'article 3 énonce que

«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.»

Les contrats complexes incluant à la fois la fourniture de marchandises et des prestations de services en tout genre se trouvent donc ici considérés comme des contrats de vente rentrant dans le champ d'application de la Convention sauf dans l'hypothèse où les prestations de services constituent «la part prépondérante» du contrat global.

Il a lieu de relever que, lors des discussions préparatoires à la Conférence de Vienne, la question de la divisibilité du contrat a fait débat⁴⁷. Il s'agissait de savoir s'il fallait distinguer entre l'opération de fourniture de

⁴⁵ N. WATTÉ et A. NUYTS, préc., note 39, 379

⁴⁶ N. WATTÉ et A. NUYTS, préc., note 39, 380

⁴⁷ *Conférence des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises. Documents de la conférence et comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances des commissions principales*, Doc. N.U. A/CONF.97/5 (14 mars 1979), p. 17, en ligne : <<http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/sales/cisg/a-conf-97-19.pdf>> (consulté le 25 mars 2010)

marchandises et celle relative à la fourniture de main d'œuvre ou de services et de les traiter comme étant deux opérations différentes dans deux contrats différents. Cette distinction aurait pour effet d'appliquer la Convention au contrat de prestation de marchandises et le droit national au contrat de fourniture de services. Les positions sur cette question étaient divisées. Pour certains, «*le renvoi au droit national constitue la seule réponse envisageable compte tenu du silence de la convention sur le sujet*»⁴⁸, tandis que pour d'autres, le dépeçage du contrat et sa soumission à plusieurs ordres juridiques «*peut être source de graves inconvénients*»⁴⁹.

À la lecture de l'article 3.2 de la Convention, il doit être constaté qu'aucune référence n'est faite au dépeçage du contrat. Bien au contraire, l'article semble tenir à une application générale et uniforme de la loi pour éviter tout conflit d'une loi nationale avec la Convention. En effet, l'article 3 élargit, même de manière conditionnée, son champ d'application à la fourniture de marchandises à fabriquer ou à produire qui renferme une prestation de services ou une fourniture de main d'œuvre. En tout état de cause, il est important de noter que la question du dépeçage du contrat relevée par les théoriciens s'avère être un faux problème car la jurisprudence n'a pas réellement eu à se prononcer sur la question de la «divisibilité» du contrat de vente. Une exception toutefois concerne les contrats de distribution commerciale, qui seront analysés ci après (§3)⁵⁰.

À l'instar du paragraphe premier de l'article 3, le second paragraphe présente certaines difficultés, tout d'abord quant à l'appréciation de la «part prépondérante» (§1) et ensuite quant à la détermination de l'objet d'un contrat mixte (§2).

⁴⁸ N. WATTÉ et A. NUYTS, préc., note 39, 387

⁴⁹ K. H. NEUMAYER, C. MING et F. DESSEMONTET, préc., note 33, p. 66, dans le même sens B. AUDIT, *La vente internationale de marchandises : convention des Nations Unies du 11 avril 1980*, préc., note 34, p. 27

⁵⁰ N. WATTÉ et A. NUYTS, préc., note 39, 388

§1- Critère d'appréciation de la «part prépondérante» :

La notion de «part prépondérante» a certainement posé moins de difficultés que celles rencontrées lors de l'interprétation du terme «part essentielle». Néanmoins, la pratique n'a toujours pas dégagé de critère d'appréciation uniforme de cette notion, pourtant déterminante pour l'application de la Convention à un contrat de fourniture de marchandises combiné à un contrat de fourniture de main d'œuvre et d'autres services. Deux critères d'appréciation sont utilisés, l'un économique et l'autre basé sur l'essence du contrat. Tout comme dans le cadre de la détermination de la «part essentielle» au sens de l'article 3.1, la détermination de la «part prépondérante» par le critère économique consiste à comparer la valeur économique du contrat de fourniture de marchandises avec celle du contrat de fourniture de services. Sera considéré comme ayant une part prépondérante au contrat de vente global, le contrat qui aura la valeur économique la plus élevée. S'il s'avère que ce dernier est le contrat de prestation de services, la Convention ne s'appliquera pas. Dans le cas contraire, la Convention régira en principe les relations contractuelles des parties.

C'est dans cet esprit de comparaison de valeur que la Cour d'appel de Grenoble⁵¹ a statué en faveur de l'application de la Convention dans un litige dont les faits sont les suivants : la Société Holding Manin Riviere, établie à Voreppe (38340), a vendu à Monsieur Roque, établi à Junqueira dans la province de Coimbra au Portugal, un entrepôt d'occasion pour le prix total de 500.000 F, en ce compris le démontage et les frais de mise à disposition. Dans ce montant, la somme de 381.200 F représentait la valeur de l'entrepôt et le solde de 118.800 F compensait les frais de démontage et de mise à disposition. Compte tenu de cette répartition de valeur entre les contrats de fourniture de marchandises et de prestation de services, la Cour d'appel de Grenoble a jugé que le contrat qui liait les parties au litige était un contrat de

⁵¹ Grenoble, 26 avril 1995 : Unilex
<<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=109&step=FullText>> (consulté le 17 mars 2010)

vente internationale de marchandises au sens de la Convention. La cour s'est prononcée dans les termes suivants :

«Attendu que le contrat qui donne lieu au litige inclut une vente d'un hangar d'occasion et son démontage; Qu'il résulte des factures produits que la prestation de service n'est pas prépondérante, Qu'il entre donc dans le champ d'application juridique de la convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises (article 3,2).»⁵²

Il arrive toutefois, en particulier lorsque le prix des différentes fournitures n'est pas détaillé, que certains tribunaux aient recours au critère de l'essence du contrat pour déterminer quelles obligations représentent la part prépondérante de la relation contractuelle des parties. Ce critère consiste à déceler l'objet principal du contrat, ce pourquoi il a été conclu. En cas de conflit entre un acheteur et un vendeur, le juge va tenter de connaître la volonté des parties au moment de la conclusion du contrat afin de savoir si la raison d'être de leur convention était plutôt la fourniture de marchandises ou celle de services et de main d'œuvre. En d'autres termes le juge déterminera «la part prépondérante» de la relation contractuelle en fonction du but premier et essentiel qui a uni les cocontractants. Cette analyse est confortée par les travaux préparatoires de la Convention, qui démontrent que la proposition faite par le Royaume-Uni visant à remplacer l'expression «*predominant part*» par celle de «*major part in value*» a été rejetée⁵³.

Un cas où il apparaissait nettement que l'objectif poursuivi par les parties à un contrat était l'obtention et la fourniture d'une prestation de service en particulier plutôt que l'acquisition d'un bien, a été jugé par la Cour de Cologne en 1994⁵⁴. Le contrat conclu entre une entreprise allemande et une entreprise suisse portait sur la réalisation d'une étude de marché commandée

⁵² Id., dans le même sens que la cour d'appel de Grenoble (*Fa. N. GmbH v. Fa. N. GesmbH & Co KG*), préc., note 40, (*Maraldi S.P.A. c. Intesa BCI S.p.A., National Bank of Egypt, H.U. Gas Filling Plant Aswan USAMA*), (16 février 2009), (Tribunal de Forlì), en ligne : <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090216i3.html#cx>> (consulté le 17 mars 2010), Décision rendue dans l'affaire n° 356/1999, Tribunal of International Commercial Arbitration, 30 mai 2000, la Russie, en ligne : <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=874&step=Abstract>> (consulté le 17 mars 2010)

⁵³ N. WATTÉ et A. NUYTS, préc., note 39, 372-373

⁵⁴ Affaire n° 19 U 282/93, appel, (26 août 1994), (Oberlandesgericht Köln), en ligne : <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940826g1.html#cabc>> (consulté le 17 mars 2010)

par la première entreprise à la seconde. La cour a constaté, après s'être référée à la version officielle de la Convention dans sa version anglaise ainsi que française, que le fait que l'étude soit rédigée et transmise dans un rapport écrit ne lui permettait pas d'être considérée comme un objet matériel, corporel, tel que typiquement vendu dans un cadre commercial. Il s'agissait en réalité d'un travail purement intellectuel dont la transcription dans un rapport n'était que secondaire et ne satisfaisait pas l'objet de la vente commerciale, qui est avant tout de transférer la propriété et la possession d'un bien.

Il n'est pas rare que les tribunaux mélangent les deux procédés d'évaluation. Ce raisonnement a été adopté par la Cour d'appel autrichienne dans une décision datant du 18 décembre 2007⁵⁵. La Cour a en effet affirmé que le facteur quantitatif ne constitue pas l'unique critère de détermination de la part prépondérante des services fournis par le vendeur et qu'il y a lieu de considérer les autres éléments essentiels qui entourent le contrat tels que l'intérêt des parties. Les termes employés par cette Cour sont les suivants :

«The quantitative balance does not constitute the sole requirement in respect to the question whether the supply of services is predominant. In addition, further components have to be taken into account in each case such as in particular the interest of the parties as regards the remaining performances.»

It is true that it has been established in the present case that the price for the delivery of the steel is considerably higher than the price for the laying. This, however, does not suffice to decide whether the element relating to the sale was predominant in the present case - as can be seen from the aforementioned legal position.»⁵⁶

Malgré la donnée économique qui aurait pu être déterminante en l'espèce, la cour a poursuivi son raisonnement en tenant compte du facteur de l'essence même du contrat.

Maintenant que ces précisions sont apportées quant à la manière de «calculer» la part prépondérante d'une obligation, il convient de se pencher sur la teneur des prestations à prendre en compte pour l'application de l'article 3.2 de la Convention.

⁵⁵ Affaire n° 1 R 273/07t, appel, (18 décembre 2007), (OLG, Autriche), en ligne : <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/071218a3.html#cabc>> (consulté le 17 mars 2010)

⁵⁶ Id.

§2- L'objet du contrat mixte :

Ainsi qu'il a déjà été souligné, les simples contrats de vente traditionnels se rencontrent peu dans la pratique des échanges internationaux. Les contrats complexes sont bien plus fréquents, la fourniture de marchandises étant accompagnée de prestations supplémentaires telles que l'installation ou le montage de biens d'équipement, la formation du personnel qui entretiendra le matériel, l'assistance au démarrage, les travaux de recherche ou d'ingénierie préalables à la fabrication, l'obligation de respecter une exclusivité, etc⁵⁷. Dans ces cas de figure, la question qui se pose est celle de savoir si le contrat conclu constitue davantage un contrat de fourniture de marchandises ou plutôt un contrat de services. De la réponse à cette question dépend l'application ou non de la Convention. Il convient donc dans chaque cas d'identifier les prestations de fourniture de services ou de main d'œuvre parmi l'ensemble des obligations du «vendeur».

Une difficulté rencontrée dans la pratique découle de l'existence de deux types de ces prestations de services. Les premières sont celles qui sont entièrement séparables de la fourniture de biens par le vendeur. Il s'agit par exemple de l'installation du matériel, d'un service après vente ou de la formation du personnel⁵⁸. La part prise par ces prestations sera sans aucun problème comparée avec celle relative à la fourniture de biens.

Le second type de prestation est plus problématique. Il s'agit des prestations de services ou de main d'œuvre qui «*s'incorporent à la chose elle-même*»⁵⁹. Est visé ici le travail du vendeur pour concevoir, fabriquer ou produire la marchandise. A la lecture de l'article 3.1, qui dispose que sont «*réputés ventes*» les contrats de fourniture de marchandises «*à fabriquer ou à produire*», on peut affirmer que l'application de la Convention n'est pas automatiquement exclue par la circonstance que le vendeur fournit la main d'œuvre nécessaire à la fabrication de la marchandise. La question est de

⁵⁷ N. WATTÉ et A. NUYS, préc., note 39, 370

⁵⁸ Id.

⁵⁹ Id., p. 380 et suiv.

savoir si ce type de prestation de service constitue une «*fourniture de main d'œuvre ou d'autres services*» au sens de l'article 3.2 de la Convention. En d'autres termes, la Convention est-elle exclue dans le cas où cette prestation de service incorporée à la chose constitue une part prépondérante de l'obligation du vendeur?⁶⁰

Certaines juridictions, approuvées par une partie de la doctrine, ont répondu positivement à cette question. C'est le cas de la Cour d'appel de Paris⁶¹, dans un arrêt du 14 juin 2001 qui concernait une commande de panneaux de verre feuilleté qui devaient être fabriqués par le vendeur. Ce dernier soutenait que la Convention n'était pas applicable en raison de la part prépondérante que représentait la fabrication des panneaux par rapport à l'ensemble de ses obligations. Tout en reconnaissant que le travail de fabrication avait une valeur supérieure à la matière première utilisée, la Cour a rejeté ce moyen en affirmant que ledit travail «*ne saurait être considéré comme une fourniture de main d'œuvre ou une prestation de service au sens de l'article 3,2*». Certains auteurs ont approuvé ce raisonnement en considérant qu'effectivement, l'article 3.2 de la Convention vise une fourniture de main d'œuvre ou d'autre services «*distincte de la fourniture de marchandises*»⁶².

D'autres tribunaux⁶³ ont au contraire vérifié si le travail de fabrication consistait ou non en une part prépondérante des obligations du fournisseur. Dans ce sens, il a été considéré par certains que l'article 3.2 a pour effet d'exclure «*la commande d'une pièce unique, qui doit répondre aux attentes spécifiques de l'acheteur*»⁶⁴. Un exemple est celui du contrat visant à la réalisation d'un portrait sur pose. Ce contrat serait exclu du champ d'application de la Convention car la part prépondérante de l'obligation du

⁶⁰ Id., p. 381

⁶¹ Paris, 14 juin 2001, J.D.I. 2002.483, obs. Witz

⁶² Id., p. 490

⁶³ Affaire du (7 mai 1997), (RA Laufen des Kantons Berne), en ligne :

<<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930507s1.html>> (consulté le 25 mars 2010)

⁶⁴ P. WAUTELET, préc., note 35, n°24, 406

«vendeur» n'est pas la fourniture de marchandises, à savoir la toile et la peinture, mais bien la fourniture de main d'œuvre⁶⁵.

Cela dit, pour les partisans de cette théorie, ce n'est pas la valeur financière de la fourniture de matières premières par rapport à celle de la main d'œuvre qui doit être prise en compte, sans quoi la plupart des produits manufacturés seraient exclus du domaine de la Convention. Il a dès lors été proposé de retenir le critère de la «*destination des efforts de conception*»⁶⁶. Ceux-ci ne devraient être considérés que lorsqu'ils «*profitent exclusivement à l'acheteur*»⁶⁷, comme dans le cas du portrait sur pose. Ce ne serait au contraire pas le cas du travail d'ingénierie nécessaire lors de la fabrication d'un produit standard vendu en série à un nombre indéterminé de personnes⁶⁸. Un exemple d'application de cette théorie est la fourniture de logiciels standards ou spécialisés. Cet exemple sera développé lors de l'analyse de la notion de marchandise. Avant d'aborder cette problématique, il reste à envisager le seul cas d'application en pratique de la théorie de la divisibilité des contrats, à savoir les contrats de distribution commerciale.

§3- Les contrats de distribution commerciale :

Un accord de distribution commerciale contient en général deux types de contrats. Le premier est un contrat-cadre de type concession de vente exclusive ou contrat de franchise, qui définit en quelque sorte les conditions générales de l'ensemble des relations futures des parties contractantes. En exécution de ce contrat-cadre, les parties concluent par la suite des contrats d'application successifs, c'est-à-dire des contrats de vente individuelle de marchandises en fonction des besoins concrets du distributeur.

Traditionnellement, la doctrine enseigne que les contrats-cadre portent essentiellement sur la fourniture de services par le distributeur et sont, à ce titre, exclus du champ d'application de la Convention, au contraire des

⁶⁵ N. WATTÉ et A. NUYS, préc., note 39, 381-382

⁶⁶ P. WAUTELET, préc., note 35, n°24, 406

⁶⁷ Id.

⁶⁸ N. WATTÉ et A. NUYS, préc., note 39, 382

contrats d'exécution. Selon cette doctrine majoritaire⁶⁹, appliquée massivement par la plupart des juridictions, il y a lieu d'analyser séparément des deux types de contrat, l'un au regard de la Convention et l'autre au regard de la loi nationale applicable, ce qui en substance revient à un dépeçage de la relation des parties. Cette règle est présentée comme une règle rigide et absolue, tant par la doctrine que par la jurisprudence dans laquelle on retrouve invariablement la même affirmation selon laquelle «*la Convention est inapplicable au contrat de concession de vente exclusive, tandis qu'elle s'applique aux ventes individuelles conclues en exécution de ce contrat*»⁷⁰.

Quelques auteurs minoritaires⁷¹ jugent cette distinction trop stricte et insatisfaisante. Selon eux, ce dépeçage systématique de la relation contractuelle des parties à un contrat de distribution entraîne d'une part certaines difficultés pratiques, et d'autre part est contraire au système sur lequel se fonde l'article 3 de la Convention.

Les principales difficultés pratiques sont liées au fait que les questions relevant du contrat-cadre et celles découlant du contrat d'application ne sont pas nettement départagées étant donné que l'objet du premier contrat est de fixer les règles qui devront être suivies lors des ventes ultérieures. La résolution du litige portant sur l'un des contrats aura inmanquablement des répercussions sur l'autre.

⁶⁹ F. FERRARI, *Contrat de vente internationale. Applicabilité et applications de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, préc., note 2, V. HEUZÉ, *La vente internationale de marchandises*, préc., note 31, J. O. HONNOLD, préc., note 27, P. WAUTELET, préc., note 35

⁷⁰ (*Box Doccia Megius v. Wilux International BV*), Affaire n° 550/92 SKG, (16 juillet 1992), (Gerechtshof's Amsterdam), en ligne :

<<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=35&step=FullText>> (consulté le 25 mars 2010), Affaire n° 2 U 1230/91, (17 septembre 1993), (Oberlandesgericht Koblenz), en ligne :

<<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=64&step=FullText>> (consulté le 25 mars 2010), Affaire n° 11 95 123/357, (8 janvier 1997), (Obergericht Kanton Luzern), en ligne :

<<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=241&step=FullText>> (consulté le 25 mars 2010),

(*W. v. R.*) Décision rendue dans l'affaire n° 8611/HV/JK, Cour international d'arbitrage de la CCI, 23 Janvier 1997, Paris, en ligne :

<<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=229&step=FullText>> (consulté le 25 mars 2010), voir toute la jurisprudence citée à ce sujet par N. WATTÉ et A. NUYS, préc., note 39, 391

⁷¹ Jean THIEFRY, «La convention de vienne et les contrats de distribution», (1993) t.19, vol. 2 *D.P.C.I.* 62, 62 et suiv.

Plus fondamentalement et ainsi qu'il a été relevé plus haut, cette théorie du dépeçage est contraire à l'approche globale et unificatrice de l'article 3.2 de la Convention qui, à certaines conditions, fait rentrer un contrat mêlant des prestations de vente et de services dans le champs d'application de la Convention en le considérant comme un seul et même contrat. Rien ne justifie que cette solution ne soit pas adoptée également dans le cadre des contrats de distribution. Les contrats-cadre et les contrats d'exécution font bien partie de la même relation contractuelle. Or dans cette relation globale, il ne fait aucun doute que la part prépondérante de l'obligation du vendeur-concédant consiste en la fourniture de marchandises. Le fait que l'obligation principale de l'acheteur-distributeur soit une obligation de prestations de services n'a aucune incidence dans le cadre de l'application de l'article 3.2 de la Convention. L'argument de la doctrine majoritaire consistant à soutenir que le contrat-cadre ne remplit pas les conditions de précision des marchandises et de fermeté de l'offre imposées par l'article 14 de la Convention est sans fondement lorsque l'on envisage globalement le contrat-cadre et le contrat d'exécution⁷². Il est évident toutefois que, si la Convention s'applique à l'ensemble de la relation contractuelle, elle ne régira que les aspects du contrat dont les matières sont régies par les règles uniformes. Pour le reste, la loi nationale désignée s'appliquera.

Quelques décisions jurisprudentielles vont dans le sens de cette position doctrinale et méritent d'être évoquées. L'une a été rendue par une juridiction néerlandaise⁷³ dans une affaire où un concessionnaire invoquait la non-conformité des marchandises et la violation de son droit exclusif de distribution. Le juge a relevé que la relation contractuelle des parties comprenait à la fois des prestations de services et de fourniture de marchandises et a considéré que la Convention était applicable sur la base de son article 3. Le juge a appliqué le droit uniforme au problème de la non-

⁷² Pour une analyse plus détaillée de cette position, voir N. WATTÉ et A. NUYTS, préc., note 39, 395

⁷³ (*G. Mainzer Raumzellen v. Van Keulen Mobielbouw Nijverdal BV*), Affaire n° roltnrs. 97/700 and 98/046, (27 avril 1999), (Hof Arnhem), en ligne : <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=391&step=FullText> (consulté le 25 mars 2010)

conformité des marchandises et le droit national au problème de la violation du droit exclusif de distribution.

Une seconde décision a été rendue dans une affaire de concession exclusive par la Cour d'arbitrage de la CCI⁷⁴. Les arbitres ont rappelé les termes de l'article 3.2 de la Convention et ont considéré que *«la Convention elle-même favorise l'application d'une loi unique, celle voulue par les parties, au fond du litige»*. Ils ont jugé en l'espèce que *«lorsque l'on considère la relation d'affaire de manière globale, l'élément de vente l'emporte sur celui de la distribution»*. Les arbitres ont décidé que la Convention devait s'appliquer car la relation globale des parties était bien une vente au sens de l'article 3.2 de la Convention⁷⁵.

Lorsqu'une juridiction saisie d'un conflit a déterminé que l'accord des parties constituait bien un contrat de vente au sens de l'article 3 de la Convention, il devra ensuite vérifier que la vente porte sur des marchandises. La définition de cette notion et les hésitations rencontrées font l'objet du second chapitre.

⁷⁴ Décision rendue dans l'affaire n° 8817, Cour internationale d'arbitrage de la CCI, décembre 1997, Paris, *Bull. CI Arb. CCI*, vol.10, n° 2, 1999, p. 75

⁷⁵ Toute la question sur les contrats de distribution a été fondée sur l'analyse de N. WATTÉ et A. NUYS, préc., note 39, p. 390 et suiv.

Chapitre II : De la marchandise

La Convention ne s'appliquera que si le contrat conclu porte sur la fourniture de «marchandises». Une nouvelle fois, la Convention ne définit pas cette notion mais se limite à exclure à son article 2 certains biens de son champ d'application en raison de leur destination, de leur genre ou de la spécificité de la situation dans laquelle ils sont vendus. Ce terme a par conséquent soulevé certaines interrogations au sein de la jurisprudence. Aucun problème ne se pose lorsque l'objet du contrat porte sur la vente de marchandises telles que chacun la conçoit habituellement, c'est-à-dire des biens mobiliers, corporels et tangibles. Ainsi par exemple la Convention a trouvé à s'appliquer lors de contrat de vente de meubles, de vêtements, de produits alimentaires, de ferrailles et même d'animaux tels que des éléphants de cirque⁷⁶ des moutons⁷⁷ ou encore des lapins d'élevage⁷⁸. Les exclusions prévues par la Convention méritent toutefois quelques éclaircissements, ce qui fera l'objet de la section première. Enfin, des controverses sont apparues en ce qui concerne les objets incorporels et intangibles tels que les logiciels, le savoir faire (know-how), les marques de commerce et les créances. Celles-ci seront exposées à la section deuxième.

Section 1 : Les marchandises exclues

L'article 2 de la Convention dresse une liste excluant de son champ d'application les contrats portant sur la vente de certains biens, même mobiliers, corporels et tangibles. Il dispose en effet que :

«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

⁷⁶ Paris, 14 janv. 1998 : *Unilex.info* en ligne : <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=278&step=FullText> (consulté le 25 mars 2010)

⁷⁷ Affaire n° 4 O 369/99, (19 janvier 2001), (LG Flensburg), en ligne : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/010119g1.html#cx> (consulté le 25 mars 2010)

⁷⁸ (*Ostroznik Savo v. La Faraona soc. coop. a.r.l.*), (11 janvier 2005), (Tribunal de Padova), en ligne : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050111i3.html#cx> (consulté le 25 mars 2010)

conclusion ou lors de la conclusion du contrat, n'ait pas su et n'ait pas été censé savoir que ses 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, aéroglisseurs et aéronefs;**
- f) D'électricité.»**

La première exclusion porte sur les biens de consommation, c'est-à-dire les biens acquis pour «*un usage personnel, familial ou domestique*». La protection du consommateur est d'une importance telle que les régimes juridiques nationaux lui consacrent une réglementation particulière⁷⁹ qui risquerait d'entrer en contradiction avec les dispositions de la Convention si celle-ci devait s'appliquer.

Cette exclusion n'est toutefois pas radicale. En effet, l'article 2(a) de la Convention introduit une exception à cette exclusion en précisant «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 ses marchandises étaient achetées pour un tel usage»⁸⁰. En d'autres termes, la Convention est applicable lorsque le vendeur avant ou au moment de la

⁷⁹ Le législateur tunisien par exemple a promulgué une loi spécifique concernant le consommateur à savoir *La loi n°: 92-117 du 7 décembre 1992* relative à la protection du consommateur, énonçant quatre obligations principales :

L'obligation de sécurité: Les produits doivent présenter les garanties de non nuisance pour le consommateur...

L'importateur ou le premier exposant du produit sur le marché doit s'assurer de la conformité de ses marchandises aux règlements et normes en vigueur...

L'obligation de loyauté: Le législateur a considéré comme étant contraire à la bonne foi contractuelle et non conforme à l'honnêteté des transactions économiques toute production, exposition à la vente ou distribution de produits tout en sachant qu'ils sont toxiques, falsifiés, frauduleux ou détériorés de même que toute tromperie envers le client, sous quelque forme que ce soit.

L'obligation d'information: La meilleure protection que l'on puisse donner au consommateur consiste à garantir son droit à l'information concernant tout ce qui se rapporte au produit qu'il désire acquérir.

L'obligation de garantie: Le législateur a imposé à tout fournisseur le devoir de garantie. Tout accord ou condition de non garantie est nul et non avenu.

⁸⁰ Notre soulignement

conclusion du contrat de vente ne pouvait pas connaître la destination ou le but de l'acquisition des biens vendus. Pour illustrer cette situation, nous emprunterons l'exemple suivant donné par Claude Witz⁸¹. Il s'agit du cas où un avocat français commande auprès d'un vendeur belge une chaise de bureau et utilise pour ce faire du papier à l'en-tête de son cabinet. Il a toutefois l'intention d'utiliser le bien à titre privé, à son domicile et non à son bureau. Le vendeur belge a dans ce cas légitimement pu ignorer la destination privée de l'achat.

Dans une affaire de vente de voiture de marque «Lamborghini», la cour suprême autrichienne⁸² a décidé de la non application de la Convention car le véhicule était destiné à un usage purement personnel. La cour a toutefois ajouté que la Convention aurait pu être appliquée dans le cas d'espèce si le vendeur avait soutenu et apporté la preuve qu'il ne savait ni n'aurait dû savoir que la voiture avait été achetée pour l'usage personnel du client. La preuve de l'ignorance légitime de l'utilisation à des fins privées incombe donc au vendeur. Il s'agit de l'application du principe bien établi relatif au fardeau de la preuve selon lequel *«ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat»*, c'est-à-dire que *«La partie qui souhaite tirer des avantages juridiques d'une disposition est tenue de prouver l'existence des préalables de fait pour cette disposition, d'autre part, la partie qui fait valoir une exception doit prouver les préalables de fait pour cette exception.»*⁸³

Par ailleurs, l'exclusion de l'article 2 de la Convention concerne toute marchandise vendue aux enchères (art 2(b)) et sur saisie ou de quelque autre manière par autorité de justice (art 2 (c)). Cette exclusion est justifiée par le fait que ce type de vente est régi par des dispositions nationales souvent impératives et qui diffèrent totalement des transactions commerciales

⁸¹ P. SCHLECHTRIEM et C. WITZ, préc., note 11, p. 45

⁸² Affaire n° 10 Ob 1506/94, arrêt, (11 février 1997), (Oberster Gerichtshof), en ligne : <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=283&step=Abstract> (consulté le 17 mars 2010)

⁸³ F. FERRARI, *Contrat de vente internationale. Applicabilité et applications de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, préc., note 2, p. 105

classiques dans le sens où les parties ne maîtrisent ni la négociation ni l'opération⁸⁴.

Les ventes relatives aux valeurs mobilières, effets de commerce et monnaie sont également exclues du champ d'application de la Convention en vertu de l'article 2(d) car elles sont elles-aussi soumises à une réglementation nationale particulière et généralement impérative. On relève toutefois que la vente documentaire de marchandises de même que la monnaie ayant une valeur historique et étant considérée comme une antiquité sont quant à elles régies par la Convention.

Quant à l'exclusion relative aux navires, bateaux, aéroglisseurs et aéronefs prévue à l'article 2(e), elle est justifiable par la circonstance que certains pays, comme la Tunisie, considèrent ces biens comme des immeubles et les soumettent aux lois régissant les immeubles telles que l'enregistrement. De par cette nature immeuble, ces objets ne peuvent pas être gouvernés par la Convention. Une exception a toutefois été admise pour les articles de sport tels que les canots à rame, les voiliers ou les planches à voile qui rentreront dans le champ d'application de la Convention. Il reste à déterminer si la vente d'éléments qui constituent ces bateaux ou ces avions, tels que les moteurs par exemple, rentre ou non dans le champ d'application de la Convention. La doctrine est partagée à cet effet. Certains auteurs penchent pour l'application de l'exception lorsque ces composants sont essentiels à la fabrication, tandis que d'autres estiment que ces éléments constituent des marchandises à part dont la vente doit à ce titre être régie par la Convention⁸⁵.

La dernière exclusion énoncée par l'article 2 de la Convention concerne l'électricité. D'après certains auteurs, cette exclusion ne semble «*trouver aucune justification valable*»⁸⁶, si ce n'est que dans certains systèmes juridiques, cette énergie n'est pas considérée comme étant une marchandise.

⁸⁴ K. H. NEUMAYER, C. MING et F. DESSEMONTET, préc., note 33, p. 57

⁸⁵ F. FERRARI, *Contrat de vente internationale. Applicabilité et applications de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, préc., note 2, p.112-113

⁸⁶ Id.

Cette exclusion reste injustifiée dans la mesure où d'autres sources d'énergies comme le gaz ou le pétrole rentrent dans la catégorie des marchandises et sont à ce titre régis par la Convention.

Cela nous mène à la question très controversée de savoir si la Convention régit certaines marchandises qui, bien que transportables, ne sont pas palpables.

Section 2 : Les marchandises : objets mobiliers, incorporels et intangibles

La question de savoir si les objets mobiliers, incorporels et intangibles peuvent être considérés comme des marchandises au sens de la Convention a soulevé de nombreux débats. L'objet mobilier, incorporel et intangible qui a suscité le plus de controverses à ce sujet est le logiciel informatique. La jurisprudence a suivi le raisonnement développé par la doctrine dominante et par P. Schlechtriem⁸⁷ en particulier, selon lequel la Convention s'applique à la vente de logiciels standards incorporés dans un support matériel tels que le CD-ROM, une puce ou encore une disquette mais pas à celle de logiciels spécialisés. La justification de cette théorie repose sur le fait que le logiciel standard est un bien produit en série, contrairement au logiciel spécialisé qui est créé pour répondre spécifiquement aux exigences d'un acheteur en particulier et qui prend donc plus la forme d'une fourniture de services que d'une vente.

⁸⁷ Peter SCHLECHTRIEM, «Uniform Sales Law. The Experience with Uniform Sales Laws in the Federal Republic of Germany», Institute of international commercial law, Pace law school, en ligne :

<<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlech2.html>> (consulté le 25 mars 2010), cet auteur soutient l'idée que la CVIM soit applicable aux logiciels standard et que les logiciels spécialisés soient exclus de son champ d'application, il dit à cet effet que: «*If the contract concerns so-called standard software, i.e., a program not designed especially to meet a specific customer's demands, and if this program is recorded on a disk or tape, one could argue that the object of the sale falls under the Convention since it is movable and therefore "goods" [...]. But if the software is specifically designed for a customer, I would regard this as a contract in which a preponderant part of the obligation consist in the supply of certain services and therefore excluded from the Convention by Art. 3(2).*»

Certains auteurs⁸⁸ estiment que cette distinction entre logiciels standards et spécialisés rejoint la distinction entre la vente et le contrat d'entreprise, et va à l'encontre de l'article 3.1. Selon eux, le logiciel sur commande est une marchandise «à fabriquer ou à produire» qui relève normalement du domaine de la Convention. La circonstance qu'il soit fabriqué en suivant les prescriptions particulières fournies par «l'acheteur» n'entraîne pas d'office l'inapplication du droit uniforme.

Un autre point de vue est celui de dire que cette distinction se base, ainsi que nous l'avons relevé lors de l'analyse de l'exception de l'article 3.2, sur la théorie selon laquelle le contrat sort du domaine d'application de la Convention en vertu de l'article 3.2 lorsque les prestations de conception et de création d'une marchandise sur mesure représentent une part prépondérante de l'obligation du «vendeur»⁸⁹.

La Cour de Cologne⁹⁰ a repris cette distinction entre logiciels standard et spécialisés en indiquant dans un dictum que :

«(...) les logiciels standards peuvent être vus comme des objets mobiliers corporels et de ce fait, considérés comme des «marchandises» selon les termes de la convention. Un logiciel ne peut certainement pas être considéré comme un objet corporel lorsque le contrat concerne la mise au point d'un logiciel spécifique; un tel contrat est un contrat de service (...).»⁹¹

Par ailleurs, l'applicabilité de la Convention aux programmes informatiques a soulevé la question de leur tangibilité. Selon la doctrine majoritaire, pour que les logiciels soient régis par la Convention, ils doivent constituer une marchandise palpable et transmissible et leur acquéreur doit pouvoir être en leur possession. Si les logiciels fixés sur un support matériel ne présentent aucune difficulté, les logiciels téléchargeables sur une base de données en ligne relèvent quelques complexités. Certains auteurs se sont basés sur l'exclusion de l'électricité par l'article 2(f) pour exclure les logiciels

⁸⁸ N. WATTÉ et A. NUYTS, préc., note 39, 384, P. SCHLECHTRIEM et C. WITZ, préc., note 11, p. 48

⁸⁹ *Supra*, p. 16, N. WATTÉ et A. NUYTS, préc., note 39, p. 386

⁹⁰ Affaire n° 19 U 282/93, préc., note 54

⁹¹ Thomas BEVILACQUA, «L'article 3 de la convention de Vienne et les contrats complexes dans le domaine de l'informatique : une lecture de la jurisprudence pertinente», (2005), 50 *R.D Mc Gill*, 553, p. 580

téléchargeables du champ d'application de la Convention, tandis que d'autres pensent que le téléchargement n'est qu'un moyen de transmission et ne constitue en aucun cas un élément déterminant pour l'application ou la non application de la Convention, l'essentiel étant le transfert du logiciel du vendeur à l'acheteur. Watté et Nuyts se prononcent en faveur de cette dernière théorie et affirment que la notion de marchandise doit être entendue de manière large. Ils précisent que *«S'il serait excessif d'appliquer la convention aux objets strictement intellectuels –il ne saurait être question par exemple d'y soumettre la cession d'un droit d'auteur ou la licence de l'utilisation d'un brevet- force est de constater que le logiciel ne constitue pas un objet purement intellectuel, même lorsqu'il est transmis par voie électronique. L'opération même de téléchargement implique la transmission physique de certaines données d'un ordinateur à un autre. Il y a, si l'on veut, une livraison matérielle qui s'opère entre deux lieux distincts, même si celle-ci ne porte que sur des codes informatiques permettant de réaliser certaines opérations sur l'ordinateur d'accueil.»*⁹²

Cette approche libérale d'intégrer aussi bien les éléments tangibles qu'intangibles dans le champ d'application de la Convention a été adoptée par un tribunal allemand qui a jugé que *«the CISG applied to the sale of the computer chip, since, within the meaning of the Convention, "goods" includes all tangibles and intangibles that might be the subject of an international sales contract, which would include computer software (article 1(1) CISG).»*⁹³

Cette approche ne fait toutefois pas l'unanimité et une incertitude persiste en raison de la particulière des logiciels et du grand vide qui caractérise leur régime juridique. Étant donné l'importance que revêt le secteur informatique dans le commerce international, il serait certainement pertinent d'envisager l'élaboration d'un droit uniforme à ce sujet.

⁹² N. WATTÉ et A. NUYS, préc., note 39, 385

⁹³ Affaire n° 2 U 1230/91, préc., note 70, en ligne : <http://www.cisg.law.pace.edu/cases/930917g1.html#cab> (consulté le 17 mars 2010)

Les créances et les parts sociales n'ont pas connu le même sort que les logiciels informatiques. En effet, un tribunal arbitral a été amené à décider de l'application de la Convention à un contrat de transfert d'une part sociale entre un associé hongrois d'une part et un associé allemand d'autre part. Le tribunal a estimé que la Convention ne s'appliquait exclusivement qu'aux contrats de vente dont l'objet est matériel, corporel et tangible, elle en a déduit par conséquent que le contrat de transfert d'un quota social ne pouvait pas être gouverné par la Convention⁹⁴.

Dans l'hypothèse où un accord constitue bien un contrat de «vente» portant sur des «marchandises» au sens de la Convention, il sera régi par le droit uniforme. La juridiction saisie devra toutefois tenir compte des articles 4 et 5 de la Convention qui excluent expressément certaines questions de droit matériel de son champ d'application. Le droit national applicable viendra dès lors régler ces matières particulières. L'étude de ces exclusions est l'objet du prochain chapitre.

⁹⁴ Décision rendue dans l'affaire n° AZ Vb 92205, cour internationale d'arbitrage de la CCI, 20 décembre 1993, la Hongrie, en ligne : <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=70&step=Abstract> (consulté le 17 mars 2010)

Chapitre III : Du droit substantif exclu par la convention

La Convention a pour objet d'établir des règles uniformes relatives à la formation du contrat de vente internationale de marchandises ainsi qu'à son exécution, ou plus précisément aux droits et obligations qui en découlent pour les parties. Certaines questions juridiques qui peuvent se poser dans le cadre d'une relation contractuelle ne sont expressément pas régies par la Convention. Ces exclusions ont en général pour origines de profondes divergences des droits nationaux, lesquels ont rendu toute solution uniforme impossible. C'est le cas des questions relatives à la validité du contrat et à celles concernant les effets que le contrat peut avoir sur la propriété des marchandises vendues (section 1), de même que les questions relatives à la responsabilité du fait des produits (section 2)

Section 1 : Les questions de validité du contrat et des effets que le contrat peut avoir sur la propriété des marchandises vendues

L'article 4 de la Convention énonce ce qui suit :

«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 celle des usages;*
- b) Les effets que le contrat peut avoir sur la propriété des marchandises vendues.»*

Cet article exclut du champ d'application de la Convention, sauf disposition contraire et dans une liste non exhaustive, d'une part les questions relatives à la validité du contrat, de ses clauses ainsi que de ses usages (§1) et d'autre part les questions relatives aux effets que chaque contrat produit sur la chose vendue (§2).

§1- La non application de la Convention aux questions relatives à la validité du contrat, de ses clauses ainsi que de ses usages :

Si, lors d'un contrat de vente internationale rentrant dans le champ d'application de la Convention, des questions relatives à la validité du contrat, de ses clauses ou de ses usages se posent, elles seront réglées, sauf disposition contraire de la Convention, par le droit national déterminé par la règle de conflit de loi.

Le terme «validité» n'est pas défini par la Convention. Il comprend de manière générale tout ce qui touche à la capacité, au consentement, à l'objet et à la cause du contrat. Par exemple en droit tunisien, la validité du contrat de vente est subordonnée à ce que sa cause et son objet soient licites, que les parties au contrat soient capables (capacité d'exercice et de jouissance) et que leurs consentements ne soient pas viciés par l'erreur, la violence et le dol⁹⁵.

L'absence de définition dans la Convention mène à des hésitations dans certaines situations limites, comme par exemple en cas de non-conformité de la chose vendue, question la plus âprement discutée. Est-ce ou pas un cas de vice de consentement et donc une question liée à la validité des contrats régie par les droits nationaux?

À ce sujet, la cour de commerce belge a, dans un cas de défaut de conformité de la marchandise vendue, répondu par la négative en fondant son

⁹⁵ La validité du contrat est traitée dans le code des obligations et des contrats tunisien(COC) dans l'article deuxième du chapitre premier, intitulé «des obligations qui dérivent des conventions et autres déclarations de volonté», du titre II du premier livre. Cet article énonce ce qui suit :

«Les éléments nécessaires pour la validité des obligations qui dérivent d'une déclaration de volonté sont :

- 1) La capacité de s'obliger ;
- 2) Une déclaration valable de volonté portant sur les éléments essentiels de l'obligation ;
- 3) Un objet certain pouvant former objet d'obligation ;
- 4) Une cause licite de s'obliger ;», dans le code civil du Québec (C.c.Q) on parle des obligations dans l'article 1371 qui, lui, énonce qu' «Il est de l'essence de l'obligation qu'il y ait des personnes entre qui elle existe, une prestation qui en soit l'objet et, s'agissant d'une obligation découlant d'un acte juridique, une cause qui en justifie l'existence.» Quant aux vices du consentement l'article 43 du COC prévoit qu' «Annulable le consentement donné par erreur, surpris par dol, ou extorqué par violence». Dans le C.c.Q les vices du consentement sont évoqués de l'article 1398 jusqu'à l'article 1408

jugement sur une partie de la doctrine qui considère que «*the system of the Convention would be disturbed if the buyer could claim the nullity of the contract based on error or mistake about the substantial quality of the goods*»⁹⁶.

Une théorie doctrinale, appliquée à plusieurs reprises par la jurisprudence⁹⁷, affirme que la Convention s'applique dans les situations de non-conformité de marchandises vendues parce qu'elle les traite de manière exhaustive dans ses articles 38⁹⁸ et 39⁹⁹. Ces articles imposent en effet la dénonciation, dans un délai raisonnable, des défauts de conformité de la marchandise vendue. Cette théorie est critiquée par un autre courant de la doctrine qui se fonde sur les termes de l'article 4 ainsi que sur les travaux préparatoires au cours desquels une proposition ayant pour but de refuser à l'acheteur le droit à l'annulation pour erreur tant qu'il peut faire valoir des prétentions pour non-conformité de la marchandise a été rejetée¹⁰⁰. D'après Claude Witz, cette controverse relative à l'erreur sur la qualité de la chose

⁹⁶ (*Bruggen Deuren BVBA. v. Top Deuren VOF*), Affaire n°A.R. 05/4177, (19 avril 2006), (Cour Commerciale de Hasselt), en ligne :

<<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060419b1.html#cx>> (consulté le 17 mars 2010)

⁹⁷ Affaire n° 43 O 136/92, (14 mai 1993), (Tribunal d'Aix-la-Chapelle), en ligne :

<<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930514g1.html>>, (consulté le 17 mars 2010), dans le même sens C. WITZ, *Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale (Convention des Nations Unies du 11 avril 1980)*, préc., note 43, p. 38-39

⁹⁸ Article 38 de la CVIM «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 déroutées 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 déroutage ou de cette réexpédition, l'examen peut être différé jusqu'à l'arrivée des marchandises à leur nouvelle destination.»

⁹⁹ Article 39 de la CVIM «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.»

¹⁰⁰ K .H. NEUMAYER, C. MING et F. DESSEMONTET, préc., note 33, p. 72

vendue reste «*exclusivement doctrinale*» et même si elle a été abordée par la jurisprudence, elle n'était que «*peu satisfaisante*»¹⁰¹.

Outre les questions relatives à la validité du contrat lui-même, la Convention renonce à régir la validité de n'importe quelles clauses contractuelles. Certaines d'entre elles, comme les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ou les clauses de garantie, sont pourtant habituelles dans les contrats internationaux de la vente et jouent même un rôle certain dans le développement du commerce international, dans la mesure où elles limitent pour les parties les risques inhérents à ce type de transaction¹⁰². Les systèmes juridiques nationaux ont très souvent développé diverses dispositions visant à neutraliser leurs effets et ce, pour des raisons économiques, juridiques et morales tellement différentes qu'il a été impossible de dégager une solution uniforme. Les auteurs de la Convention ont par conséquent préféré exclure ces clauses du champ d'application de la Convention afin de laisser les droits nationaux les régler.

Or, l'application des solutions nationales à des contrats du commerce international peut donner lieu à des résultats inadaptés. Les auteurs sont donc d'une manière générale d'accord pour apprécier la validité de certaines clauses, telles que les clauses exonératoires, élusives ou limitatives de responsabilité, à la lumière de la Convention. Le droit national désigné sera applicable mais la solution préconisée par ce droit pourra être écartée si elle est incompatible avec l'esprit de la Convention. Une telle interprétation de l'article 4 est soutenue par les règles d'interprétation de l'article 7¹⁰³ de la Convention.

Ce raisonnement a été adopté par les auteurs français¹⁰⁴ afin d'écartier une disposition du droit français interdisant la clause exonératoire de la garantie des vices cachés dans les contrats de vente entre un vendeur

¹⁰¹ C. WITZ, *Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale (Convention des Nations Unies du 11 avril 1980)*, préc., note 43, p. 38

¹⁰² Eid RAWACH, «La validité des clauses exonératoires de responsabilité et la convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises», (2001) 53 *R.I.D.C* 141, 142

¹⁰³ Article 7, préc., note 7

¹⁰⁴ E. RAWACH, préc., note 102, p. 146

professionnel et un consommateur ou entre des professionnels de spécialités différentes. Selon ces auteurs, cette solution semble tout d'abord contraire aux articles 35 et suivants de la Convention relatifs à la garantie de conformité. Ensuite, ils estiment que le droit interne français présuppose l'inégalité des parties et a pour objet de protéger la partie faible au contrat alors que la Convention s'applique normalement entre professionnels avisés et supposés égaux. La règle française n'est pas adaptée aux relations nées d'un contrat de vente internationale car elle est inspirée d'un esprit différent. Elle sera dès lors écartée.

D'autres auteurs estiment que, dans le respect du principe de bonne foi inhérent à la Convention, le principe de la liberté contractuelle établi à l'article 6 de la Convention¹⁰⁵ permettrait de «*mettre fin à l'éclatement du régime applicable à ces clauses gouverné par les droits nationaux, sur un point central du droit de la vente*»¹⁰⁶. Selon eux l'article 6 de la Convention, combiné à l'article 74¹⁰⁷ qui règle la question des dommages et intérêts dus suite au non respect des obligations par les parties, permettrait aux parties de négocier des clauses limitatives de responsabilité. L'article 6 permettrait également aux cocontractants de s'entendre sur une durée des clauses de garantie inférieure au délai légal de deux ans énoncé par l'article 39¹⁰⁸ de la Convention.

Cette démarche est séduisante certes, mais n'est reconnue que par une minorité d'auteurs, la majorité excluant toujours la validité des clauses contractuelles du champ d'application de la Convention et ce, sur base de l'article 4 de la Convention et des travaux préparatoires de la CNUDCI qui rappelons-le «*a rejeté, dans sa neuvième session, en septembre 1977, une*

¹⁰⁵ L'article 6 de la CVIM énonce que les parties peuvent librement déroger à tout ou partie de la convention, cet article va faire le sujet de la troisième partie de ce travail

¹⁰⁶ Claude WITZ, «CVIM. Interprétation et questions non couvertes», (2001) 3/4 *R.D.A.I* 253, 263

¹⁰⁷ Article 74 CVIM «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.»

¹⁰⁸ Article 39 CVIM, préc., note 99

disposition de l'avant-projet réglementant la validité des clauses exonératoires de responsabilité au motif que cette question devait relever des droits nationaux»¹⁰⁹.

Il convient par ailleurs de mentionner qu'en raison de l'exclusion de l'article 4, le droit national régira, outre les clauses limitatives de garantie et de responsabilité, les clauses pénales, les clauses attributives de juridiction, ainsi que les clauses de règlement des différends¹¹⁰.

Enfin, l'article 4 rejette du champ d'application de la Convention les questions relatives à la validité des usages. Ce point a été confirmé par la Cour suprême autrichienne qui explique que «*According to Art. 4(a), the Convention, unless expressly provided otherwise, does not govern the validity of usages. The question of validity must be assessed under national law*»¹¹¹.

Cette question doit être distinguée de celles traitées par l'article 9 de la Convention¹¹² qui concernent la définition des usages, les circonstances dans lesquelles ils lient les parties et leur relation avec les règles énoncées dans la Convention¹¹³.

¹⁰⁹ C. WITZ, «CVIM. Interprétation et questions non couvertes», préc., note 106, p263

¹¹⁰ Franco FERRARI, «Quelles sources de droit pour les contrats de vente internationale de marchandises? Des raisons pour lesquelles il faut aller au-delà de la CVIM», (2006) 3 *R.D.A./I* 403, 411

¹¹¹ Affaire n°10 Ob 344/99g, (21mars 2000), (Cour suprême d'Autriche), en ligne : <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000321a3.html>> (consulté le 17 mars 2010)

¹¹² Article 9 CVIM «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.»

¹¹³ Dans le même sens, Affaire n° 2 Ob 191/98x, (15 octobre 1998), (Cour Suprême d'Autriche), en ligne :

<<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981015a3.html#cx>> (consulté le 17 mars 2010), cette décision est d'une importance fondamentale dont le résumé est le suivant : «In this case, the Austrian Supreme Court held that trade usages to which the parties agreed, as well as practices they established between themselves, prevail over optional provisions of CISG. However, according to the Court, a party to an international sales contract has to be familiar only with those international trade usages that are commonly known and regularly observed by parties to contracts of that specific branch in the specific geographic area where the party in question has [seller] or [buyer]'s place of business. Whether the domestic 'Austrian Usages for the Trade with Lumber' constitute such a widely known and regularly observed international trade usage in cross-border sales of timber by an Austrian seller to an Italian buyer is a question of fact. In the

Il y a lieu enfin de rappeler que mis à part les matières explicitement exclues du champ d'application de la Convention, d'autres le seront implicitement, en raison du fait que la Convention ne prévoit aucune disposition les concernant. C'est le cas en autres des règles relatives à la capacité, à la représentation des parties, à la compensation, à la prescription, au fardeau de la preuve ou encore à la cession des créances.

§2- Les effets produits par le contrat sur la propriété des marchandises vendues :

L'article 4(b) exclut également du champ d'application de la Convention les questions relatives aux effets du contrat sur la propriété des marchandises vendues.

Cette exclusion est à nouveau justifiée par la grande divergence des différents systèmes juridiques sur cette question. En droit tunisien¹¹⁴, français¹¹⁵, québécois¹¹⁶ et canadien¹¹⁷ par exemple, la propriété d'un bien est transférée par le seul échange des consentements, au contraire des droits allemand, néerlandais et espagnol qui exigent la mise en possession matérielle préalable de l'acheteur.

La question des clauses de réserve de propriété, fréquemment utilisées dans les contrats de vente internationale, a souvent été abordée en pratique. Dans le cadre d'une faillite internationale par exemple, la clause de réserve de propriété permet au vendeur de revendiquer sa marchandise ainsi que d'échapper aux procédures classiques de recouvrement des créances. Il est

absence of any finding of fact on this issue, the Supreme Court had to remit this case to the Court of First Instance.", voir d'autres affaires en ligne: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/digest-art-04.html#26> (consulté le 17 mars 2010)

¹¹⁴ L'article 583 du COC énonce que «L'acheteur acquiert de plein droit la propriété de la chose vendue, dès que le contrat est parfait par le consentement des parties..»

¹¹⁵ L'article 1583 du Code Civil français précise en particulier que la « vente est parfaite entre les parties et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée, ni le prix payé. »

¹¹⁶ L'article 1453 C.c.Q énonce que «Le transfert d'un droit réel portant sur un bien individualisé ou sur plusieurs biens considérés comme une universalité, en rend l'acquéreur titulaire dès la formation du contrat, quoique la délivrance n'ait pas lieu immédiatement et qu'une opération puisse rester nécessaire à la détermination du prix.»

¹¹⁷ L'article 18 (1) du sale of goods Act énonce également que «if there is a contract for the sale of specific or determined goods the property in them is transferred to the buyer at the time that the parties to contract intend it to be transferred»

important de distinguer deux aspects de cette clause, l'une a trait aux droits des obligations et l'autre au droit des biens. Seul le second aspect est exclu du domaine de la Convention. Il concerne en effet les problématiques telles que le moment auquel un droit réel sur la chose est acquis ou les conditions nécessaires au transfert de propriété. Les solutions du droit national applicable seront dans ce cas mises en œuvre. Le premier aspect touchant aux droits des obligations vise plutôt les obligations contractuelles des parties, telles que par exemple le devoir de livrer la chose, d'en payer le prix ou les conditions de résolutions du contrat. Ces aspects restent régis par la Convention. Ils sont toutefois aménageables par les parties en vertu de leur liberté contractuelle consacrée à l'article 6 de la Convention¹¹⁸.

À côté de l'exclusion des questions de validité du contrat de ses clauses, et des effets produits par le contrat sur la propriété des biens, la Convention exclut également les questions liées à la responsabilité du fait des produits.

Section 2 : La responsabilité du fait des produits

La proposition faite par les délégations des États comme la Finlande, la France et les États-Unis d'exclure de la Convention toutes les réclamations fondées sur des décès ou des blessures causées par les marchandises a été accepté à Vienne et consignée dans l'article 5 de ladite Convention¹¹⁹ en ces termes précis :

«La présente Convention ne s'applique pas à la responsabilité du vendeur pour décès ou lésions corporelles causés à quiconque par les marchandises.»

Cet article élargit les exclusions énoncées dans l'article 4 de la Convention.

¹¹⁸ P. SCHLECHTRIEM et C. WITZ, note 11, p. 58-59

¹¹⁹ Peter SCHLECHTRIEM, «Uniform sales law. The UN- Convention on contracts for the international sale of goods», préc., note 26, en ligne : <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem-01.html> (consulté le 11 mars 2010)

Les principaux débats suscités par cette disposition concernent les dommages causés par le produit (§1) et les dommages causés au produit (§2).

§1- Les dommages liés à des lésions corporelles ou au décès causés par les produits :

Les défauts éventuels qui affectent les marchandises faisant l'objet d'un contrat de vente internationale peuvent être parfois de nature à causer un préjudice corporel à l'acheteur lui-même ainsi qu'aux acquéreurs et utilisateurs successifs. C'est le droit national applicable qui régira la question de la responsabilité du vendeur ainsi que toutes les réclamations économiques qui découlent de l'atteinte à l'intégrité corporelle, en ce compris la perte effective, un gain manqué ou le dommage moral. L'article 5 précité annonce en effet clairement la volonté du droit uniforme de ne pas régir la question de la responsabilité du fait des produits défectueux et de s'abstenir de causer une quelconque concurrence aux régimes juridiques nationaux en ce qui concerne les lésions corporelles et les décès causés par des marchandises vendues. Sur ce point, la qualité de la victime n'a aucune importance, les droits nationaux s'appliqueront tant dans les rapports entre le vendeur et l'acheteur, qu'à fortiori dans les rapports entre le vendeur et les tiers. Peu importe également la qualification contractuelle ou délictuelle donnée par les droits nationaux à leur régime de responsabilité¹²⁰.

L'exclusion de l'article 5 est plus délicate et controversée concernant l'action récursoire de l'acheteur contre le vendeur. L'hypothèse est celle du recours effectué contre le vendeur par l'acheteur qui aurait été condamné au paiement de dommages et intérêts pour les lésions corporelles ou le décès dont auraient été victimes un sous-acquéreur ou une tierce personne. La question est de savoir si la Convention est applicable ou non à ce recours.

¹²⁰ P. SCHLECHTRIEM et C. WITZ, note 11, p. 60

Une doctrine majoritaire défend l'inapplication de la Convention¹²¹. La justification de cette position repose tout d'abord sur les termes de l'article 5, soit «*décès ou lésions corporelles causés à quiconque par les marchandises*», qui semblent exclure d'eux-mêmes l'hypothèse d'un recours de l'acheteur suite aux atteintes corporelles subies par des tiers. En outre, les recours prévus par les droits nationaux n'étant généralement pas uniquement fondés sur le droit de la vente, les règles de la Convention ne pourront que partiellement s'y substituer¹²². Enfin, si l'action récursoire de l'acheteur était régie par la Convention, elle serait grandement limitée notamment par les dispositions relatives à la dénonciation des défauts de conformité (art 39.1) ou au délai butoir de deux ans (art 39.2)¹²³.

Une partie minoritaire de la doctrine considère toutefois au contraire que le dommage de l'acheteur en raison des préjudices corporels d'un tiers est d'une nature purement économique, ce qui justifie l'application de la Convention de Vienne¹²⁴. La majorité de la doctrine pense au contraire que même si le dommage de l'acheteur est de nature purement économique, la Convention reste écartée¹²⁵.

La Cour d'appel de Düsseldorf¹²⁶ n'a pas suivi la doctrine majoritaire et a appliqué le droit uniforme à une action récursoire intentée par un acheteur allemand contre un vendeur américain. Ce dernier lui avait vendu une machine défectueuse qui avait causé de nombreux dommages corporels aux employés du sous-acquéreur russe. La Cour d'appel allemande a appliqué la

¹²¹ Id., p. 61

¹²² Id.

¹²³ Id.

¹²⁴ Voir la doctrine cités par P. SCHLECHTRIEM et C. WITZ, note 11, p. 61

¹²⁵ Peter SCHLECHTRIEM, «Commentary on Oberlandesgericht Düsseldorf 2 July 1993», Institute of international commercial law, Pace law school, en ligne: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930702g1.html>> (consulté le 25 mars 2010), cet auteur confirme que «*The buyer himself has sustained no physical injuries and his liability is an economic loss often well within the bounds contemplated by the parties to the contract. In such a given scenario is his claim for damages excluded under Article 5 of the CISG, too? I think so, and so does the majority of scholars in Germany.*»

¹²⁶ Affaire n° 17 U 73/93, (2 juillet 1993), (OLG Düsseldorf), en ligne :

<<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930702g1.html>> (consulté le 25 mars 2010), voir les commentaires de P. SCHLECHTRIEM, *Id.* et de Joseph LOOKOFSKY, «OLG Düsseldorf 2 July 1993 - 17 U 73/93», Institute of international commercial law, Pace law school, en ligne: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930702g1.html>> (consulté le 25 mars 2010)

Convention et en particulier les dispositions des articles 1.1(b), 3.1, 45 et 74. La Cour dans cette affaire n'a tenu compte ni de la réserve formulée par les États-Unis quant à l'application de la Convention entre un État signataire et un État non signataire¹²⁷ ni des exclusions formulées par les articles 4 et 5. Malgré sa décision erronée, P. Schlechtriem pense que la Cour de Düsseldorf a au moins élucidé certains problèmes issus des codes et conventions. Il dit à cet effet que «*Hard cases make not only bad law, they can also elucidate gaps and problems of codes and conventions. This, at least, was achieved by the Düsseldorf Court of Appeals*»¹²⁸.

Il convient toutefois de relever que le dommage matériel causé à l'acheteur ne découlant pas d'une atteinte à l'intégrité corporelle reste par contre soumis à la Convention. Ce point est l'objet du second paragraphe.

§2- Les dommages causés aux biens :

Malgré la suggestion proposée lors de la conférence diplomatique pour une exclusion plus large du champ d'application de l'article 5¹²⁹, la question des dommages causés par les marchandises vendues aux biens de l'acheteur demeure régie par la Convention, et en particulier par son article 74¹³⁰.

Le tribunal commercial de Zürich a confirmé cette interprétation en affirmant que «*while damages such as death or personal injury caused by the defective goods are excluded from the scope of CISG (Art. 5 CISG), damages*

¹²⁷ La CVIM ne s'applique pas dans cette affaire parce que : 1) lors de la signature du contrat la convention n'était encore pas rentrée en vigueur en Allemagne (art 100 de la CVIM) et 2) Les États-Unis d'Amérique ont signé la réserve énoncé à l'article 95 de la Convention.

¹²⁸ P. SCHLECHTRIEM, «Commentary on Oberlandesgericht Düsseldorf 2 July 1993», préc., note 125 en ligne:

<<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930702g1.html>> (consulté le 25 mars 2010)

¹²⁹ Conférence des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises. Documents de la conférence et comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances des commissions principales, Doc. N.U. A/CONF.97/C.1/L.4, L.14, L.20, L.21 (12 mars 1980), p. 261-262, en ligne :

<<http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/sales/cisg/a-conf-97-19.pdf>> (consulté le 25 mars 2010)

¹³⁰ P. SCHLECHTRIEM et C. WITZ, préc., note 11, p. 62, ces auteurs expliquent qu'il «*n'est pas surprenant qu'un consensus n'ait pas pu se dégager en faveur de la mise à l'écart du droit uniforme pour les dommages aux biens causés par un défaut de conformité de marchandises*».

*caused by the leak of salted water to the buyer's premises is a question governed by CISG*¹³¹.

Il faut cependant souligner que la Convention ne régira pas le sort des dommages causés aux biens de tiers au contrat de vente internationale, la Convention ne régissant en vertu de son article 4 que les rapports qui naissent entre le vendeur et l'acheteur.

Un débat est apparu quant à l'applicabilité exclusive ou non de la Convention aux questions relatives aux dommages causés par les marchandises aux biens de l'acheteur. Tandis qu'un premier courant doctrinal affirme que la Convention s'applique de manière exclusive car elle *épuise les droits des parties sur les questions qu'elle couvre*¹³², un second courant considère qu'il appartient aux régimes juridiques nationaux de décider si une action délictuelle parallèle est recevable ou non. En effet, ces auteurs soutiennent que *«la responsabilité délictuelle touche au cœur des droits nationaux et repose sur des concepts de faute ou de défaut de sécurité étrangers à la convention»*¹³³. En tout état de cause, dans cette seconde thèse, les règles nationales relatives à la responsabilité délictuelle permettant la réparation de *«l'intérêt de l'acheteur attaché à l'exécution du contrat»*¹³⁴ devront être écartées, la Convention régissant exclusivement cet aspect. Les réclamations de dommage matériel fondées sur la relation contractuelle seront donc régies par la Convention et celles basées sur la responsabilité délictuelle seront parallèlement déterminées par le droit interne¹³⁵.

La jurisprudence est aussi partagée que la doctrine. Certains tribunaux admettent le concours des actions délictuelles prévues par les droits nationaux avec les actions basées sur la Convention, comme le tribunal de Zurich¹³⁶ et d'autres qui le rejettent¹³⁷.

¹³¹ Affaire n° HG 920670, (26 avril 1995), (HG Zürich), en ligne : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950426s1.html#cx> (consulté le 25 mars 2010)

¹³² P. SCHLECHTRIEM et C. WITZ, préc., note 11, p. 63

¹³³ Id.

¹³⁴ Id.

¹³⁵ K. H. NEUMAYER, C. MING et F. DESSEMONTET, préc., note 33, p. 81

¹³⁶ Affaire n° HG 920670, préc., note 131

Après l'analyse du champ d'application matériel de la Convention, il convient d'envisager son champ d'application spatial.

¹³⁷ P. SCHLECHTRIEM et C. WITZ, préc., note 11, p. 64

II- L'applicabilité spatiale de la Convention

Lorsqu'une transaction correspond aux critères d'une «vente internationale de marchandises», encore faut-il qu'elle rentre dans le champ d'application dans l'espace de la Convention pour que cette dernière s'applique.

Aux termes de l'article premier de la Convention, celle-ci s'applique en effet *«aux contrats de vente de marchandises entre des parties ayant leur établissement dans des états différents : a) lorsque ces États sont des États contractants; ou b) lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un État contractant.»*

L'application de la Convention à un contrat de vente de marchandises est donc subordonnée à une double condition. La première concerne l'internationalité de la vente, c'est-à-dire que l'acheteur et le vendeur doivent avoir leur établissement dans deux États différents (chapitre 1). La seconde a trait au nécessaire rattachement de la vente aux États parties à la Convention (chapitre 2).

Chapitre I : Le caractère international de la vente de marchandises

L'article 1 précité précise que la Convention s'applique aux contrats de vente de marchandises entre des parties ayant leur établissement dans des États différents. C'est donc uniquement le critère simple et purement personnel du lieu d'établissement des parties qui va déterminer le caractère international du contrat, contrairement au droit international privé qui considère une situation comme internationale dès qu'elle contient des points de rattachement avec plus d'un système juridique national. En l'occurrence, ni le lieu des pourparlers, ni celui de la formation ou de l'exécution du contrat n'influence l'applicabilité ou non de la Convention. Le seul critère du transfert de marchandises par-delà les frontières n'est pas suffisant pour que la Convention régisse cette vente. Réciproquement, dès lors que seul compte le critère de l'établissement des parties dans des États différents pour que le critère d'internationalité soit rempli, la Convention s'appliquera même en l'absence de transfert international de marchandises¹³⁸.

Le paragraphe 3 de l'article 1 de la Convention souligne par ailleurs que *«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.»* Ce paragraphe précise que la convention ne tient aucunement compte ni de la nationalité ou de la nature des parties -personne physique ou personne morale- ni de la nature du contrat -contrat à caractère civil ou contrat à caractère commercial- pour son applicabilité. Cette dernière précision relevant de la nature des contrats est assez importante dans la mesure où elle écarte toute confusion entre les différents systèmes juridiques qui distinguent le contrat civil du contrat commercial.

Les auteurs de la Convention ont toutefois voulu que l'application de la Convention soit prévisible par les parties. Ils ont donc précisé que la Convention ne régira une relation contractuelle que si les parties avaient

¹³⁸ N. WATTÉ et A. NUYTS, préc., note 39, 399

conscience de l'internationalité du contrat avant ou au moment de sa conclusion. Le paragraphe 2 de l'article 1^{er} dispose en effet que :

«Il n'est pas tenu compte du fait que les parties ont leur établissement dans des États 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.»

Les cas d'ignorance du caractère international d'une vente les plus fréquents sont les contrats conclus via internet et les contrats conclus par les intermédiaires. Ce dernier cas serait par exemple la situation où un acheteur établi en France commande un bien auprès de l'agent français d'une entreprise établie en Espagne. La Convention ne va s'appliquer que si il est reconnaissable que l'agent commercial agit pour le compte de l'entreprise établie en Espagne. Si l'agent n'a pas révélé ce lien et qu'il ne ressort ni du contrat, ni des négociations ou transactions antérieures, la Convention ne règlera pas le contrat¹³⁹.

Le critère de l'établissement des parties suscite certaines difficultés qu'il convient de relever. La première est liée à la définition de la notion d'établissement (section 1), la seconde concerne la vente réalisée par l'intermédiaire d'une agence ou d'une succursale de la société mère (section 2) et la dernière se pose en cas de pluralités d'établissements (section 3).

Section 1: Définition de la notion d'établissement

Malgré l'importance capitale de cette notion d'établissement, aucune définition n'est formulée par la Convention. Les délégations lors de la conférence de Vienne n'ont en effet pas pu se mettre d'accord sur une définition commune¹⁴⁰. Les délégations belges et argentines avaient suggéré que le lieu d'établissement soit le «lieu où la partie entretient un centre d'affaires permanent ayant le pouvoir de négocier ou de conclure, en son nom, des contrats de vente ou d'achat»¹⁴¹. Cette proposition fut rejetée lors de

¹³⁹ P. SCHLECHTRIEM et C. WITZ, préc., note 11, p. 15

¹⁴⁰ F. FERRARI, *Contrat de vente internationale. Applicabilité et applications de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, préc., note 2, p. 34

¹⁴¹ *Conférence des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises. Documents de la conférence et comptes rendus analytiques des séances plénières et des*

la rédaction définitive de l'article 10 qui traite des situations d'absence et de pluralité d'établissement¹⁴². Faute d'accord sur l'essence même de cette notion, celle-ci est restée sans définition. Toutefois il a été unanimement considéré qu'il s'agit, tout comme chacune des dispositions conventionnelles, d'un terme « neutre » ou « autonome », c'est-à-dire qui ne correspond à aucun concept national en particulier¹⁴³.

La doctrine s'est accordée pour dire que le lieu d'établissement est le lieu où les parties exercent leurs activités commerciales d'une manière stable et permanente. D'après J. O. Honnold par exemple, l'« établissement » ou « place of business » doit être « *construed to mean a permanent and regular place for the transacting of general business, and would not include a temporary place of sojourn during ad hoc negotiations* »¹⁴⁴. Il découle de cette définition que ni les chambres d'hôtel, ni les foires, ni les salles d'exposition, ni les bureaux loués temporairement pour des négociations ou autres, ne constituent un établissement au sens de la Convention.

En jurisprudence, cette notion non définie de l'« établissement » n'a pas donné lieu à un contentieux important. Il y a lieu toutefois de mentionner une variante de la définition ci-dessus, apportée par la Cour de Stuttgart¹⁴⁵ lors d'un conflit entre un vendeur allemand et un acheteur espagnol. Selon cette Cour, « *A place of business exists if a party uses it openly to participate in trade [...] which means that the place of business must not be merely temporary and must display a certain degree of independence [...].* » La Cour ajoute donc à la définition généralement approuvée par la doctrine le critère de l'autonomie.

séances des commissions principales, Doc. N.U. A/CONF.97/L.3 (7 avril 1980), p. 181, en ligne :

<<http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/sales/cisg/a-conf-97-19.pdf>> (consulté le 25 mars 2010) (vérifier)

¹⁴² Sur la question de définition du concept d'« établissement » voir Michael BRIDGE, « Uniform and harmonized sales law : choice of law issues », en ligne :

<<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bridge.pdf>> (consulté le 25 mars 2010)

¹⁴³ N. WATTÉ et A. NUYS, préc., note 39, 403

¹⁴⁴ J. O. Honnold, préc., note 27, p. 43

¹⁴⁵ Affaire n° 5 U 118/99, Appel, (28 février 2000), (OLG Stuttgart), en ligne: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000228g1.html#cx>> (consulté le 16 mars 2010)

Cela nous amène à parler de la délicate question des établissements intermédiaires.

Section 2 : Les établissements intermédiaires

Lorsque la vente a été conclue par l'intermédiaire d'une agence ou d'une succursale de la société mère se situant dans un autre État, la question est de savoir si cette agence ou succursale peut être considérée comme un établissement secondaire pour l'application de la Convention.

La doctrine est unanime pour considérer que l'intermédiaire doit posséder un pouvoir autonome. Elle ne l'est pas sur la question de savoir si ce pouvoir doit comprendre celui de conclure le contrat ou s'il peut se limiter à la conduite des négociations.

Les cas de jurisprudence constatés ont une approche différente quant à l'évaluation du pouvoir autonome du représentant. Dans une vente conclue entre une société française et une société allemande par l'intermédiaire d'une agence de cette dernière située en France, la cour d'appel de Paris a considéré que l'agence était un «*bureau de liaison*» qui ne pouvait être considéré comme un établissement en raison d'absence «*de personnalité morale propre*», et que le bureau de liaison ne représentait qu'une «*simple agence commerciale*»¹⁴⁶. Cet arrêt n'a pas été cassé par la Cour de Cassation¹⁴⁷. Claude Witz¹⁴⁸ regrette dans cet arrêt que la cour se soit limitée au critère juridique de la personnalité morale sans vérifier si l'agence ne remplissait pas les critères d'un «établissement» au sens de la Convention, à savoir un lieu stable et autonome. Ce raisonnement consistant à exclure de la notion d'établissement toute entité ne possédant pas de personnalité juridique propre, quelle que soit son niveau d'autonomie vis à vis de la société mère va à l'encontre des objectifs de la Convention et de la volonté des parties.

¹⁴⁶ Paris, 22 avril 1992 : CISG-France n° 220492v en ligne :

<<http://www.cisg-france.org/decisions/220492v.htm>> (consulté le 16 mars 2010)

¹⁴⁷ Paris, 4 janvier 1995 : CISG-France n°040195, en ligne:

<<http://www.cisg-france.org/decisions/040195v.htm>> (consulté le 16 mars 2010)

¹⁴⁸ C. WITZ, *Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale (Convention des Nations Unies du 11 avril 1980)*, préc., note 43, p. 29-31

Dans l'affaire précitée jugée par la cour de Stuttgart¹⁴⁹ dans laquelle un acheteur espagnol avait conclu une vente avec le représentant espagnol d'une société allemande, la Cour a constaté que l'intention des parties était de créer une relation contractuelle entre elles et non avec le représentant espagnol et elle précise que, pour qu'un représentant puisse être considéré comme un «*établissement*» au sens de la Convention, il doit s'agir du «*lieu à partir duquel l'activité d'affaires est effectivement et essentiellement exercée qui bénéficie d'une certaine durée et stabilité ainsi que d'une certaine liberté d'action*».

Cette définition va favoriser les hypothèses de pluralité d'établissements, expressément visées par la Convention.

Section 3 : La pluralité d'établissements

Le développement du commerce international et de la mondialisation des échanges incite les entreprises à s'implanter dans différents États par l'intermédiaire d'agences et de succursales qui, tout en étant autonomes et indépendantes, restent liées à la société mère. Dans ces situations, il y a lieu de savoir quel établissement sera pris en considération pour l'examen de l'applicabilité de la Convention.

De prime abord, cette question ne paraît pas complexe puisque l'article 10(a) y apporte quelques éléments de réponse lorsqu'il énonce que :

«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 eu égard aux circonstances connues des parties ou envisagées par elles à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat.»

Cet article se base sur un critère objectif pour déterminer l'établissement à prendre en considération, à savoir le critère des liens les plus étroits avec le contrat de vente.

¹⁴⁹ *Affaire n° 5 U 118/99*, préc., note 145, en ligne : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000228g1.html#cx> (consulté le 16 mars 2010)

C'est en se basant sur ce critère que la Cour d'appel de Colmar¹⁵⁰ a fondé son jugement dans une affaire concernant une vente entre une société française et une société allemande par l'intermédiaire d'un représentant de cette dernière domicilié en France. La Cour a affirmé à cette occasion que

«Pour que cette convention soit applicable il convient en premier lieu de vérifier le caractère international de la vente dès lors que la commande de la société Pelliculest a été adressée à M. Molinier "représentant en France" de la société Morton International GmbH. Domicilié à Aulnoy en France. Les pièces produites par les parties ne permettent pas de dire si cette personne - dont on ignore d'ailleurs sous quelle forme elle exerce son activité - peut être considérée comme l'établissement en France de la société défenderesse. Il est cependant établi que les confirmations de commande émanant du vendeur, les factures, et les livraisons de marchandises ont été faites à partir du siège de la société Morton International GmbH en Allemagne. Dès lors et à supposer même que M. Molinier ait eu la responsabilité de gérer en France l'un des établissements de la société Morton International, l'établissement "qui a la relation la plus étroite avec le contrat et son exécution eu égard aux circonstances connues des parties ou envisagées par elles à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat" et qui doit pour ce motif être pris "en considération" (article 10 de la Convention de Vienne) est bien l'établissement dont le siège est à Brème. Le caractère international du contrat litigieux est en conséquence établi.»

En suivant la même logique que la cour d'appel de Colmar, la US District Court¹⁵¹ a appliqué la Convention à une vente dont les parties avaient leurs établissements principaux respectifs dans deux États différents à savoir les États-Unis et le Canada, mais le contrat avait été conclu par l'intermédiaire de l'établissement secondaire de la société canadienne situé aux États-Unis. La cour américaine en l'espèce a conclu que *«Les contacts essentiels pour les livraisons litigieuses ont été noués avec l'établissement établi au Canada, alors que ce ayant eu lieu avec l'établissement californien étaient secondaires; la relation la plus étroite (the closest relationship) a ainsi été établie avec l'établissement canadien.»*

La solution énoncée par l'article 10(a) permet certainement de résoudre les cas simples d'établissement multiples mais demeure incertaine face à des situations plus complexes. Par exemple, comment détermine-t-on les liens les

¹⁵⁰ Colmar, 24 oct. 2000, D. 2002. 4. n° 393- 394, obs. Witz, en ligne : <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=493&step=FullText> (consulté le 16 mars 2010)

¹⁵¹ Asante Technologies, Inc. v. PMC-Sierra, Inc., No. C 01-20230 JW, (U.S. JI. 27, 2001), U.S. District Court, available at : <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=741&step=FullText> [last visited March 16, 2010], citée par P. SCHLECHTRIEM, C. WITZ, préc., note 2, p. 14

plus étroits entre un établissement en particulier et le contrat si le contrat négocié et signé dans un État reçoit son exécution dans un autre? Une autre situation délicate est celle où un contrat est conclu au siège de la société mère mais est négocié et exécuté sur le territoire d'un établissement secondaire situé dans un autre État¹⁵². Selon Ferrari¹⁵³, l'établissement qu'il y a lieu de prendre en considération lorsqu'une situation complexe se présente est celui de l'endroit de l'exécution du contrat.

Une seconde situation envisagée par l'article 10 de la Convention et qui ne pose pas de problème particulier, est celle où une des parties contractantes n'a pas d'établissement. Dans ce cas, le point (b) de cet article énonce que «*si une partie n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu*».

Outre l'internationalité du contrat, la seconde condition qu'une vente doit remplir afin d'entrer dans le champ d'application spatial de la Convention est de présenter un lien de rattachement avec un État contractant. L'analyse de cette seconde condition fait l'objet du prochain chapitre.

Chapitre II : Le rattachement de la vente aux États parties à la Convention

L'énoncé de l'article premier distingue deux hypothèses de rattachement d'une vente à la Convention. La première est la situation dans laquelle les parties sont établies dans deux États contractants. Il s'agit de l'application autonome ou directe de la Convention (section I). La seconde vise la situation dans laquelle une règle de conflit de loi va mener à l'application du droit d'un État contractant. Il s'agit de l'application dépendante ou indirecte de la Convention (section II).

Section 1: L'application autonome de la Convention

¹⁵² K. H. NEUMAYER, C. MING et F. DESSEMONTET, préc., note 33, p. 123

¹⁵³ F. FERRARI, *Contrat de vente internationale. Applicabilité et applications de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, préc., note 2, p. 40

Après avoir énoncé le principe et la mise en œuvre du critère de rattachement direct de la Convention (§1), nous nous attarderons quelque peu sur ses limites, découlant de la possibilité qu'ont les États de formuler certaines réserves (§2).

§1- Le principe du rattachement direct énoncé à l'article 1.1(a) :

Une vente internationale de marchandises sera directement régie par la convention de Vienne si le vendeur et son acquéreur sont établis dans des États contractants. L'État contractant constitue donc le critère de rattachement direct pour l'applicabilité de la convention.

La mise en œuvre de ce critère de rattachement direct va dépendre de la juridiction saisie du litige impliquant des parties établies dans des États tous deux contractants. Lorsque celle-ci fait partie d'un État lui-même contractant, la Convention sera appliquée sans aucun problème particulier (A). Il en va différemment lorsque le litige est porté devant une juridiction d'un État non-contractant (B) ou dans le cadre de conflits réglés par arbitrage (C).

A) Les litiges portés devant la juridiction d'un État contractant

Dans le cas où le for saisi du litige est celui d'un État contractant, la Convention s'appliquera naturellement car elle fait partie du corps de règles qui s'imposent à ce for. Aucune référence au mécanisme de conflit de loi ne sera nécessaire.

C'est effectivement ce qui est appliqué par la jurisprudence. La Cour suprême Suisse par exemple confirme cette règle en expliquant tout simplement que «*Since the requirements of CISG Art. 1(1)(a) are met, the Convention finds direct application, without recourse to the Swiss rules of private international law*»¹⁵⁴.

¹⁵⁴ (*Gutta-Werke AG v. Dörken-Gutta Pol.; SP.Z.O.O and Ewald Dörken AG*), Affaire n° 4C.100/2000/rmd, (11 juillet 2000), (Bundesgericht, cour fédérale suisse), en ligne : <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000711s1.html>> (consulté le 18 mars 2010)

On peut également citer la décision rendue par la Cour fédérale allemande le 12 octobre 2000¹⁵⁵, qui, après avoir vérifié que la Convention était bien entrée en vigueur dans les États des lieux d'établissement des parties au jour de la conclusion du contrat, a déclaré la Convention directement applicable en vertu de l'article 1.1(a) de la Convention.

Il faut toutefois rappeler que, la Convention ne réglementant pas tous les domaines substantiels d'une vente internationale, le for saisi peut être amené à appliquer pour ces questions la *lex contractus* déterminée par les règles de conflit de loi.

La situation est différente lorsque le for saisi est celui d'un état non contractant.

B) Les litiges portés devant le for d'un État non contractant

En raison d'un choix de juridiction ou bien d'une règle de compétence spéciale régissant tout conflit de juridictions, le for saisi d'un litige opposant des parties ayant leur établissement dans deux États contractants peut être situé dans un État non-contractant. Dans ce cas de figure, la Convention peut également recevoir application sur base de l'article 1.1(a) dans l'hypothèse où les règles de droit international privé de ce for désignent l'application du droit d'un État contractant. Le juge devra alors faire application du droit uniforme de la même façon que le ferait le juge d'un État contractant.

Dans le cas où au contraire, la règle de conflit de lois désigne le droit d'un État non contractant, le juge saisi doit en principe écarter la Convention, à moins que les parties ne s'y opposent. La volonté des parties doit en effet

¹⁵⁵ Affaire n° 22 S 234/94, (12 octobre 2000), (LG Stendal, cour fédérale allemande.), <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/001012g1.html>> (consulté le 18 mars 2010)
Concernant l'application de l'article 1.1(a) par les tribunaux, consulter ces liens disponibles sur le site des Nations Unies : Orléans, 29 March 2001 : <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/010329f1.html>> (consulté le 18 mars 2010), Affaire n° 12 U 40/00, (5 décembre 2000), (OLG Oldenburg) en ligne : <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/001205g1.html>> (consulté le 18 mars 2010), Montargis, 6 Oct. 2000 : <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/001006f1.html>> (consulté le 18 mars 2010), voir les liens disponibles en ligne : < <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/anno-art-01.html#ud42>> (consulté le 18 mars 2010)

être respectée par le juge dans la mesure autorisée par les règles impératives de la loi nationale applicable¹⁵⁶. Afin d'éviter les inconvénients dus à l'application d'une loi tierce, les parties à un contrat auraient tout intérêt de faire figurer dans leur accord une clause d'*electio juris* qui désignerait expressément la loi d'un État contractant¹⁵⁷.

Il importe de souligner que la possibilité d'appliquer une loi tierce à celle du lieu d'établissement du vendeur ou de l'acheteur par le biais de la désignation du for risque d'encourager le «forum shopping». Ce danger découlant de l'absence d'uniformité des règles de conflit de loi est toutefois inévitable¹⁵⁸.

C) Les litiges portés devant un arbitre

La juridiction arbitrale dispose d'une grande liberté lorsqu'il s'agit de déterminer la loi applicable au contrat. Cette liberté découle de l'absence de for et du corps de règles en découlant. La mission de l'arbitre est déterminée par les parties. Dans l'hypothèse où celle-ci n'aurait pas choisi le droit applicable, l'arbitre optera pour les règles qu'il juge appropriées¹⁵⁹. Ces règles sont établies à l'article 17 (1) du règlement d'arbitrage de la Chambre commerciale internationale (CCI) de 1998 qui dispose que :

«Les parties sont libres de choisir les règles de droit que le tribunal arbitral devra appliquer au fond du litige. À défaut de choix par les parties des règles de droit applicables, l'arbitre appliquera les règles de droit qu'il juge appropriées.»¹⁶⁰

Cela étant, ainsi que le souligne Darankoum, la pratique démontre que *«les arbitres internationaux sont plus enclins à appliquer les conventions internationales lorsqu'ils constatent que l'opération juridique entre directement dans leur champ d'application spatial»*¹⁶¹. En effet, on compte plusieurs sentences arbitrales qui justifient l'application de la Convention, soit par

¹⁵⁶ Vincent HEUZÉ, *La vente internationale de marchandises. Droit uniforme*, Paris, GLN Joly éditions, 1992, p. 88

¹⁵⁷ Id., p. 89

¹⁵⁸ Id.

¹⁵⁹ Emmanuel Sibidi DARANKOUM, «L'application uniforme de la convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises», (2003) 82-1 *Revue du barreau canadien* 83, 93

¹⁶⁰ cité par E. S. DARANKOUM, Id.

¹⁶¹ Id.

l'établissement des parties dans des différents États contractants, soit par les règles du droit international privé auxquelles elles se réfèrent et qui renvoient à la loi d'un État contractant. Dans ce sens, une sentence rendue par la Cour d'arbitrage commercial international de la Chambre de commerce et de l'industrie de la Fédération Russe peut être citée. Il s'agissait dans cette affaire d'un contrat de vente internationale de marchandises conclu le 25 juin 2002 entre un vendeur russe et un acheteur allemand. Faute de paiement, le vendeur russe a eu recours à l'arbitrage. La cour d'arbitrage a appliqué la Convention en adoptant le raisonnement suivant :

«Since the present dispute arose out of an international commercial transaction between the parties located in different States (Russia and Germany), and since there is a written agreement between the parties to arbitrate disputes related to the contract at the Tribunal, the Tribunal finds that it is competent to arbitrate the present dispute based on Article 7 of the above mentioned Russian Federation Law "On International Commercial Arbitration".

Turning to the issue of the applicable law, the Tribunal finds that, pursuant to the third paragraph of Article 11 of the contract of 25 June 2002, the parties chose the civil laws of the Russian Federation as the applicable law.

This clause in the contract does not exclude the applicability of the CISG. Pursuant to Article 7 of the Russian Federation Civil Code, [the CISG] takes priority as an international treaty to which both Russia and Germany -- i.e., the States where commercial enterprises of the parties to the dispute are located -- are Contracting States (see Article 1(1)(a) CISG).

Issues not settled in the CISG shall be governed by Russian substantive law as subsidiary law.¹⁶²

En définitive l'application directe de la Convention en vertu de l'article 1.1(a) ne suscite pas de difficultés majeures. La situation peut toutefois se révéler plus compliquée lorsqu'une partie au contrat est établie dans un État contractant mais réservataire.

§2- Les réserves permises par la Convention :

L'État réservataire est un État qui a adhéré à la Convention tout en émettant certaines réserves quant à son application. La notion d'État contractant est donc variable et le juge saisi devra vérifier à chaque fois dans quelle mesure un État est lié à la Convention. Trois types de réserves sont

¹⁶² Décision rendue dans l'affaire n° 24/2003, Cour internationale d'arbitrage de la CCI, 17 septembre 2003, la Russie, en ligne : <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/030917r1.html> (consulté le 18 mars 2010)

envisagées et exposées dans les articles 92, 93 et 94 de la Convention. En vertu de l'article 97¹⁶³, l'ensemble des réserves peuvent être émises en tout temps.

A) La réserve de l'art 92 de la Convention :

L'article 92 de la convention dispose que :

«1) Tout État 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 État 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 État 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.»

Cet article permet aux États contractants d'échapper à l'application de la deuxième ou de la troisième partie de la Convention qui concernent la formation et les effets du contrat de vente. Cette réserve trouve son origine dans la demande formulée par les pays scandinaves de ne pas être liés par

¹⁶³ L'article 97 énonce que :

«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 dépositaire.

3) Les déclarations prendront effet à la date de l'entrée en vigueur de la présente Convention à l'égard de l'état déclarant. Cependant, les déclarations dont le dépositaire 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 dépositaire. 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 dépositaire.

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 dépositaire. 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 dépositaire.

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 État en vertu de ce même article.

les règles de la Convention relatives à la formation du contrat¹⁶⁴. Ainsi le Danemark, la Finlande, la Norvège et la Suède ont fait usage de cette réserve en écartant toute la deuxième partie de la convention¹⁶⁵.

Les conséquences pratiques de ces réserves peuvent être exposées via l'exemple suivant. Si une personne établie au Danemark conteste la correcte formation du contrat de vente internationale conclu avec une personne établie au Québec, la Convention ne sera pas appliquée directement puisque le Danemark ne pourra pas être considéré comme un État contractant au sens de la Convention. La loi applicable sera alors déterminée selon la règle de conflit de lois du for. Si la loi québécoise est désignée, la Convention s'appliquera. Si au contraire, la loi danoise est désignée, la loi interne du Danemark relative à la vente régira le contrat. Cependant si le litige concernait le paiement du prix, la Convention serait appliquée directement en vertu de l'art 1.1(a) à condition bien entendu que les conditions de cet article soient remplies¹⁶⁶.

Mis à part quelques exceptions, les tribunaux ont en pratique respecté la volonté des États réservataires¹⁶⁷. Par exemple, dans une affaire qui opposait un vendeur suédois et un acheteur hongrois, la Cour hongroise a relevé que la Suède avait émis la réserve de l'article 92 de la Convention. Elle s'est par

¹⁶⁴ *Conférence des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises. Documents de la conférence et comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances des commissions principales*, Doc. N.U. A/CONF.97/9 (21 février 1980), p. 76 document, en ligne :

<<http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/sales/cisg/a-conf-97-19.pdf>> (consulté le 25 mars 2010)

¹⁶⁵ N. WATTÉ et A. NUYTS, préc., note 39, 409

¹⁶⁶ Concernant la réserve de l'article 92 de la CVIM, voir F. FERRARI, *Contrat de vente internationale. Applicabilité et applications de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, préc., note 2 p. 49-52, V. HEUZÉ, *La vente internationale de marchandises. Droit uniforme*, préc., note 156, p. 90, N. WATTÉ et A. NUYTS, préc., note 39, 409-411

¹⁶⁷ Affaire n° 10 U 80/93, (4 mars 1994), (Oberlandesgericht Frankfurt am Main), en ligne : <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=205&step=Abstract>> (consulté le 18 mars 2010), Affaire n° 2 U 54/98, (22 septembre 1998), (Oberlandesgericht Oldenburg), en ligne :

<<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=506&step=Abstract>> (consulté le 18 mars 2010), Affaire du (12 avril 2002), (Cour d'appel de Turku), en ligne :

<<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=939&step=Abstract>> (consulté le 18 mars 2010)

conséquent retournée vers les règles de conflit de lois pour déterminer la loi applicable à cette cause, en l'occurrence la loi suédoise¹⁶⁸.

Dans une autre affaire entre un vendeur danois et un acheteur allemand, la Cour d'appel allemande¹⁶⁹ a appliqué la Convention quant à la question relative au paiement du prix, et la loi danoise, applicable en vertu des règles de droit international privé, à la question de la formation du contrat.

Si la réserve de l'article 92 ne favorise pas l'uniformité de la loi, elle a l'avantage d'attirer un bon nombre d'États qui ne veulent qu'adhérer partiellement à la Convention.

B) La réserve de l'art 93 de la Convention :

L'article 93 de la Convention concerne les États fédéraux qui ont plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents sont d'application, comme par exemple le Canada, les Pays-Bas ou les États-Unis. La réserve de cet article permet aux États de ne rendre applicable la Convention que dans certaines de ces unités. Elle est formulée comme suit :

«1) Tout État 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 dépositaire 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 État contractant, mais non pas à toutes, et si l'établissement d'une partie au contrat est situé dans cet État, cet établissement sera considéré, aux fins de la présente Convention, comme n'étant pas situé dans un État contractant, à moins qu'il ne soit situé dans une unité territoriale à laquelle la Convention s'applique.

4) Si un État 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 État.»

¹⁶⁸ Affaire n° 12.G.75.693/1995/38, (21 mai 1996), (FB Budapest), en ligne : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960521h1.html> (consulté le 18 mars 2010)

¹⁶⁹ Affaire n° 1 U 247/94, (27 juillet 1995), (OLG Rostock), en ligne : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950727g1.html> (consulté le 18 mars 2010)

Cette réserve a été exigée principalement par l'Australie et le Canada¹⁷⁰. Ce dernier, lors de son adhésion le 23 avril 1991, a déclaré que la Convention ne serait applicable qu'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. Dans une déclaration reçue le 9 avril 1992, le Canada a étendu l'application de la Convention au Québec et à la Saskatchewan, puis au Yukon le 29 juin 1992 et au Nunavut le 18 juin 2003. L'incorporation en droit interne québécois s'est faite, le 18 décembre 1991, par l'adoption de la *Loi concernant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*¹⁷¹.

Lorsqu'une des parties à un contrat de vente a son établissement sur une unité territoriale faisant l'objet d'une réserve en vertu de l'article 93 de la Convention, cet établissement ne sera pas considéré comme étant situé dans un État contractant au sens de la Convention. Conformément à l'article 1.1(b), la loi applicable en vertu des règles de droit international privé régira alors le contrat.

La Cour de Cassation française, dans une décision du 2 avril 2008¹⁷², a examiné le cas particulier de Hong Kong. La question était de savoir si la Convention était applicable à une vente entre un fabricant établi à Hong-Kong et une société de distribution de produits de téléphonie établie en France. La réponse fut négative. La Cour a considéré que Hong-Kong était une «*région administrative spéciale*» qui a développé certaines règles juridiques propres pendant la période coloniale britannique jusqu'à sa rétrocession à la Chine en 1997. Ni la Grande-Bretagne, ni a fortiori ses colonies n'étant liées par le traité, Hong-Kong n'était pas partie à la Convention avant sa rétrocession. La Chine est par contre un États contractant. Elle a déposé, le 20 juin 1997,

¹⁷⁰ V. HEUZÉ, *La vente internationale de marchandises. Droit uniforme*, préc., note 156, p. 91

¹⁷¹ *Loi Concernant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, L.R.Q., c. C-67.01

¹⁷² Civ.1^{re}, 2 avr. 2008, JurisPedia, obs. Weiszberg, en ligne :

<[http://fr.jurispeda.org/index.php/Commentaire_de_Cass._civ._1re,_2_avril_2008,_N%C2%B0_de_pourvoi:_04-17726_\(fr\)#B.-L.E2.80.99article_93_de_la_CVIM](http://fr.jurispeda.org/index.php/Commentaire_de_Cass._civ._1re,_2_avril_2008,_N%C2%B0_de_pourvoi:_04-17726_(fr)#B.-L.E2.80.99article_93_de_la_CVIM)> (consulté le 18 mars 2010)

auprès du secrétaire général des Nations Unies, une déclaration énonçant, pour les conventions auxquelles la Chine était partie à cette date, celles devant s'appliquer au territoire de Hong Kong. La Cour a relevé que la Convention, qui ne figure pas sur cette liste, n'a fait l'objet d'aucune déclaration à cette fin par la Chine. Le tribunal de dernière instance français a estimé que la Chine avait accompli auprès du dépositaire de la Convention, une formalité équivalente à celle prévue par son article 93. Par conséquent, il jugea que le traité n'était pas applicable à la région administrative spéciale de Hong-Kong.

Deux conclusions peuvent être formulées suite à cette décision. La première est que la réserve de l'article 93 ne vise par uniquement les États fédéraux. La seconde est que la réserve peut être déduite d'une déclaration positive des Conventions en vigueur sur un territoire dans lequel la Convention de Vienne ne figurerait pas.

C) La réserve de l'art 94 de la Convention :

La troisième réserve qui limite l'application de l'article 1.1(a) est celle énoncée à l'article 94 qui énonce que:

«1) Deux ou plusieurs États 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 États. De telles déclarations peuvent être faites conjointement ou être unilatérales et réciproques.

2) Un État contractant qui, dans des matières régies par la présente Convention, applique des règles juridiques identiques ou voisines de celles d'un ou de plusieurs États 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 États.

3) Lorsqu'un État à l'égard duquel une déclaration a été faite en vertu du paragraphe précédent devient par la suite un État contractant, la déclaration mentionnée aura, à partir de la date à laquelle la présente Convention entrera en vigueur à l'égard de ce nouvel État contractant, les effets d'une déclaration faite en vertu du paragraphe 1, à condition que le nouvel État contractant s'y associe ou fasse une déclaration unilatérale à titre réciproque.»¹⁷³

¹⁷³ Pour un commentaire détaillé sur cet article, voir K. H. NEUMAYER, C. MING et F. DESSEMONTET, préc., note 33, p. 587-590

Cet article permet à un ou plusieurs États contractants d'écarter la Convention, lorsque les parties à un contrat de vente sont établies sur leur territoire et sur ceux d'un ou plusieurs États contractants ou non contractants en particulier avec lesquels ils partagent des similarités de régime juridique. Ces États doivent faire une déclaration commune ou des déclarations unilatérales réciproques dans le cas où tous les États impliqués sont des États contractants, et ils doivent faire une déclaration unilatérale lorsque un État non contractant est concerné. Le juge saisi d'un litige dans ces cas appliquera alors la loi compétente en vertu des règles de conflit de lois. Cependant, si les cocontractants établis dans des États réservataires ont expressément choisi la loi d'un État contractant non réservataire pour régir leur contrat, le juge respectera la volonté des parties et appliquera la Convention.

En conclusion, les États n'ont pas tous la même qualité d'«État contractant» et le juge saisi devra y être attentif. Il faut également souligner que la condition de réciprocité inhérente à l'application directe de la Convention en vertu de l'article 1.1(a) constitue un obstacle à l'application du droit uniforme, d'où l'utilité d'un critère de rattachement indirect d'une situation à la Convention, à savoir les règles de conflit de lois¹⁷⁴.

Section 2 : L'application dépendante de la Convention

Puisque l'application directe ou autonome de la Convention de Vienne en vertu de l'article 1.1(a) n'est pas possible lorsque l'une ou les deux parties au contrat ont leur établissement dans un État non-contractant, les rédacteurs de cette dernière ont imaginé élargir son champ d'application en faisant jouer les règles du droit international privé. L'article 1.1(b) énonce en effet que la Convention peut tout de même régler le contrat *«lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un État contractant»*.

Néanmoins, l'élargissement du champ d'application spatial de la Convention en vertu de cet article 1.1(b) (§1) est limité par la réserve énoncée à l'article 95 de la Convention (§2).

¹⁷⁴ B. AUDIT, *La vente internationale de marchandises. Convention des Nations Unies du 11 avril 1980*, préc., note 34, p. 22

§1- Élargissement du champ d'application spatial en vertu de l'article 1.1(b) :

Si le principe de l'article 1.1(b) permet d'élargir le champ d'application spatial de la convention (A), il ne s'applique cependant pas sans certaines difficultés (B).

A) Principe de l'article 1.1(b)

Le principe de l'article 1.1(b) est de rendre la Convention applicable même dans le cas où une, voire les deux parties, sont établies sur le territoire d'un État non contractant, pour autant que les règles du droit international privé du for conduisent à l'application de la loi d'un État contractant. Dans ce sens le conseil fédéral suisse a expliqué que :

«Le juge doit, en appliquant son droit international privé, arriver à la conclusion que le contrat de vente est soumis, quant à la matière, au droit d'un État contractant. Par ce détour, il aboutira à l'application de la convention. Il suffit que les règles de conflit du juge saisi désignent le droit d'un État contractant.»¹⁷⁵

Pour mieux comprendre cette situation, prenons comme exemple une vente internationale d'huile d'olive entre un vendeur tunisien établi à Tunis et un acheteur québécois établi à Montréal. Imaginons que suite à un conflit entre les deux parties, le juge tunisien soit saisi de l'affaire. Il devra identifier la loi applicable au contrat. En l'occurrence, il s'agit bien d'une vente internationale de marchandise. Contrairement au Canada, la Tunisie n'a toutefois pas la qualité d'État contractant au sens de la Convention. La Convention ne sera dès lors pas directement applicable en vertu de l'article 1.1(a). Le juge tunisien devra alors se rapporter à sa règle de conflit de lois afin de déterminer laquelle de la loi tunisienne ou québécoise devra s'appliquer. Si la règle de conflit de lois désigne le droit tunisien, c'est alors les règles de droit interne tunisien qui régiront le contrat. Au contraire si la règle de conflit de loi désigne le droit québécois, la Convention sera appliquée.

¹⁷⁵ *Message du conseil fédéral suisse concernant la convention de vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises du 11 Janvier 1989, Feuille fédérale 1989, vol.1, p.722 1, cité par F. FERRARI, Contrat de vente internationale. Applicabilité et applications de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises, préc., note 2, p. 52*

Il convient toutefois de souligner que si les parties ont expressément choisi le droit d'un état contractant à savoir la Convention pour régir leur contrat, le juge devra respecter cette volonté. Dans la pratique, les juges et les arbitres respectent effectivement le principe de l'autonomie de la volonté et appliquent la Convention lorsqu'elle est choisie. C'est par exemple le cas dans une affaire de vente de concombre entre un vendeur turc et un acheteur allemand. La Cour d'appel de Düsseldorf¹⁷⁶ a appliqué la Convention malgré le fait que ses règles de droit international privé désignaient le droit Turque, qui est un état non contractant. Sa décision était justifiée par le choix exprès des parties d'appliquer le droit allemand à leur contrat.

Un autre exemple en ce sens est la décision de la cour arbitrale de Paris, qui a également appliqué la Convention dans une affaire de vente de minerai de manganèse en expliquant comme suit que :

«(...)L'article 1, 1, b, dispose que la convention s'applique lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un État contractant. L'autonomie des parties étant une règle du droit international privé, la désignation par elles du droit français en l'espèce conduit à l'application de la Convention(...)»¹⁷⁷

Il semble donc que la désignation par les parties de la loi applicable permet d'éviter une difficulté d'application de l'article 1.1(b) rencontrée en pratique, relative à l'application potentielle de la théorie du renvoi.

B) Difficulté d'application de l'article 1.1(b) : la théorie du renvoi

Une difficulté rencontrée dans le cadre de l'application de l'article 1.1(b) découle de la théorie du renvoi. Cette théorie suppose que l'on prenne en considération l'ensemble des règles de l'État dont la loi est désignée en vertu de la règle de conflit de lois du juge saisi, en ce compris les règles de droit international privé.

¹⁷⁶ Affaire n° 17 U 82/92, appel, (8 janvier 1993), (OLG Düsseldorf), en ligne : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930108g1.html> (consulté le 18 mars 2010)

¹⁷⁷ Décision rendues dans l'affaire n° 8324/1995, Cour internationale d'arbitrage de la CCI, 1995, Paris, *J.D.I.*, 1996, p.1019-1022, en ligne : <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=240&step=FullText> (consulté le 18 mars 2010)

Un exemple permettra d'illustrer au mieux cette hypothèse. Imaginons une relation contractuelle entre un acheteur établi dans un pays contractant A et un vendeur établi dans un pays non contractant B. Le juge de l'État A est saisi d'un litige entre ces parties. Les règles de conflit de lois de l'État A désignent le droit de l'État dans lequel le vendeur est établi, c'est-à-dire le droit de l'État B. Les règles de conflit de lois de l'État B désignent quant à elles le droit de l'État dans lequel l'acheteur est établi, c'est-à-dire le droit de l'État A. La question est de savoir s'il faut réaliser ce double renvoi et appliquer les règles internes de l'État A ou s'il ne faut pas tenir compte des règles de droit international privé de l'État B et appliquer son droit interne.

La doctrine est divisée quant à l'application de la théorie du renvoi. Selon un courant majoritaire auquel Nadine Watté et Arnaud Nuyts adhèrent, la réponse à la question d'acceptation ou de refus de la théorie du renvoi doit «être nuancée suivant que le juge saisi du litige relève ou non d'un État contractant»¹⁷⁸. Dans un État non contractant, le juge saisi n'appliquera la théorie du renvoi que si son système juridique le permet. C'est ce qu'a fait un juge autrichien en 1992, soit à une époque où l'Autriche n'avait pas encore adhéré à la Convention, dans un cas concernant une vente de chaussures entre un vendeur italien et deux acheteurs autrichiens¹⁷⁹. Le système Autrichien permettant à l'époque le système du renvoi¹⁸⁰, le juge a conclu que la Convention était inapplicable¹⁸¹.

Il convient de souligner que tant la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles¹⁸², dont font partie les membres de l'Union européenne, que la Convention de la Haye du 15 juin

¹⁷⁸ N. WATTÉ et A. NUYTS, préc., note 39, 413

¹⁷⁹ Affaire n° 9 C3486/90w, (20 février 1992), (Bundesgericht für Handelssachen Wien), en ligne :

<<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=12&step=Abstract>> (consulté le 18 mars 2010)

¹⁸⁰ Ce qui n'est plus le cas aujourd'hui, l'Autriche faisant partie de l'Union Européenne et étant dès lors partie à la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles qui interdit le système du renvoi

¹⁸¹ C. WITZ, *Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale (Convention des Nations Unies du 11 avril 1980)*, préc., note 43, p. 26-27

¹⁸² *Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, 19 juin 1980, R.T.N.U. 1605 (n° I-28023)

1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels¹⁸³, interdisent le système du renvoi. Le droit québécois exclu également le mécanisme du renvoi en vertu de l'article 3080 du code civil du Québec¹⁸⁴ tout comme le droit suisse¹⁸⁵.

Dans l'hypothèse où le for saisi est celui d'un État contractant, ce courant doctrinal soutient que le juge doit refuser d'appliquer le jeu du renvoi et appliquer le droit matériel de l'État désigné par ses règles de conflit de lois. En effet, en adhérant à l'article 1.1(b) de la Convention dont l'objectif est l'application de règles matérielles uniformes, les États contractant ont implicitement exclu le mécanisme du renvoi et accepté la désignation de la loi substantielle. Michel Pélichet affirme en ce sens que : «*L'unification du droit, tant sur le plan matériel que sur celui du conflit de loi, a pour règle normale - car sans cela, à quoi bon l'unification- d'exclure tout renvoi*»¹⁸⁶.

Le problème posé par le mécanisme du renvoi ne semble pas être pris en compte dans la pratique par les juges et arbitres. On constate qu'ils appliquent directement la Convention lorsque leurs règles de conflit de lois mènent à l'application du droit d'un État contractant, sans considération pour le droit international privé de l'État dont la loi est désignée. C'est le cas de la Cour d'appel de Colmar¹⁸⁷ qui expose dans une affaire déjà citée entre un vendeur français et un acheteur allemand que :

«Sur le droit applicable, la société d'assurances Rhin et Moselle invoque l'article 1er de la Convention de Vienne applicable aux ventes internationales de marchandises, et rappelle que cette convention est entrée en vigueur en France le 1er janvier 1988 et en Allemagne, le 1er janvier 1991. Sans qu'aucun de ces deux pays n'ait émis la réserve de l'article 95 leur permettant de ne pas être liés par l'article 1er al.I, b). Le contrat litigieux

¹⁸³ Convention de la Haye sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels, 15 juin 1955, en ligne :

<http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=31> (consulté le 18 mars 2010)

¹⁸⁴ Article 3080 C.c.Q «Lorsqu'en vertu des règles du présent livre la loi d'un État étranger s'applique, il s'agit des règles du droit interne de cet État, à l'exclusion de ses règles de conflits de lois.»

¹⁸⁵ Article 14 LFDIP «1. Lorsque le droit applicable renvoie au droit suisse ou à un autre droit étranger, ce renvoi n'est pris en considération que si la présente loi le prévoit.

2. En matière d'état civil, le renvoi de la loi étrangère au droit suisse est accepté.»

¹⁸⁶ Michel PÉLICHET, *La vente internationale de marchandises et le conflit de loi*, Recueil des cours de l'académie de droit international, I, vol. 201, 1987, p. 17 et suiv.

¹⁸⁷ Colmar, préc., note 150, en ligne :

<<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=493&step=FullText>> (consulté le 16 mars 2010)

ayant été conclu en février 1990. La convention peut recevoir application par le biais des règles de droit international privé.» la cour rajoute qu' «En l'espèce la commande ayant été reçue dans le pays où l'acheteur a son établissement, c'est la loi française (article 3 de la Convention de La Haye), celle de l'un des États contractant qui est applicable. C'est donc en vertu de l'article 1er al. 1 b) de la Convention de Vienne que le droit uniforme de la vente internationale doit recevoir application.»

Dans une autre affaire en arbitrage entre un vendeur autrichien et un acheteur bulgare (la Bulgarie n'avait pas encore adhéré à la convention), la Cour a soutenu que la Convention était applicable car les règles du droit international privé, aussi bien de la Bulgarie que de l'Autriche mènent à l'application de la loi de l'État contractant à savoir la loi autrichienne¹⁸⁸.

En définitive cette théorie du renvoi ne pose pas trop de problème en pratique, et on peut affirmer que la disposition de l'article 1.1(b) est satisfaisante dans la mesure où elle étend considérablement le champ d'application spatial de la Convention, en lui permettant de réglementer des contrats conclus entre des parties dont l'une ou les deux ont leur établissement dans des États non contractants.

Ceci n'était toutefois pas du goût de tous les participants à la conférence de Vienne puisque certains ont exprimé leur souhait d'inclure une disposition permettant à certains États contractants de limiter la portée du mécanisme de l'article 1.1(b). Cette réclamation a été accordée par le biais de l'article 95 de la Convention.

§2- Limite du champ d'application spatial en vertu de la réserve de l'article 95 de la Convention :

Les contestations formulées par certains participants à la conférence de Vienne quant à l'extension du champ d'application de la Convention par le truchement des règles du droit international privée, avaient pour principal fondement leur refus de renoncer à leur réglementation nationale et d'appliquer la Convention dans le cas où leurs règles de droit international

¹⁸⁸ Décision rendue dans l'affaire n° 7197/1992, Cour internationale d'arbitrage de la CCI, 1992, Paris, J.D.I, 1993, p. 1028-1037, en ligne : <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=37&step=Abstract> (consulté le 18 mars 2010)

privé désignent leur propre droit pour régir un contrat. Ces contestations ont mené à la rédaction de l'article 95 de la Convention qui énonce que :

«Tout État 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 premier de la présente Convention.»

Les États qui ont émis la réserve de l'article 95¹⁸⁹ ne seront donc pas liés par l'article 1.1(b). En d'autres termes, la Convention ne sera appliquée que si les conditions de l'article 1.1(a) sont remplies, c'est-à-dire uniquement dans les rapports des États réservataires avec d'autres États contractants.

Lors d'un litige entre une partie à un contrat de vente établie dans un État contractant réservataire et une autre établie dans un État non contractant, l'application de la Convention dépendra de la juridiction saisie. Si elle fait partie d'un État contractant réservataire l'article 1.1(b) sera écarté et c'est le droit interne déterminé par la règle de conflit de lois qui sera appliqué (A). Si elle relève d'un État non réservataire, l'article 1.1(b) sera retenu (B). L'article 95 de la Convention a suscité certaines controverses qui seront exposées séparément en fonction des deux cas de figures relevés ci-dessus.

A) Le for saisi relève d'un État contractant réservataire :

Pour illustrer ce cas prenons l'exemple d'une vente entre un américain établi aux États-Unis, État réservataire, et un acheteur canadien établi en Angleterre¹⁹⁰. Lors d'un litige le juge américain est saisi. La Convention ne s'applique pas directement étant donné que les conditions de l'article 1.1(a) ne sont pas remplies. Le juge américain doit donc recourir aux règles du droit international privé pour déterminer la loi applicable au contrat. Deux hypothèses peuvent se présenter. La première est celle où la loi applicable est celle du for, c'est-à-dire la loi américaine. Les États-Unis ayant émis la réserve de l'article 95, la Convention sera écartée en faveur des règles de droit national américain. Cette hypothèse ne présente aucune difficulté,

¹⁸⁹ Les États réservataires sont : Les États-Unis d'Amérique, la Chine, Saint-Vincent et les Grenadines, Singapour, la Tchéquie et la Slovaquie

¹⁹⁰ La Grande Bretagne n'a pas la qualité d'un État contractant puisqu'elle n'a pas adhéré à la convention.

contrairement à la seconde qui est beaucoup plus délicate. En effet, la deuxième hypothèse vise la situation où la règle de conflit de lois mène à la désignation de la loi d'un État contractant non réservataire, le Canada par exemple. La question qui se pose ipso facto est celle de savoir si le for de l'État contractant réservataire, dans notre cas les États-Unis, est tenu d'appliquer la Convention en tant que partie inhérente au droit de l'État désigné ou s'il peut la rejeter.

La réponse à cette question est partagée. Une minorité de la doctrine estime que dans cette hypothèse, la Convention ne doit pas être prise en compte car les États réservataires ne peuvent être tenus d'appliquer la Convention que lorsque les deux parties au contrat ont leur établissement dans un État contractant¹⁹¹.

La majorité de la doctrine considère toutefois que ne pas appliquer la Convention dans cette hypothèse reviendrait à «*dénaturer la lex contractus*» car la Convention fait partie intégrante du droit de la vente internationale désigné par les règles de droit international privé du for¹⁹². Compte tenu de l'objectif de la Convention d'uniformiser des règles de droit substantiel, cette dernière théorie nous semble préférable.

Dans un second point, nous allons relever les difficultés constatées lorsque le for saisi est celui d'un État contractant n'ayant pas formulé de réserve.

B) Le for saisi relève d'un État contractant non réservataire :

La question de l'applicabilité de la Convention lorsque le for saisi relève d'un État contractant n'ayant pas formulé de réserve est aussi controversée que celle concernant son applicabilité lorsque le for saisi relève d'un État contractant réservataire. Reprenons l'exemple précédent de la vente entre l'américain établi aux États-Unis et le canadien établi en Angleterre. Supposons cette fois-ci que le tribunal saisi est le tribunal canadien (le Canada

¹⁹¹ F. FERRARI, *Contrat de vente internationale. Applicabilité et applications de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, préc., note 2, p. 63-64

¹⁹² V. HEUZÉ, *La vente internationale de marchandises. Droit uniforme*, préc., note 31, p. 94

est un pays contractant qui n'a pas émis la réserve de l'article 95) et que la règle de conflit de lois canadienne mène à l'application de la loi américaine. Le juge canadien doit-il appliquer la Convention vu que les États-Unis sont un État contractant au sens de la Convention, ou au contraire, doit-il l'écarter en raison de la réserve formulée par cet État et appliquer le droit interne américain?

La première réponse donnée à cette question semble pour certains être «*dépourvue de fondement*»¹⁹³. Il s'agit de considérer que les règles de conflit de lois n'ont pas pour effet de véritablement désigner la loi d'un État contractant mais plutôt de vérifier les conditions d'applicabilité de la Convention. Si le for considère que ces critères sont réunis, la Convention s'applique, les réserves émises par un État ne pouvant lier un autre.

Une seconde réponse est de considérer que dans l'hypothèse décrite ci-dessus, la Convention doit être écartée pour laisser place au droit interne américain. Selon les partisans de cette théorie, la Convention a vocation à s'appliquer en fonction de la manière dont elle a été incorporée dans le droit d'un État. Le juge doit «*rechercher entre deux jeux de règles substantielles dans le droit désigné*» pour pouvoir déterminer «*celui qui y est considéré comme applicable*»¹⁹⁴.

Si en doctrine les controverses ont été vives, tel n'est pas le cas en jurisprudence, de sorte qu'aucunes conclusions ne peuvent être dégagées de la pratique¹⁹⁵.

Notons enfin que l'introduction de l'article 95 a été acceptée dans le but de permettre l'adhésion de certains États qui disposent d'un régime juridique particulier en matière de droit commercial. Toutefois, la faveur faite à ces États a entraîné quelques inconvénients tels que le déséquilibre du régime entre États réservataires et États non réservataires, les controverses liées à l'application de la Convention lorsqu'une réserve est émise, la limite

¹⁹³ N. WATTÉ et A. NUYTS, préc., note 39, 415

¹⁹⁴ B. AUDIT, *La vente internationale de marchandises. Convention des Nations Unies du 11 avril 1980*, préc., note 34, p. 24

¹⁹⁵ N. WATTÉ et A. NUYTS, préc., note 39, 416

considérable à l'application spatiale de la Convention et le risque d'un «forum shopping».

III- L'application supplétive de la Convention :

Les rédacteurs de la Convention de Vienne ont voulu créer un outil de régulation particulièrement flexible qui assurerait d'une part l'adhésion du plus grand nombre d'États grâce au mécanisme des réserves, et qui permettrait d'autre part son adaptation aux situations particulières des contractants ainsi qu'à l'évolution du commerce international grâce à la reconnaissance de l'autonomie de la volonté des parties.

Nous avons vu dans le chapitre précédent que les États sont libres d'émettre des réserves quant à l'application de la Convention afin de privilégier, dans certaines hypothèses, l'application de leur droit national.

Les auteurs de la Convention ont en outre considéré qu'il était primordial de reconnaître la liberté contractuelle des parties puisqu'elles étaient les premières concernées par la réglementation de droit uniforme. Le principe de l'autonomie de la volonté des parties trouve son origine dans la théorie de Kant selon laquelle *«Une personne ne peut être soumise à d'autres lois que celles qu'elle se donne elle-même»*¹⁹⁶, ce principe est inséré dans l'article 6 de la Convention où on peut lire que :

«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.»

Cet article permet donc aux parties dont l'accord serait normalement régi par la Convention, d'exclure tout ou une partie de celle-ci. Ce mécanisme est communément dénommé «opting out». L'application de ce mécanisme a donné lieu à de nombreux débats portant principalement sur le caractère exprès ou tacite du choix des parties et sur le moment auquel celui-ci doit être exprimé.

¹⁹⁶ KANT cité par Innocent FETZE KAMDEM, «L'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux», (1999) *C. de. D* 40-3 645, 647

Au contraire, dans certaines situations les parties à un contrat ne rentrant pas dans le champ d'application de la Convention de Vienne, peuvent considérer qu'il est de leur intérêt de faire régir leur accord par celle-ci. L'article 6 de la Convention ne prévoit pas cette hypothèse, appelée «opting in», ce qui ne l'empêche pas d'être rencontrée dans la pratique.

Nous allons analyser dans le présent titre comment la doctrine et la jurisprudence ont reçu et appliqué cet article en commençant par l'analyse de l'«opting in» (chapitre 1) pour ensuite terminer avec celle de l'«opting out» (chapitre 2).

Chapitre I : «Opting in» de la Convention

L'«opting in» désigne le choix fait par les parties d'appliquer la Convention à leur relation contractuelle alors que les conditions matérielles et territoriales de cette dernière ne sont pas réunies. L'article 6 de la Convention, contrairement à la Convention portant loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels (LUVI)¹⁹⁷, n'a pas réglé ce cas de figure expressément. Par conséquent, nous allons nous pencher sur la portée d'une telle clause devant un juge étatique premièrement (section I), et devant une juridiction arbitrale ensuite (section II).

Section 1 : Portée d'une clause contractuelle d'«opting in» devant un juge étatique

La portée d'une clause d'«opting in» divise profondément les auteurs de doctrine. Nombre d'entre eux ne voient aucun inconvénient à ce que des parties à un contrat de vente internationale de marchandises choisissent délibérément de faire régir leur contrat par les dispositions de la Convention, alors même que leur situation contractuelle n'a aucun lien de rattachement avec la Convention en vertu des articles 1.1(a) et 1.1(b). La légalité de cette technique se fonde sur l'article 6 de la Convention qui consacre le principe de l'autonomie de la volonté des parties, lesquelles sont par conséquent libres de choisir la loi qui convient le plus à leur situation particulière.

Si la Convention de Vienne n'a pas traité la question de l'«opting in» dans cet article 6, contrairement à la LUVI, cela ne veut pas pour autant dire qu'elle l'interdit. Lors de la conférence diplomatique de Vienne de 1980, la proposition faite par l'ancienne République Démocratique Allemande selon laquelle la Convention devrait s'appliquer même lorsque les conditions de son

¹⁹⁷ L'article 4 de la LUVI a permis expressément aux parties d'appliquer la convention même si les conditions nécessaires pour sont applicabilité étaient absentes, en effet, cet art énonçait que «*La présente loi est également applicable lorsqu'elle a été choisie comme loi du contrat par les parties, que celles-ci aient ou non leur établissement ou leur résidence habituelle sur le territoire d'États différents et que ces États soient ou non des parties à la convention du 1^{er} juillet 1964 portant Loi Uniforme sur la Vente Internationale des Objets Mobiliers Corporels, dans la mesure où elle ne porte pas atteinte aux dispositions impératives qui auraient été applicables si les parties n'avaient pas choisi la loi uniforme.*»

application ne seraient pas remplies, à condition que les parties la rendent applicable¹⁹⁸, a été rejetée au motif que cette possibilité ne nécessitait pas de disposition expresse étant donné l'existence du principe d'autonomie de la volonté¹⁹⁹.

Une première partie de la doctrine considère la Convention comme le cadre légal le mieux adapté à gouverner une vente internationale. Dans ce même fil d'idées, un auteur déclare qu'il «*ne voit en soi aucun inconvénient à ce que les dispositions de la convention soient choisies, alors qu'elles ont été spécialement conçues pour la vente internationale, élaborées dans un cadre universel et ratifiées par un nombre respectable d'États.*»²⁰⁰ Le recours à la Convention pour jouer le rôle de la *lex contractus* peut s'expliquer par la «*peur de l'inconnu*»²⁰¹. En effet, les parties préfèrent choisir une loi qu'ils connaissent, maîtrisent et peuvent facilement interpréter plutôt que de voir une loi étrangère régir leur relation contractuelle. Cela étant, la convention est lacunaire. Elle ne régule en effet pas toutes les situations qui peuvent se

¹⁹⁸ Conférence des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises. Documents de la conférence et comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances des commissions principales, Doc. N.U. A/CONF.97/C.1/L.32 (13 mars 1980), p. 93, en ligne :

<<http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/sales/cisg/a-conf-97-19.pdf>> (consulté le 25 mars 2010)

¹⁹⁹ Id., p. 286

²⁰⁰ B. AUDIT, *La vente internationale de marchandises. Convention des Nations Unies du 11 avril 1980*, préc., note 34 p. 40, voir aussi : Fritz ENDERLEIN et Dietrich MASKOW, *International sales law. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods. Commentary*, New York, Oceana, 1992, n° 51, ces auteurs confirment à leur tour que "[t]he Convention can be interpreted in such a way that its application ... can be agreed. In this case the substantive and territorial, and hence personnel and time scope of application, can be extended", Peter SCHLECHTRIEM, "Uniform sales law. The UN-Convention on contracts for the international sale of goods", préc., note 26, considère également que "[n]ot only can the parties agree to reject the application of the Convention, but they can also agree to apply the Convention when the preconditions for application have not been met", cités par Franco FERRARI, "Remarks on the UNCITRAL digest's comments on article 6 CISG", (2005-2006) 25 *J.L. & com.* 13, 35 en ligne :

<<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ferrari13.html>> (consulté le 25 mars 2010), voir également: Michael Joachim BONELL et Fabio LIGUORI, "The U.N. Convention on the international sale of goods. A critical analysis of current international case law. 1997 (Part I)", (1997) 2 *U.L.R.* 385, 392, ces auteurs admettent également que "*The view that the parties' agreement to submit the contract to the law of a Contracting State is equivalent to an implied choice of the Convention, can by now be considered widely accepted*", en ligne : <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/libo6.html>> (consulté le 25 mars 2010)

²⁰¹ F. FERRARI, «*Quelles sources de droit pour les contrats de vente internationale de marchandises? Des raisons pour lesquelles il faut aller au-delà de la CVIM*», préc., note 110, 411

présenter dans le cadre d'une relation contractuelle. Une loi nationale désignée soit par les parties, soit par les règles de conflit du for sera donc en tout état de cause également applicable.

Pour les tenants de cette position, le choix de la Convention par les parties constitue une réelle élection de droit au sens du droit international privé. La loi nationale applicable ne s'appliquera donc que de manière subsidiaire aux dispositions conventionnelles. Cette thèse suppose toutefois que le droit international privé du for reconnaisse le principe d'autonomie comme une réelle règle de conflit²⁰².

Cette position doctrinale ne fait toutefois pas l'unanimité, certains auteurs étant en effet contre le choix des parties de désigner la Convention en tant que *lex contractus*. L'argument avancé par cette partie de la doctrine tient à l'origine et à la nature même de la Convention. Ainsi on peut lire que la Convention est «*dépourvue, par elle-même, de toute valeur normative propre*» dans la mesure où elle ne représente qu'un «*texte proposé à l'adhésion des États. Et c'est de cette adhésion qu'elle subordonne elle-même son applicabilité. Il s'ensuit qu'en dehors de cette adhésion, elle ne saurait avoir vocation à régir, au sens propre du mot, les relations contractuelles, puisque c'est aux États contractants qu'elle emprunte sa nature de source de droit*»²⁰³. Selon les partisans de cette théorie, sauf à interpréter la désignation de la Convention comme la désignation de la loi d'un état contractant ayant intégré la Convention dans son droit interne, il convient d'accorder à la Convention désignée par les parties une valeur de «*document contractuel*» mais certainement pas une valeur de «*lex contractus*»²⁰⁴. La désignation de la Convention est donc considérée par ces auteurs comme une simple incorporation matérielle dans le contrat des règles de la Convention.

Cette hypothèse de contractualisation des règles conventionnelles implique le respect et donc la primauté des normes impératives du droit

²⁰² Vincent HEUZÉ, *La vente internationale de marchandises. Droit uniforme*, préc., note 31, p. 114

²⁰³ Id.

²⁰⁴ Id.

national applicable en vertu des règles de conflit de lois du for²⁰⁵. La doctrine soutient en effet que «*La réception du droit non étatique n'est rendue possible que grâce à l'adoption d'une règle de conflit de for. Le droit non étatique ne s'applique que dans la mesure où le droit étatique l'y autorise et dans les limites que celui-ci lui fixe*»²⁰⁶. En d'autres termes, le droit uniforme ne peut se substituer qu'aux dispositions supplétives du droit national applicable²⁰⁷.

Nous allons voir que la volonté des parties a un tout autre impact lorsque le litige est confié à un arbitre.

Section 2: Portée d'une clause contractuelle d'«opting in» face à l'arbitre

Les controverses ci-dessus disparaissent lorsqu'il est question de la portée d'une clause d'«opting in» dans un litige confié à un tribunal arbitral. Les parties définissant la mission de l'arbitre, ce dernier n'aura en effet d'autre choix que de respecter leur volonté de rendre la Convention applicable, même si leur relation contractuelle ne remplit pas les conditions d'applicabilité de la loi uniforme. En cas de conflit entre les dispositions de la Convention et celles de la loi nationale purement subsidiaire choisie, soit par les parties soit par l'arbitre, afin de combler les lacunes de la Convention, les premières prévaudront sur les secondes. Les seules règles dominant les dispositions de la Convention dans ce cas sont les règles d'ordre public international et les lois de police. Il a en ce sens été affirmé que «*la soumission expresse du contrat à la convention équivaut à sa soumission comme à un ordre juridique*»²⁰⁸.

Théoriquement, la technique de l'«opting in» semble simple, efficace et souple lorsqu'elle est présentée devant un arbitre. Toutefois, sa mise en œuvre dans la pratique a présenté quelques difficultés et a mené à des

²⁰⁵ S. MARCHAND, préc., note 14, p. 139

²⁰⁶ Léna GANNAGÉ, «Le contrat sans loi en droit international privé et droit non étatique», (2007) 11.3 *Electronic Journal of Comparative Law* 1, 26, en ligne : <<http://www.ejcl.org/113/article113-10.pdf>> (consulté le 26 mars 2010)

²⁰⁷ P. SCHLECHTRIEM et C. WITZ, préc., note 11, p. 25

²⁰⁸ E. S. DARANKOUM, préc., note 159, p. 108

sentences fortement critiquables, tel que la sentence n°7585 rendue en 1994 par la CCI²⁰⁹. Il s'agissait d'un contrat conclu entre une société italienne et une société finlandaise. La Finlande ayant émis la réserve de l'article 92 de la Convention²¹⁰, les conditions d'applicabilité spatiale de la Convention n'étaient pas remplies. Les cocontractants ont donc précisé expressément dans leur contrat que la Convention régirait néanmoins leur accord. Plutôt que de respecter la volonté des parties en appliquant directement la Convention de Vienne, l'arbitre unique saisi du litige survenu ensuite a désigné une loi applicable au contrat, en estimant qu'il devait vérifier la portée de la clause stipulant l'application de la Convention. La démarche suivie par cette arbitre a été très critiquée car il aurait dû respecter la volonté des parties.

L'application de la Convention par un arbitre soulève par ailleurs la question de savoir si cette Convention peut être appliquée au titre de la *lex mercatoria*. Face à cette question, la doctrine n'arrive pas jusqu'à présent à adopter une solution unique. Tandis qu'une partie approuve l'application de la Convention au titre de la *lex mercatoria*, une autre partie pense que cette idée est profondément contestable.

Les auteurs favorables à cette thèse assurent que ladite Convention peut être appliquée par les juridictions arbitrales en tant qu'expression de la *lex mercatoria* «*non seulement lorsqu'elle aura été reconnue applicable, mais chaque fois que les arbitres sont appelés d'une manière ou d'une autre à se référer aux usages du commerce*»²¹¹.

Au contraire, l'autre partie de la doctrine conteste cette thèse tout d'abord par un argument lié à l'origine de la Convention. En effet, la Convention n'a pas été créée par «*la très hypothétique «société des marchands»*», mais bien par les représentants des États²¹². Elle estime

²⁰⁹ Décision rendue dans l'affaire n° 7585, Cour internationale d'arbitrage de la CCI, 1994, *J.D.I.* 1995, p. 1015 et suiv.

²¹⁰ *Supra*, p. 54

²¹¹ Bernard AUDIT, «The vienna sales convention and the *lex mercatoria*», dans Thomas E. CARBONNEAU, *Lex Mercatoria and arbitration. A discussion of the new law merchant*, Dobbs Ferry, N.Y., Transnational Juris Publications, 1990, p. 173 cité par V. HEUZÉ, *La vente internationale de marchandises. Droit uniforme*, préc., note 31, p. 116

²¹² V. HEUZÉ, *La vente internationale de marchandises. Droit uniforme*, préc., note 31, p. 117

ensuite qu'invoquer la *lex mercatoria* lorsque la Convention a été reconnue applicable est totalement inutile et causerait une insécurité juridique pour les parties qui, alors que la Convention n'est applicable ni d'office, ni sur base de leur volonté, entendraient probablement voir leur contrat régi par des règles différentes²¹³. Selon cette thèse, il est donc inopportun de se référer à la *lex mercatoria* dans le cadre de l'application de la Convention.

En définitive, on constate que la question de l'«opting in» est délicate et a suscité un bon nombre de difficultés. Nous allons analyser dans la suite de ce travail ce qu'il en est des clauses de l'«opting out».

²¹³ *Id.*

Chapitre II : «Opting out» de la Convention

Pour rappel, l'article 6 de la Convention dispose que «*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.*» Contrairement à l'«opting in», l'«opting out» est expressément prévu par la Convention.

En vertu de ce principe, les parties dont l'accord remplit les conditions d'application matérielle et spatiale de la Convention ont la possibilité d'exclure l'application de celle-ci, soit totalement par le jeu des règles de droit international privé, soit partiellement en restreignant son application substantielle. «*En d'autres termes, l'absence d'exclusion constitue une condition négative d'applicabilité de la Convention*»²¹⁴.

L'«opting out» de la Convention par les parties peut être exprès ou tacite. Le premier n'a pas suscité de grandes difficultés contrairement au second, qui n'a pas été expressément envisagé par l'article 6 de la Convention. Nous allons donc analyser ces deux possibilités en deux sections séparées.

Section 1: La question de l'«Opting out» exprès

La Convention offre donc la liberté aux parties d'exclure totalement ou partiellement sa compétence même si toutes les conditions d'application nécessaires à son application sont réunies (§1). Si l'exclusion totale de la Convention par le biais des règles de droit international privé ne se heurte à aucune restriction, tel n'est pas le cas de son exclusion partielle au niveau matériel. En effet, cette possibilité contient certaines réserves (§2).

§1- L'exclusion totale ou partielle de la Convention :

La possibilité octroyée aux parties d'exclure totalement ou partiellement les dispositions de la Convention consacre d'une part le principe de la liberté

²¹⁴ F. FERRARI, *Contrat de vente internationale. Applicabilité et applications de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, préc., note 2, p. 115

contractuelle des parties et d'autre part l'intention des auteurs de la Convention de donner un caractère supplétif à la Convention. Les parties sont libres de choisir la loi ou les dispositions qui s'adaptent le plus à leurs besoins. Elles peuvent exclure soit l'ensemble de la Convention et désigner une autre loi applicable, soit exclure certaines dispositions de la Convention par le choix d'autres dispositions spécifiques.

Dans la première hypothèse, on distingue l'exclusion expresse de la Convention avec ou sans la mention du droit applicable. Lorsque les parties excluent la Convention tout en désignant le droit applicable, le juge ou l'arbitre doit se soumettre à la volonté de ces derniers et appliquer la loi choisie. Si le choix se porte sur la loi d'un État contractant, ce choix doit mener à l'application de la loi interne de cet État puisque les parties ont expressément souhaité exclure la Convention. De même si le choix des parties mène à l'application d'une loi invalide, le juge ou l'arbitre doit se référer à ses critères de rattachement objectifs pour déterminer la loi applicable, et dans la mesure où ces critères mènent à l'application de la loi d'un État contractant, le juge ou l'arbitre doit exclure la Convention et appliquer le droit interne de cet État.

Lorsque les parties excluent l'application de la Convention sans toutefois désigner le droit applicable, la doctrine majoritaire soutient que la loi applicable sera celle désignée par les règles de droit international privé du for et que, si cette loi est celle d'un État contractant, seul le droit interne sera applicable à l'exclusion de la Convention²¹⁵. Cette opinion est à notre sens justifiée puisque la volonté des parties est expressément d'écarter l'application de la Convention de Vienne.

Dans la seconde hypothèse, à savoir l'exclusion partielle de la Convention, il convient également de distinguer le cas où les parties choisissent expressément d'autres dispositions applicables de celui où elles n'opèrent pas un tel choix. La situation qui se présente le plus fréquemment dans le premier cas, est celle où les parties incluent dans leur contrat

²¹⁵ J. O. HONNOLD, préc., note 27, p. 78, cite dans F. FERRARI, *Contrat de vente internationale : applicabilité et applications de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, préc., note 2, p. 132

certaines clauses qui, consciemment ou non, sont incompatibles avec certaines dispositions de la Convention, par exemple en choisissant un incoterm en particulier ou en déterminant les dommages et intérêts. C'est ainsi par exemple que la Cour d'appel de Grenoble²¹⁶ a admis que l'accord des parties sur le prix prévalait sur la référence au prix du marché visée par l'article 55 de la Convention. Cet arrêt déjà précité illustre bien le cas où une clause incompatible avec les dispositions de la Convention peut être stipulée sans toutefois que les parties aient expressément précisé leur intention d'é luder une disposition de la Convention. C'est dans ce sens que Horatia Muir Watt a souligné ce qui suit :

«Si la substitution globale d'une autre source de droit de la vente internationale requiert une manifestation de volonté consciente quant à sa portée à cet égard, le choix d'une solution matérielle déterminée suffit à écarter une disposition incompatible de la CVIM, sans qu'il apparaisse nécessairement que les parties étaient conscientes, ce faisant, de soumettre la stipulation exclue au régime qui, en vertu de la loi du contrat, s'applique à défaut des dispositions conventionnelles.»²¹⁷

Le cas où les parties excluent partiellement la Convention sans pour autant opter pour d'autres dispositions ou lois applicables, a quant à lui suscité quelques interprétations différentes. Tandis que les uns pensent que les questions exclues doivent être interprétées selon les principes généraux de la Convention comme l'indique l'article 7.2²¹⁸, d'autres soutiennent que les règles applicables dans ce cas sont celles déterminées, comme dans les situations d'exclusion totale de la Convention, par le droit international privé du for²¹⁹. Selon Ferrari, cette opinion est parfaitement justifiable dans la mesure où *«Il serait pour le moins étonnant de vouloir rejeter l'application de dispositions spécifiques expressément prévues dans la convention, et donc*

²¹⁶ Grenoble, préc., note 51, en ligne : <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=127&step=FullText> (consulté le 17 mars 2010), dans cette affaire la cour a décidé que *«la référence faite par l'article 55 de la convention de Vienne au prix du marché pour autant que cet article soit applicable en la cause-cède devant un accord contraire des parties comme l'ensemble des dispositions de la convention de Vienne à l'exception de l'article 12 (article 6).»*

²¹⁷ Haratia MUIR WATT, «Chronique sur l'application de la convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises du 11 avril 1980», (1997) *R.D.A.I.*, 618

²¹⁸ Article 7, préc., note 7

²¹⁹ F. FERRARI, *Contrat de vente internationale. Applicabilité et applications de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, préc., note 2, p. 133

nécessairement en conformité avec les principes généraux de celle-ci, pour rendre applicables les principes généraux dont la convention s'inspire.»²²⁰

Que ce soit partiellement ou totalement, les parties sont donc autorisées à exclure la Convention mais seulement sous réserve des dispositions de l'article 12 de la Convention.

§2- Les limites de l'exclusion partielle de la Convention :

La seule limite expressément imposée à la volonté des parties d'exclure la Convention est dictée par l'article 12 de cette dernière, lequel énonce 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, 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 État 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.»

Les articles 11²²¹, 29²²² ainsi que certaines dispositions de la deuxième partie de la Convention, ne soumettent pas la formation, la modification ainsi que la résolution d'un contrat à l'établissement d'un écrit. Certains États dont la législation impose cette forme écrite ont émis des contestations, de sorte que l'article 96²²³ a été introduit. Cet article permet à ces États d'exclure

²²⁰ Id.

²²¹ Article 11 CVIM «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»

²²² Article 29 CVIM «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.»

²²³ Article 96 CVIM «Tout État 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 État.»

l'application des articles 11, 29 ou de la deuxième partie de la présente Convention lorsque l'une des parties est établie sur son territoire.

L'article 12 interdit en outre aux parties d'annuler l'effet de la réserve de l'article 96 émise par l'État sur lequel une des parties aurait son établissement. L'introduction de cet article, qui constitue une exception au principe de l'autonomie de la volonté des parties et la seule disposition à caractère impératif de la Convention, est à nouveau le résultat d'un compromis visant à contenter les États qui ont formulé cette réserve de l'article 96 de la Convention²²⁴. Notons bien cependant que la limite de l'article 12 ne s'applique que lorsqu'il s'agit d'une exclusion partielle de la Convention, si les parties souhaitent l'exclure totalement, l'article 12 sera alors exclu.

Il importe de mentionner par ailleurs que dans l'hypothèse où un contrat est conclu entre un État réservataire et un autre non réservataire, les règles de conflit de lois du for détermineront la forme que les parties doivent respecter.

Outre l'interdiction explicite formulée par l'article 12, il convient également de souligner que les parties ne pourront pas non plus déroger aux dispositions qui ne les concernent pas, c'est à dire les dispositions finales de la Convention (art 89-101) qui visent les états contractants ou l'article 28 qui vise plutôt les tribunaux.

Mis à part les exceptions relevées ci-dessus, toutes les autres dispositions de la Convention peuvent faire l'objet d'une dérogation. En définitive, l'exclusion volontaire du champ d'application de la Convention ne cause pas de réelles difficultés lorsqu'elle est expresse. Tel n'est toutefois pas le cas lorsque cette exclusion est faite de manière implicite par les parties.

Section 2 : La question de l'«Opting out» tacite

²²⁴ K. H. NEUMAYER, C. MING et F. DESSEMONTET, préc., note 33, p. 130

A la différence de la LUVI²²⁵, la Convention de Vienne ne prévoit pas explicitement dans son article 6 que son exclusion peut être tacite. Le groupe de travail de la Commission des Nations unies pour le droit commercial international, chargé de la préparation de la Convention de Vienne, a voulu en réalité s'éloigner de la Convention de La Haye car il craignait que la référence à une exclusion implicite encourageât les tribunaux à admettre, sur des bases insuffisantes, que l'application de la Convention avait été complètement écartée²²⁶ par les parties. Ainsi, le fait que l'«opting out» tacite n'ait pas été autorisé expressément par l'article 6 de la Convention ne signifie pas qu'une telle possibilité soit écartée par la Convention. Ce choix a été fait uniquement dans le but d'éviter que les tribunaux ne concluent trop rapidement à une exclusion implicite.

Il est toutefois unanimement reconnu qu'il doit exister des «*indications claires et précises des parties quand à leur volonté d'une telle exclusion*»²²⁷. Lorsque les parties se mettent d'accord en vertu du principe de l'autonomie de la volonté sur plusieurs aspects de leur relations tels que le choix du for ou de la loi applicable à leur rapport contractuel en cas de conflit, la référence aux Incoterms ou aux usages dérogatoires au droit uniforme, le juge saisi devra vérifier à chaque fois si la volonté des parties était d'écarter ou non la Convention. Chacun de ces points stipulés dans le contrat peut susciter des difficultés d'interprétation.

Une controverse porte en outre sur la question de savoir à quel moment la volonté des parties d'exclure la Convention doit se manifester. Est-ce, comme certains le défendent, au plus tard au moment de la conclusion du contrat, ou est-ce que cette volonté peut se manifester ultérieurement? Toutes ces difficultés nous amènent à envisager le problème de l'«opting out» tacite

²²⁵ Article 3 LUVI «Les parties à un contrat de vente sont libres d'exclure totalement ou partiellement l'application de la présente loi. Cette exclusion peut être expresse ou tacite»

²²⁶ *Conférence des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises. Documents de la conférence et comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances des commissions principales*, Doc. N.U. A/CONF.97/5 (14 mars 1979), p. 18, en ligne : <<http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/sales/cisg/a-conf-97-19.pdf>> (consulté le 25 mars 2010)

²²⁷ F. FERRARI, *Contrat de vente internationale. Applicabilité et applications de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, préc., note 2, p. 121

réalisé par les parties par les stipulations contractuelles (§1) et l'«opting out» tacite exprimé par les parties postérieurement à la conclusion du contrat (§2).

§1- L'« opting out » tacite exprimé dans les stipulations contractuelles des parties :

Les problèmes majeurs suscités par les parties lors de leur relation contractuelle concernent premièrement la clause du choix de la loi applicable au contrat (A), ensuite la clause d'élection du for (B), et enfin la clause qui se réfère aux usages ou aux Incoterms (C)

A) Choix de la loi applicable :

Il n'est pas contesté que la référence dans un contrat à la loi d'un État non contractant exclu implicitement la Convention. Par contre, la référence des parties au droit d'un État contractant en particulier, sans autre indication, dans leur contrat de vente, laisse les auteurs perplexes quant à l'applicabilité de la Convention. Est-ce que la mention de ce droit vaut un «opting out» tacite de la Convention de Vienne? Plus précisément est-ce que le choix de la loi d'un État contractant équivaut à une exclusion implicite du champ d'application de la Convention puisque chaque État contractant a dans son système juridique deux droits de la vente, un général et l'autre spécial?

Cette question pointue divise les auteurs. Il y a ceux qui considèrent que le choix de la loi d'un État contractant signifie implicitement l'exclusion de la Convention²²⁸, et il y a ceux qui soutiennent que la simple référence au droit de l'État contractant sans précision particulière quant à l'application du droit général ou spécial ne doit pas être interprétée comme une exclusion tacite des dispositions de la Convention²²⁹. Une autre interprétation du choix de la loi d'un État contractant peut être la volonté d'appliquer la loi nationale de l'État contractant aux questions non régies par la Convention, tel que précisé aux articles 4 et 5 de cette dernière. Selon Ferrari, un tel choix permet «d'éviter le

²²⁸ Voir la doctrine citée par F. FERRARI, *Contrat de vente internationale. Applicabilité et applications de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, préc., note 2, p. 123

²²⁹ Id., p. 124

recours aux règles de rattachement objectives complexes du droit international privé afin de déterminer la loi applicable aux questions non régies par la convention»²³⁰.

La question du choix de la loi applicable au contrat a déjà été particulièrement débattue lors des travaux préparatoires de la Convention. La délégation belge avait proposé d'introduire à l'article 6 un détail selon lequel L'application de la convention sera exclue si les parties ont prévu que leur contrat est soumis à un droit national spécifique²³¹, de même, le Canada proposait une disposition contractuelle prévoyant que le contrat est régi par la loi d'un État particulier, une telle disposition pourra sembler suffisante pour exclure l'application de la convention, même lorsque la loi de cet État a incorporé les dispositions de la conventions²³². Toutes ces propositions se sont vues rejetées par les autres délégations au motif qu'une fois ratifiée, la Convention devient le nouveau droit interne des États contractants et par conséquent, la seule désignation de la loi de ces États impliquerait nécessairement l'application de la Convention.

Un argument qui va dans le sens de cette opinion dominante est celui lié à l'applicabilité de la Convention en vertu de l'art 1.1(b). En effet, si la seule référence au droit d'un État contractant menait automatiquement à l'exclusion de la Convention, cela risquerait de limiter la plupart du temps l'utilité les dispositions de l'art 1.1(b) de ladite Convention. En ce sens Witz explique que :

«Si la seule désignation par les parties du droit national d'un État contractant pouvait valoir exclusion implicite du droit uniforme de la vente, l'art 1^{er}, §1, b de la convention serait fréquemment paralysé; l'application de la convention par le biais de cette disposition serait arbitrairement restreinte aux cas dans lesquels la loi d'un État contractant est rendue applicable en raison de la localisation objective du contrat dans

²³⁰ Id., p. 126-127

²³¹ Conférence des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises. Documents de la conférence et comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances des commissions principales, Doc. N.U. A/CONF.97/C.1/L.41 (13 mars 1980), p. 93, en ligne :

<<http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/sales/cisg/a-conf-97-19.pdf>> (consulté le 25 mars 2010)

²³² Id., Doc. N.U. A/CONF.97/C.1/L.10

cet État. On viderait ainsi l'art. 1^{er}, §1, b de la convention d'une grande partie de sa substance, contrairement à la volonté de ses auteurs.»²³³

Il nous semble par conséquent fort critiquable de considérer que la clause désignant la loi d'un État contractant conduit systématiquement à l'exclusion implicite de la Convention, d'autant plus que le système mis en place par la Convention est celui de l'«opting out», c'est-à-dire qu'à supposé que les conditions d'application de la Convention soient réunies, celle-ci s'applique de plein droit, à moins que les parties ne l'aient exclue et non l'inverse²³⁴. Tout doute quant à leur volonté bénéficié à l'application de la Convention. Cette théorie selon laquelle la Convention est présumée s'appliquer à défaut de volonté inverse certaine des parties n'est toutefois pas partagée par tous²³⁵.

La majorité de la doctrine considère qu'avant de se prononcer sur le droit applicable, le juge va devoir rechercher l'intention réelle et certaine des cocontractants. Il va devoir identifier si celle-ci va ou non vers un «opting out» de la Convention. Selon cette thèse, il conviendrait dès lors de juger au cas par cas²³⁶. À cet effet, l'article 8 de la Convention fixe les règles d'interprétation suivantes :

«1) Aux fins de la présente Convention, les indications et autres comportements d'une partie doivent être interprétés selon l'intention de celle-ci lorsque l'autre partie connaissait ou ne pouvait ignorer cette intention.

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'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.»²³⁷

²³³ Claude WITZ, «L'exclusion de la convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises par la volonté des parties. Convention de Vienne du 11 avril 1980», D. 1990.111

²³⁴ *Id.*

²³⁵ K. H. NEUMAYER, C. MING et F. DESSEMONTET, préc., note 33, p. 88-89

²³⁶ N. WATTÉ et A. NUYTS, préc., note 39, 419

²³⁷ Pour une analyse détaillée de l'article 8 de la CVIM voir : K. H. NEUMAYER, C. MING et F. DESSEMONTET, préc., note 33, p. 111-115

Malgré cet article, il est souvent très délicat de prouver la réelle intention des parties d'exclure les règles uniformes de leur rapport contractuel.

Reflétant ces différences de positions doctrinales, la jurisprudence paraît à son tour partagée quant à la portée d'une telle clause²³⁸. Le tribunal de Monza, en Italie, s'est rallié à la position doctrinale minoritaire dans son jugement rendu le 14 janvier 1993²³⁹. Il s'agissait en l'espèce d'une vente de 1000 tonnes de métal conclue entre un vendeur italien et un acheteur suédois. Un conflit surgit entre les parties et le tribunal italien fut saisi. Les parties stipulaient dans leur contrat qu'en cas de conflit, la loi italienne recevrait application. Cette clause a été interprétée par le tribunal de Monza comme un «opting out» tacite de la Convention de Vienne et il a appliqué le droit interne italien. En effet, d'après ce tribunal, la Convention n'a vocation à s'appliquer que dans la mesure où les parties n'ont pas choisi la loi gouvernant leur contrat. Ce même raisonnement a été suivi par la cour arbitrale de Florence dans un cas où les parties avaient choisi d'appliquer la loi italienne à leur contrat²⁴⁰.

La Cour de cassation française²⁴¹ également, lors d'un litige entre un vendeur français et un acheteur irlandais, a confirmé l'arrêt rendu par la cour d'appel de Colmar²⁴² qui avait écarté la Convention et appliqué la loi nationale française choisie par les parties en expliquant que, bien que le contrat conclu soit international, il *«doit être soumis à la loi française expressément choisie par les parties pour trancher tout litige le concernant et non à la convention de Vienne invoquée par la société Musgrave. En effet, s'agissant de la loi*

²³⁸ N. WATTÉ et A. NUYTS, préc., note 39, 419

²³⁹ (*Nuova Fucinati S.p.A. v. Fondmetall International A.B.*), Affaire n° R.G. 4267/88, (14 janvier 1993), (Tribunal civil de Monza), en ligne :

<<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930114i3.html>> (consulté le 18 mars 2010)

²⁴⁰ (*Società X. c. Società Y.*), Tribunal ad hoc, 19 avril 1994, Florence, Diritto del Commercio Internazionale, 1994, p. 861-867, en ligne :

<<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940419i3.html#cabc>> (consulté le 18 mars 2010)

²⁴¹ Com. 17 déc. 1996, D. 1997.337, obs. Witz, en ligne :

<<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=245&step=FullText>> (consulté le 18 mars 2010) (vérifier)

²⁴² Colmar, 26 sep. 1995 : *unilex.info* :

<<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=236&step=FullText>> (consulté le 18 mars 2010)

applicable, ladite convention est simplement supplétive de la volonté des parties à laquelle son article 6 renvoie expressément.»

Ces décisions sont fortement critiquées par les auteurs qui considèrent que la seule mention de la loi d'un État contractant sans aucune autre précision ne vaut pas exclusion tacite de la Convention²⁴³.

Inversement, une autre partie de la jurisprudence considère la Convention comme faisant partie intégrante du droit des États contractants et applique donc systématiquement la Convention lorsque les parties choisissent la loi d'un État contractant. On peut citer à cet égard plusieurs décisions de juridictions allemandes et belges²⁴⁴. C'est le cas d'une sentence arbitrale²⁴⁵, rendue en 1993 au sujet d'un contrat conclu entre une entreprise allemande vendant des barres métalliques en acier et un organisme de droit syrien. Les parties avaient convenu que «*the substantive laws of France*» seraient applicables à leur contrat. Partant, l'arbitre conclut à l'application de la Convention car «*depuis le 1er janvier 1988, le droit français de la vente internationale est constitué par la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, dite Convention de Vienne du 11 avril 1980. La marchandise objet du contrat entre sans discussion possible dans le champ d'application de cette Convention.*» L'arbitre ajoute que «*La volonté des parties de se référer au droit français conduit le tribunal arbitral, pour toutes les questions non spécialement couvertes par la Convention de Vienne, à retenir le droit français en matière de preuve, de*

²⁴³ Franco FERRARI, «Interpretative decision applying GISG, commentary. Uniform law of international sales. Issues of applicability and private international law», (1995) *J.L & COM* 159, 174

²⁴⁴ Voir : Affaire n° 22 U 202/93, (22 février 1994), (Oberlandesgericht Köln), en ligne : <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=54&step=FullText>> (consulté le 25 mars 2010), Affaire n° VIII ZR 300/96, (25 juin 1997), (Bundesgerichtshof), en ligne : <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=257&step=FullText>> (consulté le 25 mars 2010), (BVBA K. v. V. BV), Affaire n° A.R. 584/98, (4 octobre 1999), (Rechtbank van koophandel, district Court Hasselt), en ligne : <<http://www.law.kuleuven.be/ipr/eng/cases/1999-10-04.html>> (consulté le 25 mars 2010)

²⁴⁵ (*Maaden. c. Thyssen*) décision rendue dans l'affaire n°6653, Cour internationale d'arbitrage de la CCI, 26 mars 1993, Paris, en ligne : <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=36&step=FullText>> (consulté le 18 mars 2010)

théorie générale des obligations et, le cas échéant, de droit interne de la vente.»

En définitive, l'article 6 suscite des difficultés d'interprétation. On relève toutefois une pratique majoritaire consistant à n'admettre l'exclusion implicite que de façon exceptionnelle, comme par exemple lorsque la volonté des parties qui ont désigné la loi d'un État contractant est interprétée par les juridictions comme incluant la Convention. Peu de juridictions se penchent toutefois sur la volonté réelle des parties, ce qui nous semblerait pourtant mieux coller à l'esprit de la Convention selon lequel celle-ci est supplétive à la volonté des parties.

B) La clause d'élection du for :

Le choix du for peut exprimer l'intention tacite des parties d'exclure l'application de la Convention de leur relation contractuelle. En effet, si par exemple les parties choisissent le for d'un État non contractant sans apporter d'autres précisions, la volonté des parties sera probablement interprétée comme souhaitant l'application du droit national de ce lieu, à l'exclusion de la Convention. Tel ne sera par contre pas le cas lorsque le choix des parties se porte sur le for d'un État contractant, la Convention étant en principe alors appliquée par le juge saisi. Toutefois, certains auteurs considèrent que dans le cas où *«le vendeur et l'acheteur ont voulu que leur litige soit tranché par un juge d'un État neutre et qu'ils sont convenus en conséquence de l'élection d'un for suisse par exemple, on peut en conclure qu'ils ont voulu que le juge applique son propre droit national, c'est-à-dire le code des obligations.»*²⁴⁶

Ceci nous mène à la question de savoir quelle loi appliquera la juridiction arbitrale désignée par les parties, sachant que celle-ci n'a pas de *lex fori*?

Les arbitres sont en effet complètement libres de tout droit étatique. La détermination du droit applicable constitue alors une tâche épineuse. En effet, *«Si le juge étatique peut résoudre plus facilement la question en appliquant sa*

²⁴⁶ K. H. NEUMAYER, C. MING et F. DESSEMONTET, préc., note 33, p. 93

*propre loi, dite loi du for ou lex fori, l'erreur consisterait à croire que l'arbitre puisse en faire de même».*²⁴⁷

Force est de constater dans les cas d'absence d'une clause d'electio juris, que l'inexistence d'une lex fori crée un vide juridique néfaste à la sécurité juridique des parties au contrat car toute solution rendue sera imprévisible²⁴⁸. Dans une telle hypothèse, l'arbitre est amené à choisir la loi qui correspond le plus aux intérêts mutuels des parties, sans quoi les parties seraient incitées à se détourner de l'arbitrage au profit des tribunaux.

C) La clause se référant aux usages ou aux incoterms :

S'agissant des usages, l'article 9 de la Convention de Vienne dispose que :

«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.»

Aux termes de cet article, les usages qui lient les parties ont préséance sur la Convention. Par conséquent, si la relation des cocontractants est réglée par un ou plusieurs usages, ces usages valent «opting out» tacite des règles matérielles prévues dans ce domaine par la Convention.

Certains tribunaux estiment toutefois que la Convention ne doit pas être écartée lorsque les parties se réfèrent aux usages car ils considèrent que la Convention même fait partie des usages du commerce international. Partant, en 1989 la Cour arbitrale de la Chambre du Commerce International a soutenu qu'«il n'y a pas de meilleure source pour déterminer les usages du commerce

²⁴⁷ Emmanuel Sibidi DARANKOUM, «L'application de la convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises par les arbitres de la chambre de commerce internationale en dehors de la volonté des parties est-elle prévisible?», (2004) 17-2 *R.Q.D.I.* 1, 5
²⁴⁸ Id, p. 7

en vigueur que les dispositions de la Convention des Nations-Unies sur la Vente Internationale de Marchandises du 11 avril 1980»²⁴⁹.

Une telle considération n'est toutefois pas partagée par tous. En effet, les usages et la Convention n'ont pas la même genèse. Tandis que les premiers sont le fruit des pratiques marchandes, la seconde est celui du législateur. De surcroît, les termes de l'article 9 de la Convention sont suffisamment clairs que pour pouvoir affirmer que les dispositions de la Convention ne peuvent être considérées comme des usages, qu'elles sont subsidiaires et qu'elles s'évincent devant les usages qui lient les parties.

Dans son deuxième paragraphe, l'article 9 de la Convention règle le cas de référence tacite aux usages. Dans cette hypothèse, les usages qui sont en contradiction avec la Convention prévalent lorsque deux conditions sont réunies : la première est celle où les usages doivent être connus ou sensés connus dans le pays ou la région dans laquelle les parties opèrent et la deuxième est celle où les usages doivent être couramment pratiqués («*régulièrement observé*») dans le type d'activité et pour le type de contrat en cause²⁵⁰.

Quant aux Incoterms, précisons tout d'abord qu'ils «*ne constituent pas des usages : ce sont des termes commerciaux répandus dans la pratique de la vente internationale*»²⁵¹. Ces termes n'ont aucune valeur contraignante, ils ont été créés par la Chambre de commerce internationale de Paris dans le but de faciliter la pratique du commerce international. Tout comme la Convention, les Incoterms règlent les questions de la livraison des marchandises et du transfert de risque. Ainsi si les parties désirent être liées par les Incoterms il suffit de le stipuler dans le contrat pour que les dispositions de la Convention à ce sujet soient écartées. Les cours et les tribunaux soutiennent que les

²⁴⁹ Urs Peter GRUBER, «la Convention des Nations-Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM) et l'arbitrage», (2009) 1 *R.D.A.I.* 15, 28

²⁵⁰ B. AUDIT, *La vente internationale de marchandises. Convention des Nations Unies du 11 avril 1980*, préc., note 34, p. 45-46

²⁵¹ K. H. NEUMAYER, C. MING et F. DESSEMONTET, préc., note 33, p. 120

Incoterms sont suffisamment connus pour que la seule référence à ces derniers lie les parties²⁵² et constitue un «opting out» tacite de la Convention.

En tout état de cause, en cas de doute quant à l'interprétation à donner à une référence par les parties à un Incoterm, un usage, une clause d'élection de la loi ou du for, le juge devra se référer à la volonté réelle des parties en recourant aux directives d'interprétation énoncées à l'article 8 de la Convention²⁵³.

§2- L'«opting out» tacite exprimé postérieurement à la conclusion du contrat :

La doctrine majoritaire soutient que rien n'empêche les parties de convenir expressément ou implicitement de l'exclusion des dispositions de la Convention postérieurement à la conclusion du contrat. Cette exclusion peut même s'opérer au cours de la procédure pendante devant le juge ou l'arbitre saisi.

A nouveau, le seul critère est la volonté certaine des parties. Tout doute bénéficie à l'application de la Convention. C'est dans ce sens là que le tribunal Di Vigevano a émis son jugement²⁵⁴. En effet, la Cour a admis qu'en vertu de l'article 6 de la Convention, les parties sont libres d'exclure la convention de

²⁵² Natasha SEGHERS et Francis WALSCHOT, «Les contrats types en rapport avec la CVIM», (2001) 3/4 *R.D.A.I.* 415, 456

²⁵³ K. H. NEUMAYER, C. MING et F. DESSEMONTET, préc., note 33, p. 121

²⁵⁴ (*Rheinland Versicherungen v. S.r.l. Atlarex and Allianz Subalpina S.p.A.*), Affaire n° 405, (12 juillet 2000), (Tribunal Di Vigevano), en ligne :

<<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000712i3.html>> (consulté le 18 mars 2010), dans cette affaire le Tribunal Di Vigevano a appliqué la convention de Vienne lors d'un litige entre un vendeur italien et un acheteur allemand en se fondant sur les la logique suivante : «*In the instant case, considering that the Convention became effective both in Italy and in Germany before the conclusion of the present contract (respectively on January 1, 1998 and January 1, 1991), the contract is governed by the CISG under Article 1(1)(a). We add that the parties did not exercise the power -- allowed them by the Convention -- to exclude application of the CISG. Such an exclusion can be expressly provided for, but it also can be tacitly agreed to, as foreign case law often asserts [...] The fact that during the preliminary legal proceedings in this case the parties based their arguments exclusively on Italian domestic law without any references to the Vienna Convention cannot be considered an implicit manifestation of an intent to exclude application of the Convention [...] even though it is theoretically some evidence of an intent to choose the national law of that State -- does not imply the automatic exclusion of the United Nations Convention [...] We will assume that the parties wanted to exclude the application of the Convention only if it appears in an unequivocal way that they recognized its applicability and they nevertheless insisted on referring only to national, non-uniform law.*»

leur contrat, mais elle considère que la seule référence au droit d'un État lors du procès ne constitue pas un argument suffisant en lui-même pour exclure la Convention. La cour a ajouté que cette exclusion «*nécessitait la conscience des parties de l'applicabilité de la Convention et la persistance de leur intention de se référer au seul droit interne*»²⁵⁵.

Dans une affaire tranchée par la Cour de cassation française le 26 mai 1999, les parties s'étaient mises d'accord dans leurs conclusions sur l'application du droit interne français. La Cour a confirmé l'application du droit français à l'exclusion de la Convention.²⁵⁶

Selon certains auteurs, la question de l'effectivité de l'accord procédural des parties sur la loi applicable à l'exclusion de la Convention «*doit s'insérer dans le cadre plus général de l'office du juge et la liberté des parties dans le débat judiciaire*»²⁵⁷. L'illustration de l'office du juge du fond dans l'application de la Convention peut être faite par la citation de l'arrêt rendu par la Cour de cassation française le 23 janvier 1996. En effet dans une affaire de livraison de vin entre une entreprise de droit italien et une de droit français, les juridictions de premier et second degrés avaient appliqué le droit interne français, à l'exclusion de la Convention, alors que toutes les conditions de l'article 1.1(a) étaient remplies. La Cour de cassation a cassé les décisions rendues en imposant aux juridictions du fond de soulever d'office l'applicabilité de la Convention. Elle a rappelé tout simplement qu'il s'agissait «*d'une vente internationale de marchandises, à laquelle doit s'appliquer la convention de Vienne du 11 avril 1980, entrée en vigueur le 1er janvier 1988 entre la France et l'Italie*»²⁵⁸, sans examiner «*si en se fondant sur le droit interne français pendant le procès, les parties n'avaient pas voulu écarter implicitement la compétence de la convention*»²⁵⁹. Peut-être que la Cour, plutôt que de déclarer d'office applicable la Convention, aurait dû inviter les parties à un

²⁵⁵ N. WATTÉ et A. NUYTS, préc., note 39, 421

²⁵⁶ Civ.1^{er}, 26 mai 1999, D. 2000.788, obs. Witz

²⁵⁷ N. WATTÉ et A. NUYTS, préc., note 39, 421

²⁵⁸ Civ.1^{re}, 23 janv.1996, D. 1996.334, en ligne :

<<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=186&step=FullText>> (consulté le 18 mars 2010)

²⁵⁹ N. WATTÉ et A. NUYTS, préc., note 39, 421

débat contradictoire à ce sujet comme elle l'a d'ailleurs fait par la suite dans une décision datant du 2 octobre 2000²⁶⁰.

Cette même Cour a pris une décision quelque peu contradictoire avec ce qui précède le 25 octobre 2005. Elle a estimé en effet que le silence des parties lors du procès quand à l'application de la Convention valait exclusion tacite de celle-ci. En l'espèce la Cour a souligné ce qui suit :

«Attendu que la société H... P... fait grief à l'arrêt d'avoir statué selon le droit français alors que, s'agissant de ventes internationales, la cour d'appel aurait dû, même d'office, appliquer les articles 35 à 40 de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 ;

Mais attendu que la Convention de Vienne du 11 avril 1980, instituant un droit uniforme sur les ventes internationales de marchandises, en constitue le droit substantiel français ; qu'à ce titre, elle s'impose au juge français, qui doit en faire application sous réserve de son exclusion, même tacite, selon l'article 6, dès lors que les parties se sont placées sous l'empire d'un droit déterminé ; qu'en l'espèce, il résulte de la procédure et de l'arrêt attaqué qu'en invoquant et en discutant sans aucune réserve la garantie de la chose vendue définie par les articles 1641 et suivants du Code civil, toutes les parties ont, en connaissance du caractère international des ventes qu'elles avaient conclues, volontairement placé la solution de leurs différends sous le régime du droit interne français de la vente ; que la cour d'appel n'était donc pas tenue de rechercher, en vertu de la Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels, combinée à l'article 1er, 1, b) de la Convention de Vienne, si les articles 35 à 40 de cette convention s'imposaient, alors que l'article 6 de cette dernière convention permet aux parties d'en écarter l'application ; que les moyens ne sont pas fondés.»²⁶¹

La Cour a estimé dans cette affaire que les parties étaient bien conscientes de la possibilité de l'application de la Convention et que malgré cela, elles se sont référées à l'art 1641 du code civil français. Elle déduit de cette référence au droit français un «opting out» tacite de la Convention. La Cour de cassation subordonne ainsi la mise en œuvre de la Convention de Vienne à son invocation par les parties en cours de procédure.

La décision de la cour est contestable dans la mesure où elle donne l'impression que la Convention ne s'applique que lorsque les parties l'invoquent devant le juge. Or, le silence des parties interprété comme une exclusion tacite de la Convention risque de supprimer le pouvoir d'initiative du juge, de modifier la nature de ladite Convention et d'atteindre à l'essor du droit

²⁶⁰ Civ.1^{re}, 2 oct. 2001, Bull.civ. I, n° 237, en ligne : <http://www.cisg-france.org/decisions/021001v.htm> (consulté le 18 mars 2010)

²⁶¹ Civ.1^{er}, 25 oct. 2005, Bull.civ. I, n° 381, en ligne : <http://www.cisg-france.org/decisions/251005v.htm> (consulté le 18 mars 2010)

uniforme de la vente. La Cour de cassation a conclu d'une façon un peu hâtive que les parties étaient conscientes de l'applicabilité de la Convention. A notre avis, la Cour aurait dû, comme elle l'a fait précédemment, attirer l'attention des parties sur l'existence du droit uniforme et leur demander de prendre position quant à un éventuel «opting out».

Conclusion :

La délimitation du champ d'application de la Convention des Nations-Unies relative aux contrats de vente internationale de marchandises du 11 avril 1980 a constitué dès son origine la principale source de controverses, d'analyses et de commentaires doctrinaux détaillés, en raison principalement des termes généraux et non-définis utilisés dans le texte. Ces termes sont le reflet des compromis entre les souhaits des nombreuses délégations nationales qui ont participé à la conception de la Convention. Les auteurs de celle-ci ont avant tout évité les dispositions qui s'imposeraient strictement, telle qu'une résolution *ipso jure*²⁶², et ils ont au contraire largement favorisé celles qui laisseraient au juge une large marge de manœuvre, compte tenu des règles d'interprétations fixées à l'article 7 de la Convention. Bien que les interprétations autonomes suggérées par les auteurs de doctrine aient souvent constitué un guide précieux pour les juges en pratique, les positions souvent divisées de ces auteurs ont mené à une jurisprudence quelque peu disparate²⁶³. La présente analyse donne un aperçu de ces difficultés rencontrées.

Chaque article de la Convention analysé dans le présent mémoire est source d'hésitations et de confusions. En particulier, il importe de relever celles liées à la définition des termes de «vente», de «marchandises», de «part prépondérante», de «part essentielle» et d'«établissement». Les contrats complexes, tels que les contrats de distribution ou les contrats comprenant des prestations de services, ont suscité de nombreux débats. Sur ce dernier type d'accord, les positions divergent entre autres quant à la teneur des prestations des parties qu'il y a lieu de prendre en compte, et quant au critère économique ou qualitatif à appliquer pour l'évaluation de ces prestations.

La Convention dresse à son article 2 une liste de certains types de vente et de biens exclus de son champ d'application, tels que les ventes aux

²⁶² P. SCHLECHTRIEM et C. WITZ, préc., note 11, p. 7

²⁶³ N. WATTÉ et A NUYTS, préc., note 39, 422-423

enchères, les ventes de biens destinés aux consommateurs ou celles portant sur des valeurs mobilières, ce qui est généralement justifié par le caractère sensible et divergent des réglementations nationales dont elles font l'objet. Les mêmes raisons sont valables pour les matières expressément exclues par les articles 4 et 5 de la Convention. Sont visées les questions relatives à la validité du contrat ou de ses clauses, celles relatives aux effets produits par le contrat sur la propriété de la marchandise, ainsi que celles liées à la responsabilité des produits défectueux. Mis à part ces exclusions explicites, d'autres le sont de manière implicite, soit en raison des lacunes matérielles du droit uniforme, soit par le jeu de l'interprétation. Ainsi, la question de savoir si la vente de certains biens intangibles, tels que les logiciels, peut être considérée comme une vente de marchandise, a fait l'objet de vifs débats. Actuellement, la doctrine et jurisprudence majoritaires ont répondu par l'affirmative en ce qui concerne les logiciels standards. Ces particularités donnent lieu à des situations complexes où le droit conventionnel et le droit interne doivent coexister pour gérer un même contrat.

Les difficultés au niveau du champ d'application spatial de la Convention apparaissent principalement lorsqu'une vente a été conclue par un intermédiaire ou lorsqu'une référence doit être faite aux règles de droit international privé du for saisi. L'applicabilité de la Convention dépendra également de la juridiction saisie ainsi que des nombreuses réserves pouvant être émises par les États contractants en vertu des articles 92 à 95 de la Convention.

Enfin, les contours de la liberté contractuelle des parties consacrée à l'article 6 de la Convention ne sont pas évidents à cerner. La question de la désignation par les parties de la Convention comme la «lex contractus» de leur accord, en dehors d'un quelconque rattachement objectif à la Convention, a profondément divisé les interprètes, de même que celles de savoir si les parties peuvent exprimer leur souhait d'exclure le droit uniforme au moment du litige, ou encore si la seule désignation d'un droit national exclut tacitement la Convention. Sur ce dernier point, le reproche peut être fait aux tribunaux de

ne pas suffisamment rechercher la volonté des parties compte tenu des circonstances de la cause.

En définitive, il est manifeste que la majorité des difficultés relatives au champ d'application de la Convention découlent du caractère flexible du droit uniforme. Cette souplesse des termes employés a dans certains cas eu pour conséquence de mener à des interprétations multiples et parfois empreintes des conceptions nationales, impliquant une application divergente du droit uniforme et une imprévisibilité des décisions judiciaires.

Toutefois, ces conséquences sont peut être un mal nécessaire pour parvenir à une uniformisation mondiale du droit de la vente internationale. Le caractère flexible de la Convention est une des raisons de son immense succès. Elle permet en effet son adaptation aux données culturelles, économiques et sociales d'une situation, ce qui l'empêche d'être perçue comme une réglementation étrangère par ses utilisateurs du monde entier²⁶⁴.

Par ailleurs, il semble que les juges ont de plus en plus tendance à consulter les décisions étrangères via les multiples banques de données accessibles sur internet, ce qui participe indéniablement au processus d'uniformisation de la jurisprudence et rend inutile l'instauration d'une juridiction suprême²⁶⁵.

Il est par conséquent probable que les «*zones d'ombre*» qui entourent la Convention se dissipent progressivement au fur et à mesure des décisions rendues par les juridictions et leurs analyses par la doctrine. Ces praticiens vont ensemble participer à l'harmonisation de l'application de la Convention, et reprendre ainsi «*le flambeau de ceux qui, depuis la fin des années 20, ont œuvré pour uniformiser le droit de la vente internationale de marchandises*»²⁶⁶.

²⁶⁴ P. SCHLECHTRIEM et C. WITZ, préc., note 11, p. 8

²⁶⁵ Id.

²⁶⁶ Claude WITZ «CVIM : interprétation et questions non couvertes», préc., note 106, 271

TABLE DES BIBLIOGRAPHIES

TABLE DE LA LÉGISLATION

Traités et Conventions internationales

Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, 11 avril 1980, R.T.N.U.1489 (n° I-25567) [CVIM]

Les Conventions de la Haye de 1964 portant sur la vente internationale des biens mobiliers corporels (LUVI) et la formation des contrats de vente internationale (LUFC), 1 juillet 1964, Documents officiels de l'Assemblée générale, vingt-troisième session, Supplément n°16 (A/7216), par. 48 (II) [Annuaire 1968-1970, deuxième partie, chap. I, sect. A], [Convention de la Haye. Lois uniformes]

Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles, 19 juin 1980, R.T.N.U. 1605 (n° I-28023)

Convention de la Haye sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels, 15 juin 1955, en ligne :
<http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=31>

Législation canadienne

Textes fédéraux

Loi sur la Convention relative aux contrats de vente internationale de marchandises, L.C. 1992, C. 13.

Loi sur la vente d'objets, L.R.O. (1990), c. S.1, modifiée la dernière fois en 1994

Textes provinciaux

Code civil du Québec, L.Q. 1991, c. 64.

Loi Concernant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, L.R.Q., c. C-67.01.

Législation extra-canadienne

Texte Français

Code civil Français, 21 mars 1804, C.c.fr.

Texte Suisse

Loi fédérale du 18 décembre 1987 portant sur le droit international privé

Textes Tunisiens

Code des obligations et des contrats du 15 décembre 1906 entré en vigueur le 1 juin 1907, C.O.C

Loi n°92-117 du 7 décembre 1992 portant sur la protection du consommateur

TABLE DES JUGEMENTS

Décisions judiciaires

Allemagne

Affaire n° 17 U 82/92, appel, (8 janvier 1993), (OLG Düsseldorf), en ligne :
<<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930108g1.html>>

Affaire n° 43 O 136/92, (14 mai 1993), (Tribunal d'Aix-la-Chapelle), en ligne :
<<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930514g1.html>>

Affaire n° 17 U 73/93, (2 juillet 1993), (OLG Dusseldorf), en ligne :
<<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930702g1.html>>

Affaire n° 2 U 1230/91, (17 septembre 1993), (Oberlandesgericht Koblenz), en ligne :

<<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=64&step=FullText>>

Affaire n° 22 U 202/93, (22 février 1994), (Oberlandesgericht Köln), en ligne :

<<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=54&step=FullText>>

Affaire n° 10 U 80/93, (4 mars 1994), (Oberlandesgericht Frankfurt am Main), en ligne :

<<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=205&step=Abstract>>

Affaire n° 19 U 282/93, appel, (26 août 1994), (Oberlandesgericht Köln), en ligne :

<<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940826g1.html#cabc>>

Affaire n° 1 U 247/94, (27 juillet 1995), (OLG Rostock), en ligne :

<<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950727g1.html>>

Affaire n° VIII ZR 300/96, (25 juin 1997), (Bundesgerichtshof), en ligne :

<<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=257&step=FullText>>

Affaire n° 2 U 54/98, (22 septembre 1998), (Oberlandesgericht Oldenburg), en ligne :

<<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=506&step=Abstract>>

Affaire n° 23 U 4446/99, (3 décembre 1999), RIW, 2000, p. 712 (OLG Munich), en ligne :

<<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=499&step=FullText>>

Affaire n° 5 U 118/99, Appel, (28 février 2000), (OLG Stuttgart), en ligne :

<<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000228g1.html#cx>>

Affaire n° 22 S 234/94, (12 octobre 2000), (LG Stendal, cour fédérale allemande,)

<<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/001012g1.html>>

Affaire n° 12 U 40/00, (5 décembre 2000), (OLG Oldenburg) en ligne :

<<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/001205g1.html>>

Affaire n° 4 O 369/99, (19 janvier 2001), (LG Flensburg), en ligne :

<<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/010119g1.html#cx>>

Autriche

Affaire n° 9 C3486/90w, (20 février 1992), (Bundesgericht für Handelssachen Wien), en ligne :

<<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=12&step=Abstract>>

(*Fa. N. GmbH v. Fa. N. GesmbH & Co KG*), Affaire n° 8 Ob 509/93, (27 octobre 1994), ZRFV, 1995, p.159-162 (Oberster Gerichtshof), en ligne :

<<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=131&step=Abstract>>

Affaire n° 10 Ob 1506/94, arrêt, (11 février 1997), (Oberster Gerichtshof), en ligne :

<<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=283&step=Abstract>>

Dans le même sens, Affaire n° 2 Ob 191/98x, (15 octobre 1998), (Cour Suprême d'Autriche), en ligne :

<<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981015a3.html#cx>>

Affaire n°10 Ob 344/99g, (21 mars 2000), (Cour suprême d'Autriche), en ligne :

<<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000321a3.html>>

Affaire n° 1 R 273/07t, appel, (18 décembre 2007), (OLG, Autriche), en ligne :

<<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/071218a3.html#cabc>>

Belgique

(*Bruggen Deuren BVBA. v. Top Deuren VOF*), Affaire n°A.R. 05/4177, (19 avril 2006), (Cour Commerciale de Hasselt), en ligne :

<<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060419b1.html#cx>>

(*BVBA K. v. V. BV*), Affaire n° A.R. 584/98, (4 octobre 1999), (Rechtbank van koophandel, district Court Hasselt), en ligne :

<<http://www.law.kuleuven.be/ipr/eng/cases/1999-10-04.html>>

États-Unis

Asante Technologies, Inc. v. PMC-Sierra, Inc., No. C 01-20230 JW, (U.S. JI. 27, 2001), U.S. District Court, available at :

<<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=741&step=FullText>>

Finlande

Affaire du (12 avril 2002), (Cour d'appel de Turku), en ligne :
<<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=939&step=Abstract>>

France

Paris, 22 avril 1992 : CISG-France n° 220492v en ligne :
<<http://www.cisg-france.org/decisions/220492v.htm>>

Chambéry, 25 Mai 1993, R.J.Com. 1995. 242., note Witz, en ligne :
<<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=29&step=FullText>>

Paris, 4 janvier 1995 : CISG-France n°040195, en ligne:
<<http://www.cisg-france.org/decisions/040195v.htm>>

Grenoble, 26 avril 1995 : *Unilex.info*
<<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=109&step=FullText>>

Colmar, 26 sep. 1995 : *unilex.info* :
<<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=236&step=FullText>>

Civ.1^{re}, 23 janv.1996, D. 1996.334, en ligne :
<<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=186&step=FullText>>

Paris, 14 janv. 1998 : *Unilex.info* en ligne :
<<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=278&step=FullText>>

Civ.1^{er}, 26 mai 1999, D. 2000.788, obs. Witz

Montargis, 6 Oct. 2000 : <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/001006f1.html>>

Colmar, 24 oct. 2000, D. 2002. 4. n° 393- 394, obs. Witz, en ligne :
<<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=493&step=FullText>>

Orleans, 29 March 2001 : <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/010329f1.html>>

Paris, 14 juin 2001, J.D.I. 2002.483, obs. Witz

Civ.1^{re}, 2 oct. 2001, Bull.civ. I, n° 237, en ligne :
<<http://www.cisg-france.org/decisions/021001v.htm>>

Civ.1^{er}, 25 oct. 2005, Bull.civ. I, n° 381, en ligne :
<<http://www.cisg-france.org/decisions/251005v.htm>>

Civ.1^{er}, 2 avr. 2008, JurisPedia, obs. Weiszberg, en ligne :
<[http://fr.jurispedia.org/index.php/Commentaire_de_Cass._civ._1re,_2_avril_2008,_N%C2%B0_de_pourvoi:_04-17726_\(fr\)#B.-L.E2.80.99article_93_de_la_CVIM](http://fr.jurispedia.org/index.php/Commentaire_de_Cass._civ._1re,_2_avril_2008,_N%C2%B0_de_pourvoi:_04-17726_(fr)#B.-L.E2.80.99article_93_de_la_CVIM)>

Hongrie

Affaire n° 12.G.75.693/1995/38, (21 mai 1996), (FB Budapest), en ligne :
<<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960521h1.html>>

Italie

Alfred Dunhill Ltd. c. Tivoli Group S.r.l., Affaire n° 6499, arrêt, (9 juin 1995), Giustizia Civile, 1996, p. 2065-2070 (la cour suprême d'Italie), en ligne :
<<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=170&step=FullText>>

(Maraldi S.P.A. c. Intesa BCI S.p.A., National Bank of Egypt, H.U. Gas Filling Plant Aswan USAMA), (16 février 2009), (Tribunal de Forli), en ligne :
< <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090216i3.html#cx>>

(Nuova Fucinati S.p.A. v. Fondmetall International A.B.), Affaire n° R.G. 4267/88, (14 janvier 1993), (Tribunal civil de Monza), en ligne:
< <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930114i3.html> >

(Ostroznik Savo v. La Faraona soc. coop. a.r.l.), (11 janvier 2005), (Tribunal de Padova), en ligne :
<<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050111i3.html#cx>>

(Rheinland Versicherungen v. S.r.l. Atlarex and Allianz Subalpina S.p.A.), Affaire n° 405, (12 juillet 2000), (Tribunal Di Vigevano), en ligne :
<<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000712i3.html>>

Pays-Bas

(*Box Doccia Megius v. Wilux International BV*), Affaire n° 550/92 SKG, (16 juillet 1992), (Gerechtshof's Amsterdam), en ligne :
 <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=35&step=FullText>>

(*G. Mainzer Raumzellen v. Van Keulen Mobielbouw Nijverdal BV*), Affaire n° rolrs. 97/700 and 98/046, (27 avril 1999), (Hof Arnhem), en ligne :
 <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=391&step=FullText>>

Suisse

Affaire n° HG 920670, (26 avril 1995), (HG Zürich), en ligne :
 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950426s1.html#cx>>

Affaire n° 11 95 123/357, (8 janvier 1997), (Obergericht Kanton Luzern), en ligne :
 <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=241&step=FullText>>

Affaire du (7 mai 1997), (RA Laufen des Kantons Berne), en ligne :
 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930507s1.html>>

(*Gutta-Werke AG v. Dörken-Gutta Pol; SP.Z.O.O and Ewald Dörken AG*), Affaire n° 4C.100/2000/rnd, (11 juillet 2000), (Bundesgericht, cour fédérale suisse), en ligne :
 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000711s1.html>>

Décisions arbitrales

Décision rendue dans l'affaire n° 7197/1992, Cour internationale d'arbitrage de la CCI, 1992, Paris, *J.D.I.*, 1993, p. 1028-1037, en ligne :
 <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=37&step=Abstract>>

(*Maaden. c. Thyssen*) décision rendue dans l'affaire n°6653, Cour internationale d'arbitrage de la CCI, 26 mars 1993, Paris, en ligne :
 <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=36&step=FullText>>

Décision rendue dans l'affaire n° AZ Vb 92205, cour internationale d'arbitrage de la CCI, 20 décembre 1993, la Hongrie, en ligne :
 <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=70&step=Abstract>>

Décision rendue dans l'affaire n° 7585, Cour internationale d'arbitrage de la CCI, 1994, *J.D.I.* 1995, p. 1015 et suiv.

(*Società X. c. Società Y.*), Tribunal ad hoc, 19 avril 1994, Florence, *Diritto del Commercio Internazionale*, 1994, p. 861-867, en ligne : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940419i3.html#cabc>

Décision rendues dans l'affaire n° 8324/1995, Cour internationale d'arbitrage de la CCI, 1995, Paris, *J.D.I.*, 1996, p.1019-1022, en ligne : <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=240&step=FullText>

Décision rendue dans l'affaire n° VB/94131, Cour internationale d'arbitrage de la CCI, 5 décembre 1995, Hongrie, *NJW-RR*, 1996, p. 1145 et 1146, en ligne : <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=181&step=FullText>

(*W. v. R.*) Décision rendue dans l'affaire n° 8611/HV/JK, Cour international d'arbitrage de la CCI, 23 Janvier 1997, Paris, en ligne : <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=229&step=FullText>

Décision rendue dans l'affaire n° 8817, Cour internationale d'arbitrage de la CCI, décembre 1997, Paris, *Bull. CI Arb. CCI*, vol,10, n° 2, 1999, p. 75

Décision rendue dans l'affaire n° 8855, Cour internationale d'arbitrage de la CCI, Paris, *J.D.I.*, 2000, p. 1070

Décision rendue dans l'affaire n° 356/1999, Tribunal of International Commercial Arbitration, 30 mai 2000, la Russie, en ligne : <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=874&step=Abstract>

Décision rendue dans l'affaire n° 24/2003, Cour internationale d'arbitrage de la CCI, 17 septembre 2003, la Russie, en ligne : <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/030917r1.html>

BIBLIOGRAPHIE

Monographies et ouvrages collectifs

AUDIT, B. *La vente internationale de marchandises. Convention des Nations Unies du 11 avril 1980*, Paris, L.G.D.J, 1990

AUDIT, B., «The vienna sales convention and the lex mercatoria», dans CARBONNEAU, T. E., *Lex Mercatoria and arbitration. A discussion of the new law merchant*, Dobbs Ferry, N.Y., Transnational Juris Publications, 1990

ENDERLEIN, F., D. MASKOW et H. STROHBACH, *Internationales Kaufrecht . Kaufrechtskonvention. Verjährungskonvention. Vertretungskonvention. Rechtsanwendungskonvention*, Berlin, 1991

ENDERLEIN, F., et D. MASKOW, *International sales law. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods. Commentary*, New York, Oceana, 1992

FERRARI, F., *Contrat de vente internationale. Applicabilité et applications de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, 2e éd. ent. rev. éd., coll. «Droit et commerce international ; t. 1», Bâle, Bruxelles, Paris, Helbing & Lichtenhahn, Bruylant, Forum Européen de la Communication, 2005

GALGANO, F., *Il diritto Privato fra codice e costituzione*, 2^e éd., Bologne, 1980

HEUZÉ, V., *La vente internationale de marchandises. Droit uniforme*, Paris, GLN Joly éditions, 1992

HEUZÉ, V., *La vente internationale de marchandises. Droit uniforme*, Nouv. éd. éd., coll. «Traité des contrats», Paris, L.G.D.J, 2000

HONNOLD, J. O. *Uniform law for international sales under the 1980 United Nations convention*, 3rd éd., The Hague, Kluwer Law International, 1999

LEQUETTE, Y., «L'évolution des sources nationales et conventionnelles du droit des contrats internationaux», dans *L'évolution contemporaine du droit des contrats. Journées René Savatier, Poitiers 24-25 octobre 1985*, Paris, P.U.F, 1986

MARCHAND, S., *Les limites de l'uniformisation matérielle du droit de la vente internationale : mise en oeuvre de la Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises dans le contexte juridique suisse*, coll. «Collection genevoise», Bâle, Switzerland, Helbing & Lichtenhahn, 1994

MASKOW, D., "Article 53", dans BIANCA, C. M. et M. J. BONELL, *Commentary on the international sales law. The 1980 Vienna sales convention*, Milan, Giuffrè, 1987

NEUMAYER, K. H., C. MING et F. DESSEMONTET, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises. Commentaire*, coll. «Publication CEDIDAC ; 24», Lausanne, Centre du droit de l'entreprise (droit industriel droit d'auteur droit commercial) de l'Université de Lausanne, 1993

PÉLICHET, M., *La vente internationale de marchandises et le conflit de loi*, Recueil des cours de l'académie de droit international, I, vol. 201, 1987

SCHLECHTRIEM, P. et C. WITZ, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Paris, Dalloz, 2008

WITZ, C., *les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale. Convention des Nations Unies du 11 avril 1980*, Paris, L.G.D.J., 1995

Articles de revue et études d'ouvrages collectives

BEVILACQUA, T., «L'article 3 de la convention de Vienne et les contrats complexes dans le domaine de l'informatique : une lecture de la jurisprudence pertinente», (2005), 50 *R.D Mc Gill*, 553

BONELL, M. J., «La nouvelle convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises», (1981) *D.P.C.I.*14

BONELL, M. J., et F. LIGUORI, "The U.N. Convention on the international sale of goods. A critical analysis of current international case law. 1997 (Part I)», (1997) 2 *U.L.R.* 385

DARANKOUM, E. S., «L'application de la convention des Nation Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises par les arbitres de la chambre de commerce internationale en dehors de la volonté des parties est-elle prévisible?», (2004) 17-2 *R.Q.D.I.* 1

DARANKOUM, E. S., «L'application uniforme de la convention de vienne sur la vente internationale de marchandises», (2003) 82-1 *Revue du barreau canadien* 83

FERRARI, F., «Interpretative decision applying GISG, commentary. Uniform law of international sales. Issues of applicability and private international law», (1995) *J.L & COM* 159

FERRARI, F., «Quelles sources de droit pour les contrats de vente internationale de marchandises? Des raisons pour lesquelles il faut aller au-delà de la CVIM», (2006) 3 *R.D.A.I* 403

FERRARI, F., "Remarks on the UNCITRAL digest's comments on article 6 CISG», (2005-2006) 25 *J.L. & com.* 13

FETZE KAMDEM, I., «L'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux», (1999) *C. de. D* 40-3 645

GANNAGÉ, L., «Le contrat sans loi en droit international privé et droit non étatique», (2007) 11.3 *Electronic Journal of Comparative Law* 1

GRUBER, U. P., «la Convention des Nations-Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM) et l'arbitrage», (2009) 1 *R.D.A.I.* 15

LEFEVRE, G. et E. S. DARANKOUM, «La vente internationale de marchandises. La Convention de Vienne et ses applications jurisprudentielles», dans *Droit spécialisé des contrats*, Vol. 2 «Les contrats relatifs à l'entreprise», 1999, Droit civil en ligne (DCL), EYB1999DSC53

MUIR WATT, H., «Chronique sur l'application de la convention de vienne sur la vente internationale de marchandises du 11 avril 1980», (1997) *R.D.A.I*

RAWACH, E., «La validité des clauses exonératoires de responsabilité et la convention de vienne sur la vente internationale de marchandises», (2001) 53 *R.I.D.C* 141

SEGHERS, N. et F. WALSCHOT, «Les contrats types en rapport avec la CVIM», (2001) 3/4 *R.D.A.I.* 415

THIEFRY, J., «La convention de vienne et les contrats de distribution», (1993) t.19, vol. 2 *D.P.C.I.* 62

TUNC, A., «Les conventions de La Haye du 1er juillet 1964 portant loi uniforme sur la vente internationale d'objets mobiliers corporels. Une étude de cas sur l'unification du droit», (1964) 16 *Rev. int. dr. comp.* 547

WATTÉ, N. et A. NUYTS, «Le champ d'application de la Convention de Vienne sur la vente internationale. La théorie à l'épreuve de la pratique», (2003) 2 *J.D.I* 366

WAUTELET, P., «Une Nouvelle convention pour la vente internationale de marchandises» (1998) 6 *RGDC/TBBR* 389

WITZ, C., «CVIM. Interprétation et questions non couvertes», (2001) 3/4 *R.D.A.I* 253

WITZ, C., «L'exclusion de la convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises par la volonté des parties. Convention de Vienne du 11 avril 1980», D. 1990

Articles sur support électronique

BRIDGE, M., «Uniform and harmonized sales law : choice of law issues», en ligne :

<<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bridge.pdf>>

FERRARI, F., «Cross-references and editorial analysis», Institute of international commercial law, Pace law school, en ligne :

<<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/cross/cross-1.html#fn29.html>>

LOOKOFSKY, J., «OLG Düsseldorf 2 July 1993 - 17 U 73/93», Institute of international commercial law, Pace law school, en ligne:

<<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930702q1.html>>

SCHLECHTRIEM, P., «Commentary on Oberlandesgericht Düsseldorf 2 July 1993», Institute of international commercial law, Pace law school, en ligne:

<<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930702q1.html>>

SCHLECHTRIEM, P., «Uniform Sales Law. The Experience with Uniform Sales Laws in the Federal Republic of Germany», Institute of international commercial law, Pace law school, en ligne :

<<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlech2.html>>

SCHLECHTRIEM, P., «Uniform sales law. The UN-Convention on contracts for the international sale of goods», Institute of international commercial law, Pace law school en ligne : <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem-01.html>>

WINSHIP, P., «The scope of the Vienna Convention on international sales contracts», Institute of international commercial law, Pace law school, en ligne :

<<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/winship5.html#49>>

Thèses et Mémoires de Maîtrise

DARANKOUM, E. S., *Le transfert de documents conformes et la résolution du contrat pour leur non-conformité selon la convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises*, thèse de doctorat, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 2003

FRITZ, F., *Réception de la lex mercatoria dans la Convention de Vienne de 1980 sur les contrat de vente internationale de marchandises : Le cas des principes généraux*, mémoire de maîtrise, Laval, Faculté des études supérieures, Université Laval, 1998

MESTIRI, N., *L'impact des règles du droit uniforme sur le contrat de vente internationale : principes d'UNIDROIT / Convention de Vienne de 1980*, mémoire de maîtrise, Montréal, Université du Québec à Montréal, 2002

Documents des Nations Unies

CNUDCI, *État. 1980. Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, en ligne :

<http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html>

Conférence des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises. Documents de la conférence et comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances des commissions principales, Doc. N.U. A/CONF.97/19 (1981), en ligne :

<<http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/sales/cisg/a-conf-97-19.pdf>>

Sites Web

<http://www.unilex.info/>

http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts.html

<http://www.cisg.law.pace.edu/>