

L'APPLICATION UNIFORME DE LA CONVENTION DE VIENNE SUR LA VENTE INTERNATIONALE DE MARCHANDISES

Emmanuel Sibidi Darankoum¹
Montréal

La vente internationale de marchandises représente le contrat pivot du commerce trans-frontière. Le but de la Convention de Vienne est de doter ce contrat d'un droit matériel uniforme de manière à procurer une solution à l'insécurité juridique découlant de l'application des droits nationaux, moins adaptés aux exigences du commerce international. Mais pour atteindre les objectifs ainsi visés, les interprètes de la Convention doivent s'obliger à un ajustement de la mentalité juridique jusqu'alors en cours. Ce droit uniforme procède d'une philosophie nouvelle et oblige quiconque l'interprétant à un renouvellement d'attitude dans la façon de penser et de dire ce droit...

Le but de cet article est donc de contribuer à mieux définir les directives d'interprétation de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises tout en creusant davantage le rôle que doivent jouer la doctrine et la jurisprudence dans ce processus.

International sale of goods represents the pivotal contract of transborder trade. The Vienna Convention's goal is to achieve substantive uniformity in the law, so as to remove the juridical uncertainty resulting from the application of domestic laws that are less suitable to govern international trade. However, the Convention's interpreters must change their judicial philosophy that requires them to change the way they think and make law.

This article attempts to better define the interpretation guidelines of the Vienna Convention on international sale of goods and at the same time to delve into the role of doctrine and jurisprudence in this process.

¹ Emmanuel Sibidi Darankoum, Professeur, Faculté de droit, Université de Montréal, membre du Centre de Droit des Affaires et du Commerce International (C.D.A.C.I.), Montréal, Québec.

I. <i>L'esprit de la matière : les directives d'interprétation de la CVIM</i>	88
A) <i>Le caractère international de la Convention</i>	89
B) <i>La bonne foi en tant qu'instrument d'interprétation de la Convention</i>	95
C) <i>Le comblement des lacunes internes par les principes généraux [...] ou par le droit national</i>	100
II. <i>Les moyens juridiques renforçant les directives d'interprétation :</i>	
<i>l'uniformisation rampante</i>	107
A) <i>La doctrine et l'uniformité d'application du principe d'autonomie</i>	107
B) <i>La force d'attraction de la jurisprudence étrangère et l'opportunité de juridictions supranationales à caractère régional</i>	116
C) <i>Les réformes législatives nationales : le retour du balancier</i>	120

Le domaine de la vente internationale de marchandises a toujours représenté un terrain idéal au procédé d'unification. En effet, la vente internationale est un contrat universel, généralement perçue comme « la convention par laquelle un vendeur s'oblige à livrer une chose et l'acheteur à payer le prix correspondant ». Cette image vaut, selon un auteur², quelle que soit la richesse ou la pauvreté des États, ou encore le système politique et idéologique, car la vente internationale apparaît comme un mode de communication que chacun connaît et pratique. Mais qu'une difficulté survienne, on réalise alors combien était superficielle la communion des parties. Tout en demeurant attaché à l'idée que la vente internationale est régie par un droit uniforme, chaque État voudrait s'y retrouver, c'est-à-dire retrouver sa vision juridique du contrat et tirer avantage par là même, dans le commerce international, d'un savoir-faire juridique appréciable. L'uniformité d'interprétation du droit uniforme réside au cœur de ce savoir-faire juridique. S'agissant d'un texte dont la rédaction se ressent de nécessaires compromis, on mesure d'emblée jusqu'où les divergences d'interprétation peuvent s'installer.

² M. Borysewicz, « Conventions et projets de convention sur la vente internationale de marchandises », dans *Les ventes internationales de marchandises*, coll. « Droit des Affaires et de l'Entreprise », Paris, Economica, 1981 à la p. 16.

³ Pour une contribution à l'interprétation du droit uniforme basée sur la théorie postmoderne du droit, voir L. Marquis, « L'interprétation du droit commercial international uniforme : un modèle personnifiée par Marc-Antoine », [2002] R.I.D.C. 97 aux pp. 97-126.

⁴ Sur l'interprétation des contrats internationaux, voir P. Kahn, « L'interprétation des contrats internationaux », [1986] J.D.I. 5; V. Fortier, « Le contrat du commerce international à l'aune du raisonnable », [1996] J.D.I. 315.

Toutefois, l'interprétation de la Convention³ se distingue de l'interprétation des contrats individuels⁴ auxquels elle s'applique. Les clauses contractuelles peuvent varier d'un contrat à l'autre, alors qu'en principe, les dispositions de la Convention demeurent stables. Même si l'on considère que la Convention ne lie les parties que sur le plan contractuel, c'est-à-dire que l'on fait dépendre son application de son incorporation dans les contrats individuels⁵, elle demeure un groupe de règles autonomes élaborées en vue de leur application d'une façon uniforme à un nombre indéfini de contrats de différents types conclus dans diverses parties du monde. Par conséquent, les règles de la Convention doivent être interprétées d'une façon différente des clauses de chaque contrat individuel. À ce titre, l'article 7, qui vise l'interprétation de la Convention, a une portée et une valeur juridique complètement distincte de l'article 8, qui ne codifie que les règles d'interprétation du contrat⁶. S'agissant de la CVIM, précisons que les divergences naîtront déjà de la possibilité pour les États contractants d'émettre des réserves lors de leur ratification⁷.

De façon générale, les réserves brisent l'unité de la Convention de Vienne⁸ (ci-après Convention ou CVIM). Par l'effet des réserves, la Convention devient applicable, dans des proportions différentes, entre les États qui l'ont ratifiée. Cela peut représenter un danger pour son interprétation uniforme. Pour respectable que soit le souci d'obtenir un

⁵ L'article 6 de la Convention consacre l'autonomie de la volonté qui permet aux parties de désigner celle-ci par une clause contractuelle comme droit applicable. Pareille stipulation confère à la Convention une valeur contractuelle. Mais cela n'affecte pas l'aspect convention internationale, instrument de droit international public portant unification du droit substantiel de la vente internationale de marchandises.

⁶ L'article 8 énonce clairement que :

« 1) Aux fins de la présente Convention, les indications et les 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 suivant n'est pas applicable, les indications et les autres comportements d'une partie doivent être interprétés selon le sens qu'une personne raisonnable de même qualité que l'autre partie, placée dans la même situation, leur aurait donné.

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. »

⁷ La Convention autorise certaines réserves étatiques. Ainsi, l'article 94 permet aux États qui le souhaitent de faire des déclarations écartant dans leur rapport respectif de ratification, l'application des règles uniformes. L'uniformité au niveau international est difficile à atteindre, aussi le réalisme des rédacteurs de la Convention incline à privilégier certains facteurs de rapprochement juridique au niveau régional ou bilatéral. C'est le cas des États ayant des règles juridiques identiques ou voisines.

⁸ *Acte final de la Conférence des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, 18 avril 1980, A/Conf. 97/18, (ci-après citée « CVIM, Convention de Vienne ou Convention »).

grand nombre de ratifications, une convention devrait limiter au minimum les réserves portant sur les dispositions fondamentales. En effet, comment expliquer qu'une partie essentielle de la Convention soit assortie d'une réserve? C'est pourquoi l'article 98 prévoit que « aucune réserve n'est autorisée autre que celles qui sont expressément autorisées par la présente Convention ».

Les réserves posent un problème majeur. Certes, leur admission satisfait les convenances de certains États et facilite un plus grand nombre d'adhésions. Cependant, elles font perdre à la Convention son unité : l'étendue de celle-ci devient relative, puisque ses parties en vigueur dans les États varient suivant les réserves qui y sont faites.

En pratique, l'effet d'engrenage des réserves étant problématique, un article pivot ne devrait pas être assorti d'une possibilité de réserve. Permettre le contraire conduit à faire de cette convention un instrument à géométrie variable, sous forme d'éventail plus ou moins permissif et dont la ratification est motivée, quelquefois, davantage parce qu'elle confère un label social que parce qu'elle prévoit des engagements⁹.

À côté des réserves, figurent aussi le problème de la langue des textes internationaux¹⁰ et celui des usages du commerce international, dont l'article 9 consacrant la supériorité sur la Convention, lesquels sont susceptibles de compromettre son uniformité d'interprétation. Certes, il eût été curieux d'établir la nature facultative de la Convention (*cf.* article 6) et ne pas permettre sa subordination aux usages commerciaux auxquels les parties ont consenti.

⁹ En ce sens, J.-P. Béraudo, «Les négociations internationales institutionnelles de droit privé» [1997] 2 Rev. D.U. 271 aux pp. 276, 301.

¹⁰ La Convention est rédigée en six langues officielles (dont le français, l'anglais et l'espagnol) auxquelles s'ajoutent des traductions. Du point de vue terminologique, cela pose des difficultés susceptibles d'engendrer des divergences d'interprétation. Les tentatives visant à aplanir cette difficulté sont diverses, se fondant toutes sur la nature internationale du texte qui l'empêche de refléter exactement une culture juridique. Ainsi, par exemple, on tente d'éviter l'utilisation des termes trop marqués par un système juridique déterminé : l'expression « force majeure » connue en droit civil ou son équivalent respectivement en droit anglais et américain « act of God » et « impracticability » ne sont employées dans aucune version de la Convention. La notion d'exonération, jugée plus neutre, a été préférée.

Néanmoins, d'autres difficultés d'interprétation se rattachant à la diversité des langues subsistent ainsi que le font ressortir les versions française, anglaise et espagnole d'autres articles de la Convention.

Selon la version française, l'acheteur peut se prévaloir d'un défaut de conformité s'il le dénonce au vendeur dans un délai raisonnable à partir du moment où il l'a constaté ou aurait dû le constater (article 39 (1)) et au plus tard dans un délai de deux ans à compter de la date à laquelle les marchandises lui ont été effectivement remises (article 39 (2)). Dans les versions anglaise et espagnole il est plutôt question, à ce sujet, d'un défaut de conformité des marchandises (lack of conformity of goods; falta de conformidad de las

La Convention, suivant cette logique, fait référence à des concepts qui ne peuvent être appliqués qu'à la lumière des usages du commerce international.

Ainsi, seuls les usages permettent de savoir ce que sont la personne raisonnable¹¹ qui sert de référence pour interpréter les indications et comportements d'une partie (cf. article 8), de même que le délai raisonnable dont il est constamment fait référence dans la Convention (cf. les articles 18 (2); art. 33 c); art. 47; art. 39 (1); art. 49 (2); art. 63; art. 64 (2); art. 65; art. 73 (2); art. 73 (4)). D'autres dispositions similaires s'y ajoutent et complexifient ainsi le paysage de l'interprétation¹².

mercaderias). Surgit alors une question : ce défaut de conformité recouvre-t-il le défaut de conformité des documents accompagnant la marchandise?

Le moyen incompatible avec l'exigence de l'exécution des obligations de l'acheteur par le vendeur posé, par l'article 46 (1), et du vendeur par l'acheteur tel que prévu par l'article 62, représente un terme ordinaire ou neutre en français et ne recoupe pas un concept précis. Cependant, ne correspond t-il pas au terme « remedy » dans la version anglaise, dont on sait qu'il s'agit d'un concept d'*equity* et à l'expression « droit et action » (*derecho o acción*) de la version espagnole?

La version française de l'article 71 (1) utilise le qualificatif « essentiel » pour caractériser l'ampleur, l'importance ou la nature d'une partie des obligations du contractant. Quant aux versions anglaise (*substantial*) et espagnole (*substancial*), sont-elles parfaitement synonymes du terme « essentiel ». Ce sont des ambiguïtés pratiques susceptibles de produire des conséquences lourdes. Mais l'équivoque dans l'exemple du terme « essentiel » s'estompe lorsqu'il s'agit de la notion de « contravention essentielle », soit « *fundamental breach of contract* » en anglais ou « *incumplimiento esencial del contrato* ». Ces expressions sont perçues comme des synonymes de ce qui prive « substantiellement » (*substantiality*, *substancialmente*) l'autre partie de ce qu'elle était en droit d'attendre du contrat.

Enfin, à la remise effective des marchandises correspond le terme « *handing over* » dans la version anglaise, qui évoque la remise matérielle de la chose, et non le terme « *delivery* » (livraison). Dans la version espagnole on parle de prise de possession matérielle des marchandises par l'acheteur comme étant « *la fecha en que las mercaderias se pusieron efectivamente en poder del comprador* » et non le terme « *entrega* » qui signifie « livraison ».

Bref, les exemples sont multiples et on recommande surtout aux contractants, pour résoudre les divergences d'interprétation à caractère purement linguistique, de désigner expressément la langue de la Convention qui s'applique à leur contrat. Un tel choix, qui peut aussi porter sur une traduction non officielle, peut être formulé en ces termes : « Le contrat de vente sera régi par le texte français de la Convention dans sa version publiée par les Nations-Unies ». Même si les six versions de la Convention ont la même valeur, cette précaution permet d'éviter des surprises.

¹¹ Sur le raisonnable, cf. Vicente Fortier, « Le contrat du commerce international à l'aune du raisonnable », [1996] J.D.I. 315.

¹² Les marchandises conformes à l'usage auquel elles servent habituellement ou auquel elles sont destinées (cf. l'article 35 (2)), le prix habituellement pratiqué (cf. les articles 55), le prix courant (cf. l'article 76), les mesures raisonnables de conservation des marchandises d'autrui et les dépenses raisonnables dont le remboursement peut être obtenu (cf. les articles 85 et 86), les frais raisonnables et les frais non raisonnables

Ce constat révèle la véritable pathologie qui menace la CVIM. En effet, la question de son uniformité d'interprétation se situe à un carrefour où s'entrecroisent des avenues diverses faisant ressortir les plus grandes difficultés. Or, l'unification du droit de la vente internationale appelle d'abord, pour la résoudre ensuite, la diversité des systèmes juridiques qui se traduisent généralement comme des « genres opposés » en la matière. Autrement dit, l'unification péniblement acquise serait compromise si les interprètes ne tenaient pas compte de l'esprit de la matière, qui oblige l'interprète à une lecture de la Convention selon son *caractère international*, le *respect de la bonne foi* dans le commerce international et la nécessité d'un comblement des lacunes par les *principes généraux du droit* suivis à titre subsidiaire par le *droit national* (I). Toutefois, la seule observation de ces directives ne saurait suffire et la recherche d'autres moyens complémentaires, à titre de renfort, pourrait trouver une réponse dans le rôle joué par la *jurisprudence étrangère* ou « internationale » et par la *doctrine* oeuvrant dans le but de mieux orienter l'interprète vers la voie d'une véritable uniformité qui pourrait, à son tour, avoir des effets fructueux dans les droits nationaux (II).

I. L'Esprit de la matière : les directives d'interprétation de la CVIM

Il était donc nécessaire pour la CVIM de prévoir en son sein des dispositions propres visant à prévenir le risque éventuel des interprétations incontrôlées. Dans la perspective d'assurer une meilleure interprétation de la CVIM, la philosophie de base retenue par celle-ci a été alors de faire appel à l'esprit de la matière, c'est-à-dire la finalité du texte.

résultant du dépôt des marchandises dans le magasin d'un tiers (cf. l'article 87), le retard déraisonnable mis par une partie à exécuter ses obligations (cf. l'article 88 (1)), les frais déraisonnables qu'occasionnerait la conservation des marchandises (cf. l'article 88 (2)) et les frais raisonnables de conversation et de vente (cf. l'article 88 (3)).

Mais la connaissance des usages (notamment les usages-règles de l'article 9 (2)) peut être difficile et susceptible de varier d'une région à une autre. Le développement des usages du commerce international a pour cause principale le vide législatif ou l'inadéquation des lois nationales aux besoins du commerce international. Ces usages doivent donc être révélés et connus en vue d'une meilleure prévisibilité ou sécurité juridique. La codification (les incoterms mis sur pied par la Chambre de Commerce Internationale), les contrats-types (confectionnés par la London Trade Corporation, remplacés aujourd'hui par ceux de la Grain and Feed Trade Association) et l'arbitrage commercial international (les usages du commerce international sont souvent identifiés par la jurisprudence arbitrale, du reste les arbitres appliquent surtout la *lex mercatoria* dont les usages représentent la source principale) permettent, de nos jours, une plus grande fixation des usages dont certains à la lumière desquels pourront être interprétées les dispositions de la Convention. Mais il demeure que beaucoup d'usages ne font pas l'unanimité et rares sont ceux qui peuvent facilement être considérés comme universels. D'où la crainte qu'un usage reconnu par un tribunal ne le soit pas devant un autre.

La Convention étant exclusivement consacrée à un contrat aussi complexe que la vente, elle ne pouvait avoir tout réglé et il est à prévoir qu'au gré des affaires apparaîtront des lacunes. D'où l'importance des règles d'interprétations proprement dites prévues par l'article 7, alinéa 1, et la méthode de comblement des lacunes, par l'article 7, alinéa 2. L'article 7 de la Convention de Vienne énonce, en effet, 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.

Considérés ensemble, les alinéas 1 et 2 de l'article 7 nous permettent de dire que les critères d'interprétation de la Convention qui doivent être pris en compte dans sa mise en œuvre sont les suivants : le caractère international de ladite Convention, l'uniformité de son application, le respect de la bonne foi dans le commerce international et le comblement des lacunes internes existant en son sein.

A) *Le caractère international de la Convention*

La Convention de Vienne a pour objet principal de fournir un cadre uniforme pour les contrats de vente internationale de marchandises. La nécessité de promouvoir l'uniformité de son application s'impose comme une évidence. En effet, il s'agit d'assurer que dans la pratique, elle sera interprétée le plus possible de la même façon dans différents pays. Des interprétations divergentes n'auront pour effet que de ruiner les finalités du droit uniforme de la vente internationale.

La manifestation du caractère international de la Convention réside dans le dépassement des systèmes juridiques étatiques. Suivant ce premier principe, il convient d'interpréter la Convention directement, c'est-à-dire de manière autonome sans la médiation des règles juridiques nationales. Car, la Convention pose un « corpus de règles » autonomes et homogènes, retranché de chaque système national. Ce qui oblige les juges — c'est une banalité de le dire — à l'analyser de manière autonome par rapport au système juridique dans lequel ils ont été formés. Ils doivent, désormais, « raisonner avec un esprit neuf sur les dispositions nouvelles qui doivent régir uniformément les ventes internationales[...] C'est l'affirmation de l'autonomie du droit uniforme »¹³. La Convention est à

¹³ J.-P. Plantard, « Un nouveau droit uniforme de la vente internationale : la Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 » [1988] J.D.I. 311 à la p. 328.

l'image « d'une mosaïque construite de fragments disparates, mais dont résulte un ensemble nouveau, le droit de la vente internationale [qui] doit être appréhendé comme un tout, en faisant abstraction de chacune de ses composantes qui s'est trouvée fondue et noyée dans la construction 'nouvelle' »¹⁴. Logiquement, il est contraire à l'ordre naturel des choses que des rapports relatifs aux contrats internationaux soient interprétés par référence à des règles conçues pour des rapports de droit interne¹⁵. Mais plusieurs exemples permettent d'illustrer les risques de contournement de la règle ainsi posée : le risque de s'inspirer des dispositions de la garantie de qualité (vice caché) du vendeur tel que le prévoit le *Code civil du Québec* (art. 1726 et suivants) dans la recherche de solutions au problème de la non-conformité des marchandises prévue par les articles 35 à 52 de la Convention; le risque de transposition du régime de la force majeure bien connu en droit civil dans le cadre d'une question relative à l'exonération prévue par l'article 79 de la Convention, etc. Pour ces quelques exemples, en cas de difficultés insurmontables dans l'interprétation, le recours aux travaux préparatoires sera préférable. De plus, le recours aux travaux préparatoires, solidement ancré dans les systèmes de droit civil, est également reconnu en droit américain et, depuis 1980, par le droit anglais relativement aux conventions internationales. En effet, dans l'affaire *Fothergill c. Monach Airlines*¹⁶, Lord Diplock justifie la nécessité du recours aux travaux préparatoires.

Par ailleurs, il convient d'associer au caractère international de la Convention le caractère international de l'opération. Comme l'écrit Bernard Audit, « l'objet de la Convention, la vente internationale, doit

¹⁴ *Ibid.* À titre d'exemple, la règle du délai supplémentaire prévu à l'article 47 s'inspire de l'institution allemande connue sous le nom de *Nachfrist*. Mais une fois la règle incorporée dans la CVIM, ce n'est plus dans le droit allemand qu'il faudra rechercher les réponses aux difficultés que pourra poser la mise en œuvre de la règle, mais plutôt à travers les directives de l'article 7 de la CVIM.

¹⁵ En ce sens, voir R. David, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, 1982 à la p. 104.

¹⁶ [1980] 2 All. E.R. 696 (H.L.). S'agissant en l'espèce d'une vieille convention internationale qui ne comporte pas à proprement parler de système autonome d'interprétation (Convention de Varsovie de 1929 sur le transport international), la Cour s'appuie sur les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des Traités (plutôt que sur les règles d'interprétation internes qui prévoient une interprétation littérale) pour questionner, entre autres, les travaux préparatoires : « [l]es termes d'une convention internationale n'ont pas été choisis par des rédacteurs parlementaires anglais. Ils ne sont pas davantage empruntés au langage législatif conventionnel anglais. Ils s'adressent à un auditoire judiciaire beaucoup plus vaste et plus varié qu'une loi du Parlement qui ne concerne que le droit purement national. Il doit être interprété, comme l'indique Lord Wilberforce dans l'affaire *James Buchanan & Compagnie c. Babco & Shipping (U.K.) Ltd.*, (1978) A.C. 141 aux pp. 141-152, « dégagé des règles techniques du droit anglais ou de tout précédent juridique anglais, selon des principes élargis d'acceptation générale ».

conduire l'interprète à tenir compte des caractères particuliers de cette opération : éloignement des parties, risque d'incompréhension entre elles, de défaut dans les communications, d'incident pour les marchandises[...] Une partie peut être tenue à plus de diligence dans ce contexte qu'elle ne le serait selon la lettre de la Convention »¹⁷.

La définition du caractère international est floue, ce qui révèle tout simplement que le combat à visage découvert pour restreindre la souveraineté des États est difficile aussi bien dans les mots que dans les idées. Ce n'est point une occasion de faire l'éloge de la dissimulation, mais il faut bien constater qu'il est plus sage d'attaquer certains problèmes par des voies latérales lorsqu'un affrontement direct risque de demeurer sans résultat. Selon la méthode utilisée, les États qui ont ratifié la Convention ont ainsi, en définitive, consenti à la mise à l'écart de leur droit national.

On peut alors dire que le caractère international de la Convention répond, avant tout, à des considérations politiques guidées par l'influence du droit comparé qui veut, dans un contexte de mondialisation, limiter ou exclure tout risque d'hégémonie juridique nationale. Le caractère international de la Convention traduit les convergences juridiques qui ont permis d'évoluer plus directement vers une stratégie d'unification dont l'idéal est de se détacher de ses origines nationales pour en réaliser le dépassement. Depuis son entrée en vigueur, les décisions jurisprudentielles appliquant la Convention de Vienne génèrent un nouveau droit qui ne porte plus la marque du « nationalisme juridique » considéré comme frustratoire dans les contrats internationaux¹⁸.

L'idée se gonfle, au demeurant, de l'air du temps. En effet, le caractère international, loin d'être une fin en soi, constitue le meilleur moyen d'assurer, en dépit des frontières, la continuité de traitement des situations juridiques et l'harmonie internationale des solutions. L'intention est louable, car seule l'application d'un droit habilité à gouverner le milieu social dans lequel la relation litigieuse s'inscrit naturellement permet de donner à celle-ci un traitement approprié qui répond à l'attente des parties et assure la continuité de la vie juridique des sujets.

On a vu qu'une réflexion d'ensemble consacrée au caractère international se devait d'inclure dans son champ la composante internationale de l'opération. Cela signifie que le contrat international se doit d'être appréhendé comme un contrat différent du contrat interne. En

¹⁷ B. Audit, *La vente internationale de marchandises — Convention des Nations Unies du 11 avril 1980*, Paris, L.G.D.J., 1990 à la p. 48.

¹⁸ Voir, par exemple, les juges américains qui s'inspirent de leur droit national dans *l'affaire Filanto S. p. A. v. Chilewich International Corp.*, 789 F. Supp. 1229 (U.S. Dist. Ct. S. D. N. Y. 1992).

effet, la vente, opération courante dans les relations commerciales internationales, n'a été considérée jadis, selon les théories dominantes en matière de conflit de lois, que comme une vente interne quant à sa substance, mais pour laquelle la seule problématique consistait à déterminer le pays de rattachement, puisqu'elle avait des points de contact avec plusieurs États. Aussi, ce problème, réglé de multiples façons, consacrait le critère de l'internationalité de la vente. C'était déjà reconnaître la spécificité internationale d'un tel contrat sans pour autant le soumettre à un régime juridique véritablement international. Désormais, l'implantation de la Convention de Vienne et son succès mondial conduisent à l'*internationalisation de la vente*¹⁹ elle-même. Cette théorie, qui est essentiellement basée sur le caractère international, a été résumée par un auteur²⁰ en ces termes :

L'internationalisation de la vente porte sur un autre phénomène, apparu plus tardivement, qui est l'intégration de l'opération dans un ordonnancement juridique mondial. En effet, ce qui paraît fondamental à l'heure actuelle c'est la mondialisation de l'économie due à des facteurs souvent décrits : production de masse, distribution sans frontière, moyens de transport et de communication de plus en plus rapides et fiables conduisant à un espace économique mondial, même si la société politique reste inter étatique. Il en résulte nécessairement que la vente, principal instrument juridique du commerce international, doit s'insérer dans ce nouvel espace et acquérir une juridicité qui en soit la correspondance. Internationalisation devient alors synonyme de mondialisation, ou peut-être plus exactement de transnationalisation.

Cet état de choses, qui repose sur l'analyse des modes de production et de distribution est pour le moment accentué par la position idéologique de la plupart des États et des organisations internationales. En effet, la primauté donnée au libre échange et à la pleine concurrence, donc à la libre circulation des marchandises et des services, entraîne une lutte contre tous les obstacles et la disparité des règles de droit se révèle alors comme un obstacle important au développement des échanges. Une normalisation juridique internationale devient alors un instrument positif de mise en œuvre de la théorie.

En dernier ressort, l'idée du caractère international a de quoi effrayer les juristes habitués à penser un droit identifié à un seul État. Car l'internationalisation des principes juridiques en matière de vente est un phénomène nouveau qui apporte au système la structure qui lui manquait pour qu'elle se mondialise. Les arbitres internationaux y trouvent ainsi un terrain propice à l'expansion de leurs activités de *bons marchands du droit*.

¹⁹ B. Oppetit «Autour du contrat international », (1992) R du D. 107; P. Kahn, « L'internationalisation de la vente » dans *L'internationalité dans les institutions et le droit, Études offertes à A. Plantey*, Pedone, 1995 aux pp. 297 et 298.

²⁰ P. Kahn, *ibid*.

Lorsque les opérateurs du commerce international recourent à l'arbitrage, ils expriment par cette attitude une double volonté. La première est celle d'échapper à la fois à la compétence et à l'emprise des ordres juridiques nationaux. La seconde, quant à elle, vise la recherche d'une justice *sui generis* administrée et rendue différemment. Ainsi s'explique dans l'arbitrage commercial international l'adaptation des normes traditionnelles aux situations nouvelles révélées par la complexité des échanges internationaux. Serait-ce cette complexité qui oblige les arbitres à un effort d'intégration dans la détermination du droit applicable aux litiges qui leur sont soumis? Selon un auteur, l'efficacité de l'arbitrage commercial international ne va pas sans générosité intellectuelle; car, précise-t-il²¹, «[l]a confrontation subtile de traditions juridiques différentes, le respect mesuré des cultures, telle est la tâche de l'arbitre international ».

Comment évaluer l'ampleur d'une telle générosité intellectuelle des arbitres dans la prise en considération du caractère international de la Convention de Vienne? Celle-ci représente, au niveau du droit international et du droit comparé, un modèle d'intégration juridique réussie, possédant aux yeux de l'arbitre international une double caractéristique : celle d'être à la fois un texte international à caractère autonome doté à cet égard d'une autonomie juridique propre (c'est l'aspect droit matériel privé); mais aussi celle de représenter une source de droit uniforme pour les États qui l'ont ratifiée (c'est l'aspect *Convention internationale*, instrument de droit international public distinct des règles de droit privé qu'elle comporte). L'arbitre international n'ayant pas de *for*, contrairement à un quelconque juge étatique, une règle de l'arbitrage international lui reconnaît une grande liberté en matière de détermination du droit applicable que seule l'autonomie de la volonté borne²². C'est que cette liberté est particulièrement confortable pour l'arbitre international. Son fondement juridique est posé par l'article 17(1) du règlement d'arbitrage de la Chambre Commerciale Internationale (C.C.I.), version 1998 :

²¹ M. De Boisséon, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, Paris, Joly, 1990, p. 9.

²² Y. Derains, « Attente légitime des parties et droit applicable au fond en matière d'arbitrage commercial international » dans *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1981- 1982 à la p. 81. Cette liberté repose sur la vision d'un monde ordonné et hiérarchisé dans lequel l'arbitre se préoccupe d'appliquer, en principe, des règles transnationales aux litiges commerciaux (de telles règles sont par hypothèse neutres : prises souvent en dehors des parties, elles soumettent à chacune d'elles l'ensemble du droit unifié). Or, la Convention de Vienne relève véritablement d'une source internationale dans le sens beaucoup plus fort où elle représente un produit de la communauté internationale des États et des marchands (*societas mercatorum*). Ce qui suffit à justifier la possibilité pour l'arbitre de l'appliquer librement aux contrats de vente internationale, en l'absence d'une loi d'autonomie.

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.

Cette disposition confirme la méthode de la voie directe qui consiste, pour l'arbitre international, à choisir le droit applicable sans se préoccuper d'une règle de conflit quelconque²³. En pratique, pour justifier le choix de la Convention, les arbitres se livrent à une interprétation de celle-ci pour faire dépendre son applicabilité d'indications qu'ils empruntent en son sein²⁴. C'est dans cette perspective que le caractère international de la Convention²⁵ et du contrat peut jouer un rôle prédominant²⁶ puisque les arbitres préfèrent généralement un droit neutre à un droit national²⁷.

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. Le souci de légitimation qui accompagne la démarche des arbitres repose sur le caractère international des lois uniformes dont ils sont les interprètes.

La prise en compte du caractère international de la Convention est complétée par une autre directive qui est le respect de la bonne foi dans le commerce international.

²³ Quant à l'objet du choix des arbitres, il pourra se porter sur une loi nationale ou internationale, y compris les principes généraux du droit du commerce international et les usages commerciaux.

²⁴ Voir les sentences appliquant la CVIM comme *lex mercatoria* citées par M.J. Bonell et F. Liguori, « The U.N. Convention on the international Sales of Goods : a critical analysis of current international Case Law » (1997) 3 Rev. D.U. 583; sentence C.C.I. n° 7331 de 1993, [1995] J.D.I. 1001.

²⁵ D'autres sentences ont reconnu la valeur de consensus exprimée par la Convention de Vienne sur la vente. Ainsi, la sentence n 5713 de la C.C.I., 1989, [1990], 15 Y. B. Comm. Arb. 70 qui dit que la Convention de Vienne transcrit dans ses articles 38 à 40 les usages commerciaux largement reconnus par la profession qui s'imposent aux parties même si elles ne les ont pas acceptés. La même démarche se retrouve dans la sentence n 6795 de la C.C.I. où le parallèle établi par les arbitres entre le droit national et telle ou telle disposition de la Convention de Vienne sert en conséquence à souligner la valeur de droit universel de celle-ci. Sur toutes ces sentences référant directement à la Convention de Vienne sans que celle-ci soit applicable selon les critères traditionnels, cf. Y. Derains, note sous la sentence C.C.I. 6281, 1989, Rec. Sent. Arb., 1986-1990, p. 394. Sur la sentence 6281, voir les commentaires de S. Jarvin et M. Boissavy, [1999] 3 R.D.A.I.

²⁶ Sentence 6281 de 1989, [1991] J.D.I. 1055 et suiv.

²⁷ Sentence n° 7153 de [1992] J.D.I. 1006 et suiv., n. Derains.

B) *La bonne foi en tant qu'instrument d'interprétation de la Convention*

Le respect de la bonne foi dans l'interprétation de la Convention est posé par l'article 7, alinéa 2. La formule utilisée implique qu'il faut analyser la bonne foi à la lumière du commerce international²⁸.

Dans le domaine du commerce international, le rôle accru et multiforme de la bonne foi constitue sans aucun doute le fait le plus important, le plus connu et le plus étudié en droit des contrats internationaux. La bonne foi représente la clé de voûte des difficultés qui peuvent survenir entre des parties contractantes. Si on laisse de côté l'équité (qu'il ne faut pas confondre avec la bonne foi) on retiendra de l'exigence de la bonne foi dans le commerce international la confirmation d'un des « principes généraux du droit reconnus par les Nations civilisées », au sens, si l'on veut, de la liste des sources du droit international rapportées dans le célèbre article 38, alinéa 3 du Statut de la Cour internationale de Justice.

²⁸ G. Lefebvre, « La bonne foi dans la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises » (1993) 27 R.J.T. 561; J. Honnold, *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*, 2nd ed., 1991, à la p. 148, considère les dispositions suivantes comme participant de la bonne foi : art. 8 (2): interprétation du comportement d'une partie selon le concept de personne raisonnable; art. 16 (2) b): irrévocabilité de l'offre lorsqu'il est raisonnable pour le destinataire de la considérer ainsi et s'il a agi en conséquence; art. 18 (2): délai raisonnable pour accepter une offre; art. 34: remise des documents d'une façon anticipée et inconvénients déraisonnables pour l'acheteur; art. 35 (2) b): conformité des biens et lorsqu'il n'est pas raisonnable pour l'acheteur de s'en remettre à l'appréciation du vendeur; art. 37: inconvénients ou frais déraisonnables dans le cas de livraison anticipée; art. 38 (3): possibilités raisonnables d'examiner les marchandises; art. 39 (1): délai raisonnable à l'acheteur pour dénoncer au vendeur un défaut de conformité; art. 48 (1): retard ou inconvénients déraisonnables et réparation des biens après la livraison; art. 48 (2): délai raisonnable et avis d'acceptation d'exécution; art. 49 (2): délai raisonnable et déchéance du droit de déclarer un contrat résolu; art. 60 a): acte que l'on peut raisonnablement s'attendre de l'acheteur lors de la livraison; art. 63 (1): délai supplémentaire de durée raisonnable accordé au vendeur pour exécuter une de ses obligations; art. 72 (2): notification à une partie dans des conditions raisonnables pour lui permettre de donner des assurances de bonne exécution; art. 75: résolution du contrat d'une manière raisonnable et dans un délai raisonnable; art. 76 (2): lieu raisonnable pour fixer un prix dans le cadre de dommages-intérêts; art. 79(1): exonération de responsabilité et expectative raisonnable; art. 79 (4): avertissement dans un délai raisonnable d'un empêchement d'exécuter une obligation; art. 85: mesures raisonnables pour conserver des marchandises; art. 86 (1): mesures raisonnables pour conserver des marchandises; inconvénients ou frais déraisonnables et exercice du droit de l'acheteur de refuser des marchandises; art. 87: frais non déraisonnables pour assurer la conversation de marchandises; art. 88 (1): retard déraisonnable à prendre possession de marchandises et notification dans des conditions raisonnables de l'intention de les vendre; art. 88 (2): frais déraisonnables pour assurer la conservation de marchandises et devoir de raisonnablement s'employer à les vendre.

L'affirmation du principe de la bonne foi par les auteurs canadiens rejoint l'importance que la doctrine majoritaire en droit uniforme lui reconnaît. Louis Marquis organise l'essentiel des idées qui permettent une appréhension générale du principe :

Les idées mises de l'avant dans la recherche du sens de la bonne foi prennent à peu près l'allure des exemples suivants, qui concernent l'article 7 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises. Pour un, V. Heuzé comprend la bonne foi « comme une invitation à introduire une certaine souplesse dans l'application des règles conventionnelles, un peu à la manière de ce qu'autorise, en droit français, la théorie de l'abus de droit ». B. Audit voit dans la bonne foi un principe particulièrement pertinent dans le cas de déséquilibre contractuel. M.J. Bonell favorise une interprétation dite large de la bonne foi, élaborée « in the light of the special conditions and requirements of international trade ». De leur côté, F. Enderlein et D. Maskow réservent un rôle restreint à la bonne foi. Selon ces derniers, « observance of the principle of good faith means to display such conduct as is normal among businessmen ». Ils ajoutent que « no exaggerated demands include can be made, and observance of good faith does in no way necessarily include the establishment of material justice between the contracting parties ». Enfin, G. Flécheux affirme, dans une étude sur les obligations de l'acheteur, qu'« il restera toujours l'obligation de bonne foi », laissant par là sous-entendre qu'il ne s'agit pas là d'un principe marginal²⁹.

La nécessité d'interpréter la Convention de façon uniforme est une directive comprise depuis de longue date par les tribunaux, même si sa mise en œuvre demeure délicate³⁰. En revanche, la nécessité d'assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international est difficile à comprendre et à appliquer. La question qui se pose immédiatement est celle de savoir quelles sont les limites du principe dans le domaine qui

²⁹ L. Marquis, « La bonne foi en droit commercial international uniforme à la lumière du paradigme culturel du développement », (1996) 26 R.D.U.S. 249.

³⁰ *Riverstone Meat Co. Pty. c. Lancashire Shipping Co.*, [1961] A.C. 807 (H.L.). Voir aussi *ITO — Int'l Terminal Operators c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752; *The Morkiven*, [1983] 1 Lloyd's Rep. 1 (H.L.); *Stag Ligne Ltd. c. Foscolo, Mango, and Co.*, [1932] A.C. 328 (H.L.). Il devient alors évidemment nécessaire de recourir aux décisions des tribunaux des autres pays pour interpréter la Convention. Voir, par exemple : *Falconbridge Nickel Mines Ltd. c. Chimo Shipping Ltd.*, [1974] R.C.S. 933; *Fothergill c. Monarch Airlines*, [1980] 2 All E.R. 696 (H.L.). Pour une analyse des méthodes d'interprétation de la Convention, voir C. Samson, « La vente : Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises », dans *Conférences sur le nouveau Code civil du Québec: Actes des Journées louisianaises de l'institut canadien d'études juridiques supérieures*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1992 à la p. 223, aux pages 235 et suiv. Dans un contexte plus général, voir : C. Emmanuelli et S. Slosar, « L'application et l'interprétation des traités internationaux par le juge canadien », dans *L'interprétation par les juges des règles écrites*, t. 29: *Travaux de l'Association Henri Capitant*, Journées Louisianaises

nous intéresse? Peut-on mettre en valeur « l'élasticité louable » du dit principe? Il est permis de penser que la formulation large de ce principe est assez floue, et de nature à susciter des compréhensions divergentes du chef de l'une ou de l'autre des parties contractantes, au moment où celles-ci auraient à analyser ce principe et à en préciser le contenu, en vue de l'appliquer à des cas concrets. À notre avis, pour saisir la portée de la bonne foi, les interprètes de la Convention doivent toujours garder à l'esprit les buts fondamentaux de celle-ci et prendre en considération l'intention des parties au contrat de vente. Ainsi, Claude Samson présente la bonne foi en tant que standard permettant l'harmonisation du droit commercial international³¹. C'est sans doute dans cette mesure que la bonne foi peut servir d'instrument d'interprétation. L'insertion d'une telle notion donne une direction aux interprètes de la Convention et ajoute à l'exigence de flexibilité indispensable au bon dénouement des relations contractuelles internationales.

L'application de la bonne foi est susceptible d'intervenir aussi bien dans le cadre de la formation du contrat que dans celui de son exécution. Dans les deux cas, l'article 7 (1) doit servir de fondement pour interpréter les dispositions litigieuses.

La référence à la bonne foi soulève, en pratique, des contestations. En effet, dans les systèmes de common law, la bonne foi en tant que principe général inquiète. Elle serait, dit-on, une des causes des lenteurs du

³¹ C. Samson, « L'harmonisation du droit de la vente internationale de marchandises entre pays de droit civil et de common law », dans *Droit Contemporain: Rapports canadiens au congrès international de droit comparé*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1990, aux pp. 115 et 116, « La plupart des contrats impliquent une relation contractuelle qui s'étend sur une période de temps donnée. Cette relation nécessite la coopération et la confiance de chacune des parties. C'est en collaborant ensemble que les parties vont s'assurer que l'exécution de leurs obligations réciproques sera satisfaites pour chacune d'entre elles. La réalisation d'une transaction est souvent entravée par la survenance d'obstacles qui peuvent affecter les intérêts de chacune des parties impliquées. Les rapports de confiance que les parties ont établis entre elles, la reconnaissance que leurs intérêts réciproques ne peuvent être assurés que par la coopération et la volonté de compromettre vont faciliter l'exécution du contrat. On peut se demander si le désir de coopérer et la volonté de compromettre ne seraient pas une manifestation du principe de la bonne foi. Les milieux d'affaires sont conscients que la bonne foi est nécessaire à l'établissement et à la poursuite de relations commerciales. La pratique arbitrale a reconnu à maintes reprises cette obligation de coopérer de bonne foi lors de la négociation du contrat et de son exécution.

Il semble assez difficile de définir la bonne foi. Dans le contexte contractuel que nous venons d'expliciter, elle implique beaucoup plus qu'un simple comportement honnête. Elle est, à notre avis, une norme de comportement qui fait référence à une volonté d'agir en conformité avec les standards fondamentaux de moralité et d'éthique commerciale. On reconnaît que la bonne foi possède de multiples connotations à l'intérieur d'un même système juridique et même plusieurs significations dans les différents systèmes juridiques.

Royaume-Uni à ratifier la CVIM³². Toutefois, tel qu'énoncé à l'article 7 (1), la bonne foi se doit d'être interprétée de façon libérale. Aussi, l'obligation d'agir de bonne foi gouverne tous les rapports contractuels puisqu'il est prescrit d'interpréter la Convention de manière autonome. On peut donc affirmer que la bonne foi ne peut que présider à l'interprétation des dispositions de la Convention qui impliquent une appréciation du comportement des parties, tels les articles 8, 18 et 19, par exemple. Cette déduction paraît relever du bon sens, mais sa mise en œuvre par les tribunaux est délicate. Quelques décisions récentes rendues par des tribunaux étatiques illustrent parfaitement la difficulté d'application de la bonne foi suivant la conception libérale reconnue à cette notion dans le cadre de la Convention de Vienne³³.

À côté des décisions rendues par les juridictions étatiques, c'est devant les arbitres du commerce international que la bonne foi est appliquée avec le plus de réalisme et de manière la plus uniforme. En effet, selon un auteur³⁴ :

La propension des arbitres du commerce international à recourir au principe de bonne foi est notoire [...] Le phénomène tient, nous semble-t-il, à deux causes. La première réside dans la tendance naturelle des arbitres, juges d'un litige isolé, à donner à l'équité une place que les tribunaux étatiques se refusent, au nom de la sécurité globale du système qu'ils ont la charge de mettre en œuvre, à faire aussi belle. On voit donc les arbitres interpréter de façon extensive les textes et la jurisprudence étatiques relatifs à la bonne foi; on les voit également donner au principe de bonne foi de la *lex mercatoria* la portée qui lui est conférée par les législations les plus libérales; et la qualité d'amiables compositeurs leur permet d'aller plus loin encore. La seconde cause est propre à la place que tient la bonne foi dans la *lex mercatoria*. Celle-ci ne se borne pas à recevoir en son sein les solutions consacrées par les droits étatiques; elle donne au principe de bonne foi un rôle dynamique, inconnu (ou invisible) dans le droit des États.

³² Sur ce que la bonne foi ne constitue pas un principe général de droit en common law, cf. J.-P. Béraudo, « Les principes d'Unidroit relatifs au droit du commerce international », J.C.P.doctr. 3842, n° 18. L'auteur spécifie que « Outre-Manche, la bonne foi, en tant que principe général, inquiète. Elle serait, dit-on, une des causes des lenteurs du Royaume-Uni à ratifier la Convention des Nations Unies sur la vente internationale ».

³³ Tribunal de Zwolle (Pays-Bas) — 5.III.1997-No HA ZA 95-640 — *CME Coopérative Maritime Etaploise S. A. C. V. (France) v. Bos Fishproducts Urk BV (Pays-Bas)*, NIPR. 1997 n° 15, 282. Cour d'appel de Milan, Corte di appello Milano, 11 décembre 1998, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 1999, p. 112. *Delchi Carrier S.P.A. v. Rotorex Corp.*, 71 F.3d 1024 (Cir. Ct. App. 1995), confirmant 1994 U.S. Dist. Lexis 12820 (U.S. Dist. Ct. N.D. N.Y. 1994).

³⁴ P. Mayer, « Le principe de bonne foi devant les arbitres du commerce international » dans *Études de droit international en l'honneur de P. Lalive*, Édition Helbing & Lichtenhahn, Bâle et Francfort-sur le-Main, 1993, 543.

De fait, les arbitres internationaux sont à l'aise dans la mise en œuvre de la bonne foi en tant que principe général de droit commercial international. L'application de ce principe dans le cadre de la Convention de Vienne par les arbitres s'opère sans difficulté par le biais de l'article 7 (1)³⁵.

Mais était-il nécessaire de prévoir la bonne foi comme instrument d'interprétation de la Convention? En ce sens, notons que dans les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international (article 1.7, alinéa 2 des Principes) ainsi que dans ceux du droit européen des contrats (article 1.106, alinéa 2) l'exclusion conventionnelle du principe de bonne foi est rejetée puisqu'il y est considéré comme impératif. Mais cette exigence est-elle vraiment utile puisqu'on imagine mal des contractants ou des droits étatiques qui encourageraient la mauvaise foi dans les affaires ou la mise à l'écart d'une telle norme de conduite. Ce qu'il faut retenir, en revanche, c'est le fait que l'incitation à la bonne foi dans les relations commerciales est un facteur réducteur de litiges. Par acculturation, les parties qui respectent la bonne foi seront plus tentées de se comporter de manière raisonnable et prévisible, et partant, de reconnaître à l'unanimité la sécurité juridique que leur procurent les règles de la Convention. Ce qui peut contribuer à réduire les contestations sur le bien fondé de telle ou telle disposition ou même sur l'exclusion conventionnelle de certaines dispositions du droit uniforme. En effet, il est vain de vouloir exclure de la Convention le principe de bonne foi. Car la seule façon d'exclure la bonne foi de la Convention serait d'exclure la Convention elle-même dans sa totalité. Autrement dit, la bonne foi renaîtra toujours de ses cendres par induction à partir des dispositions substantielles applicables au fond du litige.

La notion de bonne foi est omniprésente dans la Convention. Ainsi, certaines dispositions de la Convention ne réfèrent-elles pas expressément ou tacitement à la bonne foi? C'est le cas de l'article 37 qui oblige l'acheteur, moyennant des dommages-intérêts selon les cas, à accepter de la part du vendeur la correction des marchandises non conformes livrées avant la date prévue; l'article 35 (3) qui prévoit le principe de non-responsabilité du vendeur si l'acheteur connaissait ou ne pouvait ignorer un défaut de conformité au moment de la conclusion du contrat; l'article 68 qui impose au vendeur les risques des marchandises en cours de transport, notamment lorsque ce dernier connaissait ou aurait dû connaître la détérioration des marchandises et n'a pas informé l'acheteur de ce fait; l'article 77 sur la minimisation des dommages, etc.

³⁵ Pour une autre application de la bonne foi par les arbitres internationaux, voir : sentence n 8128 de 1995, [1996] J.D.I.1025 à la p. 1029. Voir un excellent résumé de la sentence dans D. 1999.365, observations de F. Limbach.

Aussi importante que celle de la bonne foi est l'étude des principes gouvernant l'interprétation des questions non expressément réglées par la Convention.

C) Le comblement des lacunes internes par les principes généraux [...] ou par le droit national

L'interprétation des questions non expressément réglées par la Convention pose des difficultés qui nécessitent la distinction entre les lacunes internes à la Convention et les lacunes qui lui sont externes³⁶. Pour les dernières, il s'agit de questions non régies, c'est-à-dire non couvertes par la Convention et qui doivent trouver leur solution dans la loi nationale applicable désignée par la règle de droit international privé. Il s'agit par exemple des questions exclues du champ d'application de la Convention telles que prévues aux articles 4 et 5. En revanche, « les questions concernant les matières régies par la Convention et qui ne sont pas expressément tranchées par elle seront réglées selon les principes généraux dont elle s'inspire ou, à défaut de ces principes, conformément à la loi applicable en vertu des règles du droit international privé » (article 7 (2)). C'est le comblement de ces lacunes dites internes qui nous intéresse ici.

Le comblement des lacunes internes par le biais des principes généraux signifie que l'interprète ne doit pas brûler l'étape de la recherche des principes généraux et conclure à l'application de la loi nationale compétente, puisque tout ordre juridique international revendique sa supériorité sur les ordres juridiques nationaux. Au contraire, il se doit, à bon droit, de justifier d'abord l'inexistence avérée de principe général apte à procurer la solution à la question de droit posée. Ce n'est que dans cette hypothèse que le recours, à titre subsidiaire, au droit national s'impose.

En principe, le recours aux principes généraux doit être appréhendé comme un réquisitoire contre la méthode des conflits de lois³⁷. Le recours subsidiaire au droit national se situerait en porte-à-faux par rapport à la conception générale, de nature substantiviste, qui prône l'autonomie complète d'un droit uniforme extrait en bloc des systèmes juridiques

³⁶ Sur les questions ne relevant pas du champ d'application de la Convention, cf. F. Ferrari, « Implementations of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) » [1998] R.D.A.I. 835.

³⁷ C'est pourquoi l'article 17 de la Loi Uniforme sur la Vente Internationale sur les objets mobiliers corporels de 1964 (LUVI) se limitait à énoncer que « les questions concernant les matières régies par la présente loi et qui ne sont pas expressément tranchées par elle seront réglées selon les principes généraux dont elle s'inspire ». Cette disposition est identique à l'article 7 (2) de la CVIM sauf qu'elle gomme le passage relatif au détour par les conflits de lois.

nationaux. On sait que la théorie du substantivisme³⁸ est toute fondée sur l'existence des règles matérielles transnationales directement applicables au fond des litiges commerciaux (indépendamment des lois internes avec lesquelles ces litiges sont en contact), exceptionnellement par le juge étatique lié par ses règles de conflit de lois et surtout par l'arbitre du commerce international dépourvu de *for* et qui n'est lié par aucune règle de conflit de lois nationale³⁹.

À ce titre, le recours aux principes généraux vise l'éviction des droits nationaux jugés comme inadaptés aux rapports internationaux. Précisément, alors que les usages du commerce international, même s'ils constituent un élément de transnationalité du droit, ne prétendent nullement concurrencer les droits étatiques dont la compétence subsiste au moins en arrière-plan⁴⁰, il n'en va pas de même des principes généraux du commerce international. Le recours à de tels principes donne à l'argumentation des arbitres une portée plus universelle, leur évitant ainsi de prendre position sur une loi nationale compétente. La légitimité du recours aux principes généraux devant l'arbitre du commerce international est donc basée sur le caractère approprié de ces principes dans le règlement des litiges commerciaux internationaux. C'est que, comme on l'a déjà dit, les arbitres peuvent se sentir beaucoup plus libres que des juges étatiques en raison de leur statut particulier de non-dépendance à un système étatique donné. De par leur situation, le recours aux principes généraux comme méthode appropriée de comblement des lacunes du droit uniforme suffit à s'imposer comme justification de la mise en œuvre d'une justice neutre⁴¹. De plus, cette technique est peu contestée par les parties au litige qui appartiennent à des systèmes juridiques différents.

Le propre du principe général est de constituer un agrégat d'où une multiplicité de solutions peuvent se déduire. Dans le contexte du droit uniforme de la vente internationale de marchandises il ne s'agira pas seulement **des principes premiers** énoncés par la Convention de Vienne

³⁸ B. Oppetit, « Le développement des règles matérielles » dans *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, Journée du cinquantenaire, 1985, p. 121, à la p. 123.

³⁹ Cf. *Transnational Rules in International Commercial Arbitration*, Paris, Publication C.C.I. n° 480/4, 1993; P. Kahn, « Les principes généraux devant les arbitres du commerce international » [1989] J.D.I. 305; F. Osman, *Les principes généraux de la lex mercatoria*, Paris, L.G.D.J., 1992; É. Loquin, « L'application des règles nationales dans l'arbitrage commercial international », dans *L'apport de la jurisprudence arbitrale*, Publication C.C.I., n 440/1, 1986, p. 67.

⁴⁰ E. Gaillard, « La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international », dans *Études offertes à P. Bellet*, Litec, 1991, 203.

⁴¹ P. Mayer, « L'application par l'arbitre des conventions internationales de droit privé », dans *Mélanges en l'honneur de Y. Loussouarn*, Paris, Litec, 1991, 282.

elle-même (directement ou implicitement) dont l'existence est désormais indépendante des droits nationaux, mais aussi de **principes dérivés** et dégagés à partir d'une observation de la convergence des droits nationaux ainsi que de la pratique contractuelle internationale. *Les principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international*⁴² traduiraient les principes dérivés et joueraient le rôle de source complémentaire à la Convention de Vienne⁴³. Les principes généraux doivent constituer entre les mains des interprètes du droit uniforme des instruments permettant de fournir une solution satisfaisante au litige. Quel que soit leur degré de généralisation et d'abstraction, ils appellent une adaptation et une certaine concrétisation pour concourir à la solution des affaires difficiles mieux que ne le feraient, dans certains cas, des règles juridiques précises.

Au plan doctrinal, le comblement des lacunes du droit matériel uniforme par le seul recours aux principes généraux a déjà reçu sa justification⁴⁴.

⁴² UNIDROIT, institut international pour l'unification du droit privé, *Principes relatifs aux contrats de commerce international*, Rome, UNIDROIT, 1994.

⁴³ A. Vénézian, « L'application des Principes d'Unidroit dans la vente internationale » (2001) 3 et 4 R.D.A.I. 477.

⁴⁴ Cité par J.-P. Plantard, « Un nouveau droit uniforme de la vente internationale : la Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 » [1988] J.D.I. 311 à la p. 328, précisant « qu'il eût toujours été possible à l'une des parties de prétendre que la disposition de la loi uniforme invoquée par l'autre contractant n'était pas absolument claire ou ne couvrait pas exactement le cas d'espèce. Il aurait argué de cette ambiguïté ou de cette lacune pour réclamer l'application de la loi nationale qui lui eût été plus avantageuse. Pour éviter de tels abus, il fallait affirmer que, dans les matières régies par la loi uniforme, celle-ci serait seule applicable.

En adoptant les lois uniformes, les États marquent qu'ils reconnaissent la validité de ce *jus commune*[...]

L'approche par les conflits de lois est une méthode pour régler les rapports juridiques internationaux, l'élaboration de lois uniformes en est un autre.

Dans les domaines où il existe des lois uniformes, et dans les relations entre pays qui ont adopté ces lois uniformes, il n'y a plus de place pour l'approche par les conflits de lois : la loi uniforme abolit les conflits dans toutes les matières qu'elle régit.

Non seulement le recours aux règles d'un droit interne est illogique pour combler les lacunes de la loi uniforme, mais il sera, le plus souvent inadapté, et quelquefois totalement inapplicable.

Il ne peut s'agir, en effet, que des lacunes qui se révéleraient dans la mise en œuvre du contrat de vente, uniquement dans les matières régies par la Convention.

Ces lacunes que l'on espère rares, concerneront les points précis probablement à des détails.

On imagine mal, dès lors qu'une solution convenable puisse venir d'un système national extérieur.

Une telle solution sera d'ailleurs nécessairement contraire à l'unification, puisque liée à la loi applicable en fonction de l'espèce.

Mais l'application des principes généraux n'est pas sans difficulté puisque leur frontière demeure mal définie. Dans le cadre de la Convention la découverte de ses principes se fait à partir des règles qu'elle pose. Ainsi, à notre avis, peuvent être considérés comme des principes généraux dont la Convention s'inspire :

1. L'absence de formalisme (art. 11 et 29 (1));
2. L'autonomie des parties (art. 6);
3. La prévalence des usages (art. 8 et 9);
4. Le test de ce qui est « raisonnable » (art. 18 (2); 33 c); 38 (1); 39 (1); 43 (1));
5. La faveur accordée aux effets prévisibles (art. 74);
6. Le principe qu'un incident survenu à une communication hors de l'exécution du contrat ne prive pas son auteur du droit de s'en prévaloir (art. 27);
7. Le droit à réparation (art. 76 et suivants);
8. Le droit aux intérêts de retard (art. 78);
9. Le maintien du contrat plutôt que sa résolution (art. 25; 26; 34; 47; 48; 49; 63; 64);
10. Le respect de la bonne foi (art. 7 (1));
11. L'exigence de coopération (art. 32; 60);

La même lacune sera donc comblée à chaque fois par des lois différentes.

La pièce manquante du puzzle ne se trouve pas dans les autres jeux, elle doit être façonnée en harmonie avec les autres pièces.

Il reste donc à espérer que ce recours à la règle subsidiaire faisant appel au droit international privé ne soit que théorique, et qu'en pratique les lacunes, s'il en existe, soient comblées par référence à la règle première en faisant appel aux principes généraux dont s'inspire la Convention.

Sans doute ne sera-t-il pas toujours aisé de les déceler, et d'aucuns ont pu soutenir qu'il n'existent pas.

Quelques-uns ont cependant expressément énoncés [...].

D'autres se dégagent de l'ensemble des dispositions de la Convention [...].

Nul doute que le juriste soucieux de solutions cohérentes trouvera dans la Convention et dans l'esprit d'universalisme qui l'inspire les indications nécessaires pour compléter, dans le sens d'une construction harmonieuse, les vides laissés dans l'édifice par l'imprévoyance des rédacteurs.

12. L'obligation d'information (art. 19 (2); 21 (2); 26; 39 (1); 65);
13. L'obligation de minimiser son préjudice (art. 77; 85);
14. L'obligation de ne pas se contredire lorsque l'autre partie s'est fondée sur un comportement (art. 16 (2); 29 (2));
15. L'exonération (art. 79);
16. Le fait du créancier (art. 80);
17. L'exception d'inexécution (art. 71).

Par ailleurs, comme on l'a déjà dit précédemment, l'avènement et le succès des principes d'Unidroit⁴⁵ devraient faciliter la tâche de l'interprète dans la recherche des principes généraux dont la Convention s'inspire⁴⁶. Mais il est à noter que, selon l'attitude plus ou moins bienveillante de l'interprète à l'égard de la Convention, il sera plus ou moins porté à constater des lacunes et à recourir aux Principes d'Unidroit (plutôt qu'au droit national) pour combler celles-ci; sa formation jouera également un rôle⁴⁷. Dans tous les cas, il est fondamental de retenir que les principes généraux dont la Convention s'inspire ne consistent pas en une liste. Tout comme les principes généraux de la *lex mercatoria*, ils consistent plutôt en une méthode sélective⁴⁸. À l'instar de tout code de lois, la Convention a atteint aujourd'hui une certaine maturité qui révèle la politique juridique qui la sous-tend. Ainsi, elle n'est pas qu'une simple addition de 101 articles juxtaposés. Au contraire, de l'ensemble se dégage une philosophie de politique sociale et des principes dont on peut suivre la mise en œuvre d'une disposition à l'autre et dont la trame fait l'esprit même du droit uniforme⁴⁹.

L'utilisation des principes généraux se fera cependant sur des questions juridiques précises. D'où le risque d'insécurité juridique qui accompagne leur mise en œuvre. Il y aura toujours une solution

⁴⁵ Cf. Béraudo, *supra* note 9; F. Ferrari, « General Principles and International Uniform Law Conventions » (1997) Rev. D.U. 451.

⁴⁶ En ce sens, voir le bilan dressé par A. Vézina sur l'application des Principes d'Unidroit à titre de principes généraux dans le cadre de l'interprétation de la CVM, *supra* note 42.

⁴⁷ B. Audit, *supra* note 17 à la p. 50. Les juristes de droit civil sont accoutumés à voir dans les dispositions de la loi l'application de principes généraux d'où ils peuvent déduire la solution de questions nouvelles; le common lawyer, au contraire, en l'absence d'une règle précise, sera porté à estimer que la question n'est pas réglée par la loi écrite.

⁴⁸ E. Gaillard, « Trente ans de *lex mercatoria* : pour une méthode sélective des principes généraux » [1995] J.D.I. 12.

⁴⁹ Sur ce point, J.-P. Béraudo, *supra* note 9.

alternative au recours à tel ou tel principe général. Autrement dit, la matière sera toujours sujette à discussion et variable selon le juge ou l'arbitre saisi. Le droit uniforme comporterait-il alors en son sein ses propres germes d'une absence d'uniformité d'application? Les exemples montrent que le recours aux principes généraux ouvre une brèche qui risque de précipiter l'interprète dans l'inconnu⁵⁰. La reconnaissance de ce risque de *forum shopping*⁵¹ justifie le relais subsidiaire pris par le droit national en cas d'incertitude.

Le recours au droit national à titre subsidiaire signifie que le droit national occupe une place résiduelle dans le comblement des lacunes internes à la Convention. Cela s'explique par l'imperfection de l'ordre juridique transnational qui emprunte à l'ordre interne beaucoup plus complet et cohérent⁵²... La démarche est classique : le droit compétent doit être désigné par les règles du droit international privé, c'est-à-dire les règles de conflit de lois du juge saisi. Quant à l'arbitre international, il pourra utiliser cumulativement les règles de conflit des systèmes intéressés au litiges⁵³. La solution retenue est une solution par défaut qui, somme toute, ne risque pas de déjouer les légitimes prévisions des parties au contrat litigieux. En effet, celles-ci ne doivent pas ignorer l'existence des règles de conflit de lois.

L'unification n'est donc pas une fin en soi mais représente le moyen d'assurer, en dépit des frontières, la continuité de traitements des situations juridiques en vue d'une harmonie internationale des solutions. Le recours au droit national pour combler les lacunes internes à la Convention de Vienne est finalement la marque d'un certain réalisme qui permet de résoudre avec plus de sécurité juridique d'innombrables incertitudes du droit matériel uniforme attenant, par exemple, aux clauses pénales⁵⁴ ou à la fixation du taux des intérêts moratoires⁵⁵.

⁵⁰ A. Vénézian, *supra* note 43.

⁵¹ F. Ferrari, « Forum Shopping et droit matériel uniforme » [2002] J.D.I. 383.

⁵² L'opposition entre les systèmes est, au demeurant, parfois tellement profonde que la recherche comparative visant à dégager un tronc commun des solutions est infructueuse. En ce cas, l'art du compromis ne suffit plus et il faut alors revenir au statu quo. Les bons sentiments n'aboutissant pas toujours aux bons raisonnements, les rédacteurs du droit conventionnel n'ont pas voulu sacrifier toutes les techniques habituelles du droit international privé. L'épilogue était au demeurant prévisible. En l'absence de principes généraux, seule en effet l'application du droit national, qui gouverne le milieu social dans lequel la relation s'inscrit naturellement, permet de donner à celle-ci un traitement approprié qui répond à l'attente des parties et assure la continuité de la vie juridique des sujets.

⁵³ Y. Derains, « L'application cumulatives par l'arbitre des systèmes de conflit de lois intéressés au litige » [1972] Rev. arb. 99.

⁵⁴ Sentence C.C.I. n 7197 de 1992, [1993] J.D.I. 1028. Voir aussi C. 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, à la p. 102; Y. Derains, note sous sentence n 7197 de 1992, [1993] J.D.I. 1028; sentence n 7585 de 1994, de 1992, [1995] J.D.I.

1015; F. Loksair, *La clause pénale dans les contrats internes et dans les contrats internationaux*, Lausanne, Payot, 1985; B. Honatiau, « La détermination et l'évaluation du dommage réparable : principes généraux et principes en émergence » dans *Transnational Rules in International Commercial Arbitration*, Paris, Publication CCI n 480/4, 1993, 209; S. Hohenveldern, « L'évaluation des dommages dans les arbitrages transnationaux » [1998] A.F.D.I. 7; L. Marquis, « L'arbitre et la détermination des dommages-intérêts en vertu de l'article 944.10 du C.p.c. québécois » (1991) 20 R.D.U.S.

⁵⁵ V. Karim, « Les intérêts moratoires et l'indemnité additionnelle », (1990) 50 R. du B. 1009. Certains systèmes, musulmans pour la plupart, prohibent l'intérêt sur les sommes d'argent. C'est le cas de l'Arabie Saoudite où la loi sur l'usure (riba) interdit l'intérêt; c'est également le cas de la loi Zaydi du Yémen du Nord. La même prohibition existe en droit civil iranien. D'autres pays par contre, comme l'Égypte, l'autorisent (art. 226-32 du Code civil égyptien). Il en va de même pour le Code civil irakien (art. 171). Pour le Koweït la situation est double : le Code civil interdit l'intérêt tandis que le Code commercial l'autorise (Voir art. 262 et 574 du Code civil et art. 102 du Code du commerce). Bref, on constate l'absence de consensus au sein des systèmes de tradition musulmane sur la question des intérêts.

La question a également divisé les auteurs mêmes de la Convention de Vienne : voir C. Witz, *supra* note 57 à la p. 104. S'agit-il d'un problème restant en dehors des questions réglées par la Convention, ce qui aurait comme conséquence que le taux d'intérêt serait déterminé toujours selon le droit national compétent en vertu des règles de conflit de lois applicables? En faveur de cette solution, voir J.-P. Plantard, *supra* note 43 à la p. 359. Ou ne s'agit-il pas d'une lacune au sens de l'article 7 de la Convention, ce qui aurait comme conséquence que le taux d'intérêt applicable pourrait être établi d'une façon autonome? En ce sens, voir Honnold, *supra* note 83 aux pp. 525-28 et notamment les sentences n 6653[1993] J.D.I. 104; voir particulièrement la sentence n 8128 de 1995, [1996] J.D.I. 1024; qui s'appuie clairement sur les Principes d'Unidroit (art. 7.4.9). Toutefois, l'utilisation des Principes d'Unidroit au moyen de l'article 7 (2) de la Convention de Vienne souligne l'identité des Principes généraux qui inspirent la Convention et les Principes d'Unidroit; en ce sens, Derains, *supra* note 134. À titre complémentaire voir, H. Schönle, « Intérêts moratoires, intérêts compensatoires et dommages-intérêts de retard en arbitrage international », dans *Études P. Lalive*, Helbing et Lichtenhahn, 1993, 649

et suiv.; P.A. Karrer, « *Transnational Law of Interest in International Arbitration?* », dans *Transnational Rules of International Commercial Arbitration*, Paris, Publication CCI n 480/4, 1993, 223; M. Hunter et V. Triebel, « *Awarding Interest in International Arbitration* », (1989) 6 J. of Int'l. Arb. à la p. 7; J.-Y. Gotanda, « *Awarding Interest in International Arbitration* », [1996] 90 A.J.I.L. à la p. 405; et Y. Reinhardt, « *Intérêts échus et droit de vente des Nations Unies* », (1991) 376 IPrax, pour qui le montant du taux d'intérêt doit être déterminé selon l'article 7 (2) de la Convention de Vienne. Mentionnons l'article 7.4.9 des Principes de l'Unidroit, dont la sentence n 8128, précitée, note 97, dit qu'il ne fait que codifier les principes dont s'inspirent la Convention de Vienne en vertu de l'article 7(2); Sentence n 6840 de 1991, [1992] J.D.I. 1031 qui pose le principe de la liberté dans la fixation du taux; sentence n 6219 de 1990, [1990] J.D.I. 1039. Voir aussi, sentence n 7585 de 1992, [1995] J.D.I. 1015; Sentence n 7331 de 1990, précitée, note 27; sentence n 2375 de 1975, [1976] J.D.I. 973 (C.C.I.); sentence n 5460 de 1987, [1988] Y.B. Comm. Arb. 104 (C.C.I.); sentences SCH 4316 et SCH 4366 du 15 juin 1994 rendues par le Centre International d'Arbitrage de la Chambre économique fédérale d'Autriche, [1995] J.D.I. 1055; Sentence n 7153 de 1992, [1992] J.D.I. 1006 (C.C.I.); sentence n 8128 de 1995, précitée.

En revanche certaines décisions ont exigé de faire courir les intérêts à compter de la mise en demeure, en dépit de la Convention de Vienne qui ne l'exige pas.

En effet, lorsque le taux est fixé d'après un droit national, il est logique de respecter les

II. Les moyens juridiques renforçant les directives d'interprétation : l'uniformisation rampante

Outre le rôle de la doctrine (A) et de la jurisprudence (B), il convient de noter l'effet du retour du balancier (C), procédé selon lequel le droit uniforme influence à son tour les réformes législatives nationales de notre époque.

A. La doctrine et l'uniformité d'application du principe d'autonomie

Que les praticiens ne se méprennent pas sur l'empressement des spécialistes de la Convention de Vienne à commenter les décisions nouvelles⁵⁶. Il importe en effet de dénoncer rapidement toute mauvaise interprétation pour éviter qu'elle ne se cristallise. Ces commentaires sont également utiles pour mieux faire connaître le droit uniforme de la vente internationale et tenter d'encadrer la jurisprudence naissante sur les concepts imprécis de la Convention. Il en est ainsi, par exemple, du rôle de l'autonomie de la volonté.

La Convention de Vienne ne fait expressément référence à l'autonomie de la volonté que pour indiquer son caractère supplétif (cf. article 6), même si l'universalité du principe est devenue une banalité.

dispositions de ce même droit qui portent sur la procédure de départ des intérêts : sentence n 7331 de 1990, précitée; sentence n 2637 de 1975, [1977] Y.B. Comm. Arb. 153 (C.C.I.); sentences n 2475 et n 2762 de 1977, [1978] J.D.I.325, note Y. D.; sentence n 5121, inédite; sentence n 7331 de 1994, précitée qui adopte la date de la procédure d'arbitrage à défaut d'une mise en demeure. Quant aux sentences n 6840 de 1991, de 1991, [1992] J.D.I. 1031; Tribunal arbitral irano-américain de La Haye, affaire Starret du 14 août 1987, [1990] Y.B. Comm. Arb. 96, ainsi que les sentence n 5030 de 1992, de 1992, [1993] J.D.I. 1004; sentence n 6057 de 1991, [1993] J.D.I. 1016 (C.C.I.), elles consacrent l'allocation des intérêts moratoires sur des indemnités compensatoires et les font courir à compter de la date de l'événement qui a causé le préjudice; en ce sens aussi, Cour d'appel de Paris, dans l'affaire du 6 avril 1995, [1995] J.D.I. 971 le commentaire de S. Guinchard, « L'arbitrage et le respect du principe du contradictoire », (1997) 185 Rev. Arb. Voir aussi Cour d'appel de Grenoble, 29 mars 1995, [1995] J.D.I. 964, qui fait droit à la demande de capitalisation des intérêts. Plus caractéristique est la sentence n 5514 de 1990, [1992] J.D.I. 1022, qui affirme l'existence d'un usage en matière d'intérêts

⁵⁶ Voir aussi, notamment, les chroniques régulières de jurisprudence mettant en œuvre la Convention de Vienne; parmi les dernières en date, voir M.J. Bonell et F. Liguori, «The U.N. Convention on the International Sale of Goods : a Critical Analysis of Current International Case Law » [1997] Rev. dr. Uniforme, aux pp. 385 et s. (Part I) et 583 et s. (Part II); Ulrich Magnus, *Wesentliche Fragen des UN-Kaufrechts*, ZeuP 1999, aux pp. 642 et s.; Burghard Piltz, *Neue Entwicklungen im UN-Kaufrecht*, NJW 2000, aux pp. 553 et s.; C. Witz et l'équipe de recherche des Universités de la Sarre et de Strasbourg, Droit uniforme de la vente internationale de marchandises, D. 1999, Somm. pp. 355 et s., *erratum in D. 2000*, Somm. p. 8.

Qui peut le plus, pouvant le moins, il s'ensuit que si les parties peuvent exclure la Convention, elles peuvent également recommander son application. Il suffit que leur intention soit certaine à cet égard.

Cependant, l'application de la Convention de Vienne par la volonté des parties peut poser des difficultés. Ainsi, lorsqu'une clause contractuelle désigne expressément la Convention comme droit applicable, on présume que les parties ont voulu faire de l'application des règles conventionnelles un élément de la mission de l'arbitre. Il en découle que l'arbitre se doit de respecter le choix des parties⁵⁷ qui envisagent avec certitude l'application de la Convention, sans médiation du droit interne d'un quelconque État contractant. En pareil cas, il n'est pas nécessaire de rechercher si le contrat présente des liens significatifs avec un État contractant. Il n'est pas nécessaire non plus d'expliquer le choix des règles conventionnelles par la désignation implicite d'un quelconque droit étatique⁵⁸. En effet, la soumission expresse du contrat à la Convention équivaut à sa soumission comme à un ordre juridique. Paul Lagarde note à ce sujet que la Convention constitue « un texte que son origine internationale permettrait de reconnaître comme un ordre juridique, pouvant faire l'objet d'un choix des parties à l'instar des ordres juridiques nationaux »⁵⁹.

Mais le choix exprès de la Convention de Vienne par les parties implique l'incorporation de celle-ci dans le contrat. La Convention acquiert de ce fait une valeur simplement contractuelle. Ainsi, en cas de contradiction entre les dispositions de la Convention avec d'autres clauses du contrat, certains aspects de la Convention pourraient succomber. Mais surtout, en cas de contradiction entre la Convention qui a valeur contractuelle et la *lex contractus* étatique désignée par la règle de

⁵⁷ En revanche, lorsque les parties ont soumis leur contrat à une législation étatique intégrant les règles conventionnelles, l'arbitre peut « écarter le choix des parties pour de bonnes raisons – par exemple, la nécessité de respecter les dispositions plus protectrices du consommateur, résultant de la loi de la résidence habituelle de celui-ci – ou même pour des raisons discutables, qu'aucune autorité n'a compétence pour s'appliquer – par exemple le fait que la loi choisie n'a pas de lien avec le contrat litigieux ou l'existence de liens prépondérants avec une autre loi », Mayer, *supra* note 40 à la p. 281.

⁵⁸ *Contra*, sentence n 7585 de [1994] J.D.I. 1015. Nous reviendrons sur cette sentence dans les prochaines lignes.

⁵⁹ P. Lagarde, note sous Com. 4 février 1992, [1992] Rev. crit. dr. int. privé 495. *Contra*, Mayer, *supra* note 40 à la p. 283, qui « considère que la solution retenue par l'arrêt est critiquable, précisément parce qu'une Convention ne constitue pas en elle-même un ordre juridique auquel le contrat serait soumis. On ne peut y voir qu'un élément de l'ordre international, et encore cela n'entraîne pas l'appartenance des règles de droit privé qu'elle pose à l'ordre international. Dès lors, le choix des parties ne peut avoir pour signification qu'une incorporation des règles conventionnelles dans leur contrat. Il ne sera pas nécessaire pour autant de rechercher une *Lex contractus* étatique: un corps de règles codifiées quelconque suffit à l'arbitre, même s'il ne constitue pas un ordre juridique

conflit, la Convention pourrait s'incliner. Par exemple, les dispositions impératives de la *Lex contractus* étatiques primeront sur toutes les dispositions de la Convention n'ayant qu'une valeur contractuelle⁶⁰. On peut alors se demander s'il n'y a pas quelque désavantage à soumettre son contrat directement à la Convention de Vienne. Autrement dit, ne vaut-il pas mieux s'abstenir de désigner expressément la Convention lorsque, par exemple, celle-ci pourrait trouver à s'appliquer par le biais de l'article 1 (1) a)?

La jurisprudence arbitrale s'est prononcée sur cette question dans la sentence n° 7585 rendue en 1994 à propos d'un contrat liant un acheteur finlandais à un vendeur italien⁶¹. En l'espèce, les parties avaient décidé que:

Conformément à l'article 20 alinéa 1 du contrat (clause désignant le droit applicable), ce contrat est régi par et doit être interprété conformément à la Convention des Nations- Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises du 11 avril 1980.

Nonobstant la clause de droit applicable, l'arbitre estime devoir s'interroger sur le véritable titre d'application de la Convention : les parties ayant choisi d'appliquer le droit italien, le résultat aurait été le même, et la Convention aurait été appliquée de toute manière, puisque l'Italie a ratifié la Convention de Vienne. Il décide alors d'appliquer cette Convention à titre de *lex contractus* pour atténuer les limites imputables à sa valeur contractuelle. La démarche de l'arbitre est très critiquable. L'effort étant disproportionné par rapport au résultat, il eût été plus simple, à notre sens de respecter tout simplement la volonté des parties. Comme le démontre très justement Horatia Muir Watt :

La distinction ainsi établie par l'arbitre quant au titre d'application de la convention, est fondée [...] lorsqu'elle est rapportée à la concurrence entre la norme conventionnelle et la loi nationale applicable au contrat. Il n'en va pas de même en revanche si [...] elle doit concerner la force obligatoire de la loi uniforme à l'égard des parties. Car l'incorporation des règles conventionnelles dans la *Lex contractus* ne leur confère aucunement une impérativité intrinsèque qui leur ferait défaut dans le cas inverse où leur titre d'application résulterait d'une désignation contractuelle. Certes, on l'a vu, lorsque la loi uniforme fait partie de la loi du contrat, aucun conflit de normes ne se produit par hypothèse. Mais la Convention ne perd pas pour autant le caractère dispositif qui est toujours le sien en vertu de l'article 6 et qui conduit à

⁶⁰ Un arbitre qui méconnaît injustement les dispositions impératives d'une *lex contractus* étatique désignée par une règle de conflit, expose sa sentence à un refus éventuel d'exequatur, notamment dans l'hypothèse où la Convention de Vienne, applicable par la volonté des parties, ne revêt qu'une valeur contractuelle.

⁶¹ Sentence n 7585 de 1994, [1995] J.D.I. 1015.

considérer qu'elle cède toujours le pas à une clause contractuelle incompatible — que la *Lex contractus* soit ou non la loi d'un État signataire⁶².

Quelle appréciation peut-on faire de cette tendance de la jurisprudence arbitrale? Lorsque le litige est soumis à un tribunal arbitral, ce dernier doit, avant tout, se conformer à sa mission, telle que définie par les parties ayant choisi la Convention comme *droit applicable*. En ce cas, si les dispositions de la Convention se heurtent à des dispositions impératives de la *lex contractus*, celles-ci doivent prévaloir sur les premières. Ajoutons que la situation est complètement différente devant un juge étatique. En effet, ce dernier ne privilégie la Convention de Vienne que lorsque celle-ci s'applique à titre de convention internationale. En ce sens, l'instrument d'adoption des règles est international, et il crée une obligation internationale à la charge de chacun des États parties : celles d'adopter et d'appliquer les règles sur le contenu desquelles ils se sont mis d'accord. L'impact de cette appartenance aux droits étatiques est décisive sur la désignation de la Convention de Vienne par la volonté des parties : les lois de police du juge saisi primeront sur les règles de la Convention qui n'auront qu'une valeur contractuelle. En revanche, les dispositions impératives de l'État du juge saisi ne pourront jamais être qualifiées de lois de police si ce dernier applique la Convention à titre de *traité international ratifié par son législateur*. Car, « en ratifiant la Convention de Vienne, il a nécessairement admis que les dispositions de celles-ci ne contrariaient ni ses valeurs fondamentales (au sens de l'ordre public international), ni les objectifs essentiels de sa politique législative. Par conséquent, aucune loi de police du for ne peut être invoquée à l'encontre des dispositions de la Convention de Vienne »⁶³.

La question peut cependant être compliquée dans une province comme le Québec où la Convention de Vienne a la force obligatoire d'une simple loi et où les traités internationaux ne priment pas sur les lois internes. Quelle sera la place des règles de la Convention dans la hiérarchie des normes? Par hypothèse, nous serons en présence de deux simples lois à valeur juridique égale. Ainsi, les normes impératives québécoises pourront primer sur les règles de la Convention, à moins que le juge entretienne une sensibilité particulière à l'égard de l'aspect *convention internationale*. Par ailleurs que se passera-t-il si les règles de la Convention sont en conflit avec les règles du Code civil? À notre avis, plutôt que de préférer la loi postérieure à celle antérieure, la Convention résultant d'un compromis international, il sera souhaitable que le juge, tout en demeurant sensible aux engagements internationaux de son pays,

⁶² H. Muir Watt, « L'applicabilité de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises devant l'arbitre international » [1996] 3 R.D.A.I. 401 à la p. 403.

⁶³ En ce sens, voir V. Heuzé, *La vente internationale de marchandises: Droit uniforme*, L.G.D.J., 2000 à la p. 89 et s.

applique les règles de la Convention à titre de loi spéciale conformément à l'adage *lex specialia generalibus derogant*⁶⁴.

On sait que l'application de la Convention de Vienne par la volonté des parties est également possible lorsque celles-ci choisissent comme droit applicable le droit d'un État contractant. Quant à l'exclusion de cette Convention par la volonté des parties, elle doit se faire de manière certaine⁶⁵. Se pose alors la difficulté de savoir si la désignation par les parties du droit d'un État contractant entraîne incontestablement la soumission du contrat à la Convention de Vienne?

La doctrine est profondément divisée sur cette question⁶⁶. Selon Pierre Mayer, « on pourra y voir la confirmation de la compétence, d'abord fondée sur des critères objectifs, de la loi d'un État signataire. Il en sera ainsi dans le cas où le vendeur d'une marchandise est établi dans un pays signataire de la Convention de Vienne, et *a fortiori* dans celui où les deux parties sont établies dans des pays signataires différents »⁶⁷. Nous ajoutons qu'on pourrait aussi y voir une ignorance des parties quant à l'existence d'un droit uniforme propre aux ventes internationales. D'où la controverse sur le degré de certitude requise pour conclure à une volonté tacite d'écarter ou de ne pas écarter la Convention de Vienne.

Ainsi, on a pu soutenir que les clauses désignant la loi d'un État contractant devraient être interprétées en principe comme écartant le droit uniforme : les parties n'ont-elles pas entendu faire régir leur contrat par le droit national applicable aux opérations internes, désigné par la clause de droit applicable?⁶⁸ Cette doctrine est cependant minoritaire. En effet, la discussion devrait être limitée aux États qui ont effectué la réserve de l'article 95. En dehors de cette hypothèse l'ignorance des parties ne peut

⁶⁴ Sur l'ensemble de la question, voir F. Rigaldies et J. Woerhling, « Les réactions de la doctrine à la création du droit par le juge en droit international public », dans *Rapports Canadiens*, *supra* note 54 à la p. 361.

⁶⁵ En ce sens voir l'article 6; Witz, *supra* note 55.

⁶⁶ Ce qui expliquerait par ailleurs les réserves effectuées par certains pays relativement à l'article 1(1) b).

⁶⁷ P. Mayer, *supra* note 40. En effet, dans le cadre européen, la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles donne compétence à la loi de la partie qui fournit la prestation caractéristique, c'est-à-dire la loi du vendeur dans le cas d'une vente. Ce qui justifie l'applicabilité de la Convention de Vienne lorsque le pays du vendeur est un État signataire de celle-ci. Quant à l'hypothèse où les parties, établies dans des États contractants différents, désignent la loi d'un de ces États, il ne s'agit là que d'une confirmation du résultat produit par la mise en oeuvre de l'article 1 (1) a).

⁶⁸ En ce sens, K.H. Neumayer et C. Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, coll. « Publication CEDIDAC », Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne, Lausanne, 1993, p. 85, art. 6 n 2 in fine. En sens contraire, Audit, *supra* note 16 à la p. 39; M.J. Bonell, dans C.M. Bianca et M.J. Bonell (dir.), *Commentary on the international Sales Law – The 1980 Vienna Sales Convention*, Milan, Giuffrè, 1987 à la p. 56.

résister à l'épreuve de l'adage « nul n'est censé ignorer la loi » : C'est l'autorité⁶⁹ qui crée le droit. Or, ce serait méconnaître le choix des États contractants en faisant échec à la Convention de Vienne qu'ils ont ratifiée et qui a vocation tout spécialement à régir les ventes internationales⁷⁰. Toutefois, il peut être nécessaire conformément aux articles 6 et 8 de la Convention que le tribunal saisi invite les parties à discuter l'application de la Convention. Ce qui n'affecte en rien la priorité présumée du droit uniforme dans les États qui l'ont intégré dans leur système.

Si la question divise les tribunaux étatiques, les arbitres internationaux s'alignent, en majorité, sur une position identique.

Outre les sentences qui viennent d'être analysées, on peut citer de manière plus particulière la sentence n 6653⁷¹ où le vendeur allemand et l'acheteur syrien avaient choisi de soumettre leur contrat au droit français («the substantive Laws of France»). L'arbitre constate qu'au jour de la conclusion du contrat (novembre 1988), le droit français de la vente internationale de marchandises était régi, depuis le 1er janvier 1988, par la Convention de Vienne. Il conclut que cette dernière s'applique au litige.

Il convient de rapprocher dans le même sens le raisonnement des arbitres dans la sentence n 8324 de 1995⁷². En l'espèce aussi, les parties avaient désigné le droit français comme droit applicable au contrat. Ce qui conduisait indubitablement à l'application de la Convention de Vienne :

[Les parties] prévoyaient l'application du droit français sans qu'il ait été précisé si dans l'esprit des parties il s'agissait du droit français interne ou du droit français international, c'est-à-dire de la Convention de Vienne du 11 avril 1980, en vigueur en France depuis le 1er janvier 1988, donc antérieurement à la conclusion du contrat.

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 [...]. Pour éviter toute incertitude sur ce point, cette interprétation a été confirmée dans l'acte de mission. C'est bien la Convention de Vienne qui constitue le droit applicable dans les termes suivants[...].

⁶⁹ Comme l'énonce l'expression de droit latin : *autoritas non veritas facit jus*.

⁷⁰ L'ignorance des parties quant à l'existence de la Convention n'est pas pertinente, car la Convention de Vienne est largement diffusée. Enfin, la thèse de la soumission du contrat au droit national interne peut comporter un effet injustifié : imposer indirectement une réserve à l'article 1(1) b) aux États contractants qui n'ont pas effectué une telle réserve.

⁷¹ Sentence n° 6653, [1993] J.D.I. 1040 (C.Cl.).

⁷² [1996] J.D.I. 1919 (C.C.I.).

L'applicabilité de la Convention lorsque les parties ont choisi la loi d'un État contractant n'est discutable qu'en cas de désaccord entre les mêmes parties. C'est le cas dans la sentence C. C. I. n° 7565 de 1994 dont un extrait est publié au Bulletin (novembre 1995) de la Cour internationale d'arbitrage. En l'espèce, le contrat entre un vendeur néerlandais et un acheteur américain comportait une clause de droit applicable désignant les «Laws of Switzerland». Selon le vendeur, la clause de droit applicable désignait le droit suisse, à l'exclusion des règles de droit international privé de ce même ordre juridique : le choix du droit suisse était, selon le vendeur, basé sur sa neutralité. Ce à quoi l'arbitre répond en opposant, au contraire, non seulement la fonction spécifique de la Convention de Vienne, mais aussi sa neutralité et son adéquation aux besoins du commerce international :

The purpose of the incorporation of an international convention in the law of a country having signed or adhered to it is not to elect rules of private international laws with a view to settle conflicts of laws but to implement as part of that national law a set of material rules. So Swiss law, when applicable, consists of the Convention itself as of the date of its incorporation into Swiss Law [...]. The neutrality argument [...] is satisfied whereas the Convention's objectives and content are more than consistent with it.

Certainly, in incorporating the Convention's provisions such as to make it part of Swiss Law so far as international sales are concerned, Switzerland has rather increased than decreased the degree of neutrality the parties are suggested to have sought in the present⁷³.

On reconnaît à travers les développements qui précèdent le rôle central de l'autonomie de la volonté en matière de contrats internationaux. Ce principe reçoit une portée particulièrement forte puisqu'il permet aux parties de soumettre totalement leur contrat à un régime juridique déterminé. La Convention de Vienne se déploie tout à fait naturellement dans le mouvement favorable à ce principe : elle propose aux parties un catalogue de règles dont elles peuvent se servir en fonction de leurs besoins. Mais ce constat ne s'impose pas sans difficulté, notamment devant les tribunaux étatiques.

En effet, deux décisions récentes, l'arrêt Muller⁷⁴ et l'arrêt Anton⁷⁵, rendues le même jour par la Cour de cassation française, donnent un regain d'intérêt à la manifestation de l'autonomie de la volonté dans le cadre de la CVIM. Plus précisément, ces décisions concluaient que les juges du fond doivent appliquer d'office la CVIM.

⁷³ L'arbitre a fait valoir que l'expression utilisée par les parties signifiait que leur choix ne portait pas exclusivement sur le seul code suisse des obligations, mais également sur d'autres règles de droit (Watt, *supra* note 62 à la p. 404).

⁷⁴ Cour de cassation, 1^{ère} Civ., 26 juin 2001, D. 2001, p. 3607, n.44.

⁷⁵ Cour de cassation, 1^{ère} Civ., 26 juin 2001, D. 2001, p. 3607, n. 44.

Seule la première décision nous préoccupe en ce qu'elle traite particulièrement de l'exclusion tacite de la CVIM par le comportement procédural des parties. L'espèce mettait en cause une société établie en Grande Bretagne qui a conclu, par l'intermédiaire de son représentant en France, un contrat de vente de papier avec une société établie en France. L'acheteur, à qui il est reproché de ne pas avoir expédié une marchandise conforme, est assigné par le vendeur devant la haute juridiction qui, infirmant la décision de la Cour d'appel de Colmar, établit l'applicabilité d'office de la CVIM conformément à son article 1. 1 b)⁷⁶ : « La Convention de Vienne instituant un droit uniforme sur les ventes internationales de marchandises [...] constitue le droit français de la vente internationale de marchandises; qu'à ce titre, cette Convention s'impose au juge français ». La justification de cette application d'office de la Convention repose donc clairement sur la nature des règles qu'elle contient, en ce sens que de telles règles forment le droit substantiel de la vente internationale s'imposant au juge des États qui ont ratifié le traité international instituant la CVIM.

Toutefois, après avoir posé ce principe préalable, la haute juridiction se devait de faire face à la question de l'exclusion tacite de la CVIM par la volonté des parties, conformément à l'article 6 qui « s'interprète comme permettant aux parties de l'éluder tacitement, en s'abstenant de l'invoquer devant le juge français, ce qui s'est réalisé en l'espèce ». Si l'application d'office de la CVIM n'appelle aucun commentaire ni critique, sa mise à l'écart par la volonté implicite des parties suscite notre pleine réserve. Certes, les parties peuvent exclure la CVIM à n'importe quel moment, après la conclusion du contrat ou même pendant la procédure contentieuse. Il suffit tout simplement que leur accord soit certain à cet égard⁷⁷. Mais ce scénario ne remet pas en cause le principe de l'application d'office de la CVIM puisqu'une telle application ne requiert pas le consentement exprès ou tacite des parties : c'est le système de l'*opting out* et de l'*opting in* qui a été retenu par les rédacteurs de la Convention et cette règle vaut qu'il s'agisse de l'interprétation des clauses d'*electio juris* ou de l'attitude procédurale des parties. En ce sens, un auteur précise d'ailleurs que, « en cas de doute sur l'intention réelle des parties, c'est l'application de plein droit de la Convention qui doit l'emporter⁷⁸ ». La Cour de cassation a-t-elle appliqué correctement ce postulat?

La Cour accueille, sans examen approfondi, la présence d'une exclusion tacite de la Convention en cours de procédure par simple déduction du silence des parties qui se sont abstenues de l'invoquer,

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ C. Witz, « L'exclusion de la Convention de Vienne par la volonté des parties ». D. 1990, chronique, 107.

⁷⁸ C. Witz, note sous l'arrêt Muller, D. 2001, p. 3610, n44.

méconnaissant ainsi le fait que la mise en œuvre de cette Convention n'est nullement subordonnée à son invocation par les parties, tout comme l'ignorance de celles-ci quant à son existence ne saurait constituer un motif suffisant permettant sa mise à l'écart. Comme le précise C. Witz⁷⁹, cela peut donner la fâcheuse «impression trompeuse que le jeu de la Convention de Vienne, lorsque les conditions d'application de celle-ci sont réunies, est subordonné à une condition supplémentaire, en l'occurrence, à son invocation par les plaideurs devant le juge. Certes, le droit uniforme peut être écarté implicitement devant le juge. Mais le degré de certitude devant être atteint pour admettre une exclusion tacite doit à l'évidence être plus élevé».

Ainsi, nous approuvons avec C. Witz⁸⁰ les conclusions qui peuvent être retirées de l'arrêt Muller, à savoir : premièrement, la référence à un droit national par l'une des parties et non contestée par l'autre partie, ne saurait constituer le reflet d'un choix effectué en faveur de ce droit national destiné à se substituer, dans l'esprit des parties, à la Convention de Vienne. Deuxièmement, l'état d'ignorance des parties quant à l'existence du droit uniforme ne saurait suffire à l'admission d'une mise à l'écart conventionnelle du droit uniforme⁸¹. Troisièmement, un silence non concluant avec certitude n'implique pas l'exclusion tacite de la Convention en cours de procédure, car sa mise à l'écart doit être avant tout subordonnée à la conscience par les parties de son applicabilité. Quatrièmement, si les parties s'opposent sur l'applicabilité d'un droit national et s'abstiennent également d'invoquer la Convention, le juge doit lever cette incertitude quant à l'exclusion de la Convention en provoquant une discussion contradictoire au sujet de la mise en œuvre de la Convention; en levant ainsi le voile, le juge peut pleinement accéder à la conscience des parties. Cinquièmement, à supposer que les parties s'accordent sur l'application d'une loi nationale (ce qui peut ressembler à une loi d'autonomie subséquentement choisie), mais tout en ignorant l'existence et l'applicabilité de la Convention, le juge soucieux de rendre une bonne décision qui n'évacuera pas la *lex specialis* voué à régir plus adéquatement le type de transaction litigieuse se doit donc d'invoquer d'office l'applicabilité de la Convention et recueillir les certitudes nécessaires quant à son exclusion ou son inclusion⁸².

⁷⁹ *Ibid.* à la p. 3611.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ Ce n'est que si les parties, pleinement conscientes de l'existence du droit uniforme, se placent malgré tout exclusivement sur le terrain d'un droit interne ou de plusieurs droits internes, en cas de contestations sur le droit national applicable, qu'il y a lieu d'admettre l'existence d'une exclusion tacite (voir en ce sens, les décisions étrangères citées par C. Witz, *ibid.* note 74). De même, la Convention serait exclue s'il existe une concordance des conclusions en faveur d'une loi interne. S'il y a discordance entre les parties sur l'applicabilité d'un droit national, c'est la Convention qui devrait l'emporter.

⁸² En ce sens, voir Cour d'appel de Grenoble, 22 février 1995, [1995] J.D.I. à la p.

En conclusion, retenons que l'uniformité d'application de la Convention requiert un certain degré d'ouverture d'esprit des juges; notamment ils doivent être permissifs devant les bonnes décisions rendues à l'étranger, même si l'histoire du droit uniforme révèle qu'il s'agit d'un idéal dont la quête est permanente. Certes, dans certains cas, la recherche comparative risque d'être disproportionnée par rapport au résultat parce qu'il est intellectuellement difficile de se départir des carcans de concepts juridiques auxquels on est familier. Toutefois, les prescriptions de l'article 7 l'exigent, et ce, quitte à repousser des habitudes séculaires en renouvelant les mentalités, non pas au bénéfice d'une pensée unique mais au profit d'un consensus universellement accepté. En ce sens, l'avènement souhaitable d'un système supranational d'interprétation est la condition indispensable pour préserver l'unité entière de la Convention. Ce système, qui existe déjà à travers les fortes tendances doctrinales, peut être amélioré face aux multiples difficultés qui minent l'uniformité d'application de la Convention. Outre l'incitation à la méthode comparative, l'interprétation institutionnelle supranationale demeure une alternative possible.

B) La force d'attraction de la jurisprudence étrangère et l'opportunité de juridictions supranationales à caractère régional

Les divergences d'interprétation de la Convention par les tribunaux peuvent être prévenues⁸³. Deux solutions paraissent envisageables. La première consiste à inciter les juges et les arbitres à une recherche, à titre comparatif, des solutions déjà retenues par leurs pairs. La seconde solution est beaucoup plus idéaliste. C'est la perspective d'une interprétation uniforme par une juridiction supranationale. Examinons successivement ces deux possibilités.

La référence au droit comparé s'est imposée dans le cadre de la Convention comme une nécessité incontournable. En effet, l'uniformité d'application découlant des directives de l'article 7 ne sera atteinte que si les tribunaux ont connaissance des décisions rendues par d'autres tribunaux et les utilisent. La fonction de matériaux de base du droit comparé dans l'interprétation uniforme de la Convention est exprimée par un auteur⁸⁴ en ces termes :

632, note Khan; 29 mars 1995, *ibid* à la p. 964; 26 avril 1995, D. 2000, sommaire, 433; 21 octobre 1999, D. 2000, sommaire, p. 441 et [2000]J.D.I. 1016. Voir aussi, F. Ferrari, « Exclusion et inclusion de la CVM », [2001] R.D.A.I. aux pp. 401 et suiv.

⁸³ P. Lagarde, « Les interprétations divergentes d'une convention internationale donnent-elles lieu à un conflit de lois? », [1964] Rev. Crit. 235.

⁸⁴ L.A. Dimatteo, « The CISG and the presumption of enforceability : Unattended Contractual Liability in International Business Dealings », (1997) 22 Yale J. of Int'l L. 111.

The overall success of the CISG [CVIM en anglais] depends on the creation of a uniform interpretative jurisprudence. The uniformity of decisions mandated by the CISG requires U.S. courts to apply foreign decisions over conflicting domestic decisions regarding the enforceability of comfort instruments : the Convention, by its language and history, directs United States courts to achieve uniformity in interpretation by granting considerable weight to foreign decisions interpreting its terms. The ability to determine comfort instrument enforceability will thus depend on which courts decide cases of first impression pertaining to comfort instruments and the CISG. The need for uniformity in interpretation and application of the CISG will be a compelling factor in most future CISG cases.

[...] The need for predictability and uniformity may place comfort instrument enforceability on two tracks. One track involves domestic cases that currently recognize the non enforceability of most comfort instruments. The other involves the importation of foreign case law through the CISG. The needs of commercial predictability and certainty will best be served by convergence of the two tracks over time.

L'existence d'une convention internationale exige que les tribunaux suivent, en s'efforçant de promouvoir son uniformité, la jurisprudence pertinente et disponible⁸⁵. La démarche comparatiste est essentielle à cette fin. L'information sur le droit uniforme concernant l'application qui en est faite par les tribunaux a une fonction primordiale pour la sécurité juridique. Les avantages du droit uniforme ne peuvent être pleinement bénéfiques que si son potentiel jurisprudentiel est entièrement vulgarisé et exploité correctement, et ce, selon les grandes tendances autour desquelles se réalise un consensus. Il convient, en ce sens, d'encourager les États à utiliser les jurisprudences étrangères se rapportant à la Convention afin d'enrichir les orientations de leur droit positif. Dans cette perspective les décisions des juridictions suprêmes sont appelées à jouer un rôle de premier plan.

À cet égard, la philosophie d'arrière-plan qui anime chaque texte uniforme impose et détermine l'objectif à atteindre. En somme, il ne suffit pas d'accéder aux décisions existantes; il faut surtout savoir s'en servir, car toutes ne sont pas pertinentes et surtout elles ne s'imposent pas avec la force d'un précédent. Parfois même il serait souhaitable de délaissier une jurisprudence mal appropriée et faire un effort de créativité.

⁸⁵ Cette technique est familière aux juristes de common law. Comme le souligne K. Sutton, «Methodology in applying Uniform Law for International sales (Under the UN Convention) (Vienna 1980) », in *Law and Australian Thinking in the 1980s: A collection of the Australian contributions to the XIIth International Congress of Comparative Law*, Melbourne, 1986, p. 92. L'auteur précise que « courts make extensive use of decisions from England, New Zeland and Canada in purely domestic cases and would, when faced with the interpretation of an international agreement or convention, tend to adopt the view prevailing in the common law in English speaking jurisdictions ».

Pareille démarche suppose donc une nouvelle mentalité en faveur du droit uniforme comparé. Ainsi, par exemple, face à plusieurs décisions existantes sur une même question, l'interprète de la Convention se doit d'effectuer un choix judicieux selon la teneur des motivations, et ce, tout en ayant à l'esprit la philosophie qui innerve l'ensemble de la Convention.

Le *droit uniforme comparé* s'impose, désormais, comme une nécessité incontournable. Les Nations Unies ont mis en place un système de collecte de données : les dénommés CLOUT, accessibles sur Internet⁸⁶. Bien que cette évolution nous semble évidente aujourd'hui, il s'agit d'une solution originale⁸⁷ à un problème fondamental. Cette solution, on l'espère, incitera la créativité judiciaire dans la mise en œuvre de la Convention, dont on sait qu'elle ne s'exerce guère de manière frivole, mais répond plutôt à un besoin réel en solutionnant un problème (le risque des divergences d'interprétation) qui vraisemblablement se perpétuerait par une absence d'ouverture vers l'étranger.

Pour parvenir, à coup sûr, à une interprétation de la Convention qui ne l'isolera pas cliniquement de son contexte international, la solution réside aussi dans une idée aussi vieille que l'humanité : l'interprétation par une juridiction véritablement internationale.

Le contexte de globalisation des marchés constitue une nouvelle opportunité pour la réalisation de ce vieux rêve. Le commerce international étant devenu la fontaine de vie des Nations et des Peuples, les États accepteront-ils de concéder une part de leur souveraineté? Envisageant le problème de l'interprétation uniforme par une juridiction supranationale, une doctrine⁸⁸ récente et particulièrement autorisée résume ses idées de la façon suivante :

Il n'est donc pas certain que la seule application des principes internationaux d'interprétation soit suffisante pour porter remède aux difficultés [...]. Il est dès lors

⁸⁶ Il s'agit d'un recueil mis de l'avant par le Secrétariat de la CNUDCI pour répertorier les arrêts relatifs à la Convention de Vienne. Voir la page web du Secrétariat de la CNUDCI à l'adresse suivante : <http://www.uncitral.org/>.

Pour des exemples de tribunaux s'inspirant de jurisprudences étrangères relatives à l'application de la Convention, voir : F. Ferrari, « La jurisprudence sur la CVIM : un nouveau défi pour les interprètes? », dans [1998] 4/5 R.D.A.I. 495 aux pp. 499-503; plus récemment, la Cour fédérale de première instance (Eastern District de Louisiane, 17 mai 1999, Dalloz, 1999, N° 41, aux pp. 369-70) a jugé que, en s'inspirant des décisions étrangères, « une sentence arbitrale n'est pas contraire à l'ordre public dès lors qu'elle cherche à promouvoir l'uniformité d'application de la Convention de Vienne ».

⁸⁷ Voir aussi certaines revues spécialisées dans la publication du droit uniforme : *Journal du droit international* (Clunet); *Revue de droit uniforme*; *Revue du droit des affaires et du commerce international*, etc.

⁸⁸ E. Krings, « L'opportunité de juridictions supranationale pour l'interprétation des lois uniformes », (1998) 2 Rev. D.U. 525.

nécessaire d'envisager le problème sous l'angle de l'institution d'un organe juridictionnel supranational.

Néanmoins, la solution de ce problème est très délicate.

Il faut d'abord avoir égard à plusieurs aspects du problème :

- a) D'une manière générale, un tel juge régional interviendra sur la base d'une question préjudicielle. Cela signifie qu'un juge national appelé à interpréter la loi uniforme, pourra (devra?) s'adresser à la juridiction supranationale instituée régionalement pour obtenir l'interprétation d'une disposition dont l'application est nécessaire pour la solution du litige. En général, les juges du fond ne sont pas obligés de poser de telles questions. En revanche lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction de dernière instance, celle-ci sera tenue de soumettre la question préjudicielle à la juridiction régionalement compétente.
- b) En ce cas, l'interprétation donnée par la juridiction régionale s'imposera au juge national.
- c) Les questions préjudicielles pourront aussi être posées par les organes du ministère public. En ce cas, les décisions des juridictions régionales n'auront qu'une valeur indicative pour l'avenir.
- d) On peut aussi concevoir l'institution d'une juridiction régionale qui n'intervient qu'à posteriori, sans pouvoir modifier la décision de la juridiction nationale qui a été rendue antérieurement; indiquant ainsi seulement la voie à suivre pour l'avenir.

Quelle que soit la solution adoptée, elle suppose en tout état de cause un abandon de souveraineté de la part des États contractants. Lorsqu'une cour demande à la juridiction régionale de déterminer l'interprétation d'une disposition légale unifiée dont elle doit faire application, son pouvoir de décision devient limité : elle doit appliquer la disposition en conformité avec la décision interprétative de la juridiction régionale.

Cet abandon de souveraineté pose de délicats problèmes sur le plan politique. Certains gouvernements y sont fort hostiles⁸⁹.

Conscient des difficultés que la mise en place d'une juridiction supranationale peut poser, nous soutenons néanmoins que cela ne peut être une raison suffisante pour ne pas l'envisager. L'intégration régionale

⁸⁹ Il faut remarquer, cependant, que deux juridictions supranationales remplissent déjà des fonctions semblables. Il s'agit de la Cour de Justice de l'Union Européenne et de la Cour Benelux à Bruxelles. En Afrique, dans le cadre de l'Organisation pour l'Harmonisation du droit des Affaires en Afrique (OHADA), l'institution d'une Cour de Justice Commune et d'Arbitrage (c.j.c.a.) pour la mise en œuvre du droit uniforme est un pas important dans la même direction, surtout quand on sait à quel point les nouveaux États sont jaloux de leur souveraineté.

n'a pu éviter la question et l'a résolue à la façon de la mise en place d'une Cour commune d'application du droit régional. L'intégration de l'économie mondiale, dont la vente internationale représente le pivot, donne un regain d'intérêt à la problématique :

Dès lors que l'application du droit uniforme demeure tributaire d'interprétations fort diverses par les juridictions nationales concernées, en sorte que les justiciables ont à subir des effets discordants au gré des compétences territoriales prises en considération, les finalités du droit uniforme ne peuvent être réalisées ou sont au moins gravement compromises.⁹⁰

L'opportunité de juridictions supranationales pour l'interprétation des lois uniformes ne peut que répondre à une nécessité de premier plan susceptible de limiter le forum shopping, c'est-à-dire la course vers les systèmes nationaux plus favorables à la cause d'un quelconque justiciable, déjouant ainsi les légitimes prévisions des deux parties au contrat.

C) *Les réformes législatives nationales : le retour du balancier*

L'assujettissement des contrats de vente internationale de marchandises au droit étatique correspond à une situation courante et rationnellement fondée. Il faut en effet rappeler ce constat d'évidence :

Les contrats du commerce international n'évoluent pas dans un espace juridique homogène; cette absence d'homogénéité provient de la compétence potentielle de tous les systèmes juridiques étatiques à régir au moins les contrats qui présentent avec eux certains points de contact immédiatement décelables comme le lieu d'exécution du contrat ou l'établissement habituel des parties. Il est cependant inacceptable que ces contrats soient écartelés entre les règles des différents États avec lesquels ils présentent quelque point de contact. Il convient donc de choisir et les règles de conflit de lois permettent d'effectuer ce choix. Mais les données du problème sont irrécusables : puisque l'origine du problème gît dans la pluralité des lois étatiques applicables, c'est bien entre elles que le choix doit s'effectuer⁹¹.

Les développements précédents ont fait apparaître la raison d'être du droit uniforme, à savoir l'insécurité juridique consécutive à la diversité des systèmes de droit étatiques. Cependant, l'existence de droits étatiques différents est une réalité qu'il est vain de vouloir éliminer. Non seulement le droit uniforme fera toujours face aux règles nationales impératives, mais aussi il fera appel aux autres règles nationales pour combler certaines de ses lacunes. Cette situation inévitable n'est pas sans perspective. En effet, le droit uniforme exerce progressivement une force d'attraction sur les droits

⁹⁰ E. Krings, *supra* note 88, 534.

⁹¹ J.-M. Jacquet et P. Delebecque, *Droit du commerce international*, Paris, Dalloz, 1997 à la p. 62.

nationaux qui modifie le paysage juridique de ces derniers. Beaucoup de réformes législatives nationales récentes s'inspirent des lois uniformes existantes. Il s'ensuit un alignement, certes sinueux, mais dont l'aboutissement sera un rapprochement ou une assimilation des règles juridiques nationales aux lois uniformes. Si cette tendance se poursuit, l'écart de contenu dans le comblement des lacunes, soit par les principes généraux soit par le droit national, s'estompera, car le résultat sera identique. Le *forum shopping* sera du même coup évité. La similitude des solutions de droit national quant au fond renforcera par ailleurs la certitude quant aux principes généraux. De façon moins spectaculaire les principales inquiétudes concernant la diversité des systèmes nationaux disparaîtront. L'uniformisation rampante des systèmes nationaux est une réalité de notre époque qui est nourrie par l'existence de règles matérielles unifiées⁹². L'esprit de suite appelle une uniformisation qui se fasse par voie d'irradiation, par effet d'entraînement, des règles uniformes conventionnelles du contrat international aux règles de droit interne des contrats, de manière à ce que les règles matérielles étatiques soient les mêmes pour le contrat international et pour le contrat interne et que les différences s'estompent progressivement.

Pour revenir à la Convention de Vienne, la logique commande de ne pas arrêter à mi-chemin dans le raisonnement. À partir du moment où un État a trouvé bonnes les règles de la CVIM et les a adoptées, il est incompréhensible qu'il n'applique pas les mêmes règles aux contrats internes, car aucune rationalité n'explique ni ne justifie qu'il n'en soit pas ainsi. Les articles 14 à 88, c'est-à-dire toutes les règles matérielles de la CVIM, sont applicables tels quels, sans changer un iota, à une vente interne de marchandises et même en grande partie à une vente interne tout court. Mieux : nombre de ces articles sont applicables à tout contrat de vente et non seulement à une vente internationale. Les articles 14 à 24 sur la formation du contrat peuvent être transplantés en bloc et sans modification dans le Code civil pour devenir le droit commun de la formation du contrat en général. D'autres articles de la Convention sont aussi applicables à tout contrat interne en enlevant ce qui se rapporte spécifiquement à une vente, comme les articles sur l'exécution du contrat, la résolution et ses effets, les dommages-intérêts.

Ainsi l'uniformisation conventionnelle du droit matériel du contrat international devrait conduire raisonnablement à une uniformisation des droits internes en matière des contrats. Par un curieux retour du balancier, les règles matérielles uniformes sur la vente internationale, qui découlent des droits internes à la base, les envahiraient à leur tour. Au lieu de se faire d'une manière directe et immédiate, l'unification des droits internes

⁹² M. J. Bonell, « The Unidroit Principles of International Commercial Contracts : Towards a New Lex mercatoria », [1997] R.D.A.I. 385.

en matière de contrats aurait eu paradoxalement besoin du passage par une unification du droit du contrat international.

L'idée revient comme un leitmotiv chez les commentateurs de la CVIM. M. Audit écrit par exemple qu'on ne saurait négliger en France l'influence que la CVIM est susceptible d'avoir sur le droit interne (et qui a déjà commencé de se manifester), compte tenu surtout de ce que les règles sur la vente dans le Code civil sont aujourd'hui souvent inadaptées ou à tout le moins insuffisantes. Il observe que la CVIM si elle démarque au premier chef la vente internationale de la vente interne, peut donc inversement influencer la vente commerciale interne et que son influence possible n'est même pas restreinte à ce domaine, puisqu'elle traite de la formation du contrat par des dispositions qui ne sont pas propres à la vente. De ce fait et du fait aussi qu'elle emprunte à différents systèmes le meilleur de ce qu'ils pourraient offrir, l'auteur conclut que sur tous les points qui ne sont pas spécifiques à la vente internationale, la convention devrait désormais aussi inspirer l'évolution du droit national. Dans cette perspective, les Principes d'Unidroit peuvent jouer aussi un rôle.

En effet, étant donné leurs qualités intrinsèques, les Principes d'Unidroit pourront, en premier lieu, servir de modèle aux législateurs à la fois nationaux et internationaux pour l'élaboration d'une nouvelle législation dans le domaine du droit contractuel général ou concernant certains types de transactions. En fait, plusieurs pays les ont récemment choisis comme une des sources d'inspiration de la réforme de leur législation nationale. Il suffit de mentionner le nouveau Code civil de la Fédération russe, ou des projets similaires en cours au Cambodge, en Chine, en Estonie, Indonésie, Israël et Lituanie, ou parmi les quinze États-membres de la nouvelle organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA). Des références à des dispositions isolées des Principes d'UNIDROIT peuvent également être retrouvées dans le rapport final de la Commission pour la révision du droit allemand des obligations, dans les rapports explicatifs de projets récents pour la révision de l'article 2 du *Uniform Commercial Code* concernant les contrats de vente, ou dans les règles d'interprétation de dispositions législatives récemment proposées par la Commission de droit écossais. De plus, des dispositions précises des Principes d'UNIDROIT ont été choisies pour constituer la base pour un essai de projet de Code par un membre de la Commission du droit de la Nouvelle-Zélande et il sera destiné à constituer les principes de base du droit des contrats dans ce pays⁹³.

Si cette tendance se poursuit, le domaine de l'ordre public ne représentera, d'ici peu, que l'unique et dernier rempart du recours au droit national dans le cadre des litiges commerciaux internationaux.

⁹³ *Ibid.*

Au terme de cette étude sur l'uniformité d'application de la CVIM, il est permis de se réjouir des résultats qui se font jour, aussi bien du côté des tribunaux étatiques que des juridictions arbitrales.

Le phénomène le plus intrigant est cependant celui de l'arbitrage commercial international. En effet, on le sait, dans le règlement des litiges internationaux, la jurisprudence arbitrale internationale⁹⁴ a assurément acquis sa place. Si elle a comporté jadis des tendances au sein desquelles les divergences étaient plus importantes que les convergences, force est de reconnaître que cette pratique s'est montrée créatrice en ce qui concerne l'application au fond des litiges des règles matérielles uniformes. Désormais, il devient possible d'aborder la mise en œuvre du droit uniforme de manière quasiment identique aussi bien devant les arbitres internationaux que devant les juges étatiques, malgré quelques légères différences. L'arbitre étant toujours libre, par hypothèse, d'appliquer ou de ne pas appliquer une convention internationale, on ne s'étonnera pas, dans ces conditions, de ce que la jurisprudence des arbitres du commerce international se présente sous un jour complètement nouveau. En outre, le système actuel donne à l'arbitre le pouvoir discrétionnaire de choisir la loi applicable au contrat *en l'absence de choix effectué par les parties (hypothèse du choix négatif)*. Partant, il est libre de se référer à tout système de conflit de lois auquel il a accès et n'est aucunement obligé de donner préférence à l'un de ces systèmes par rapport à un autre, tout comme il est libre de ne se référer à aucun système de conflit. Il se trouve qu'au sein de ce système la Convention de Vienne

⁹⁴ É. Loquin, « Une synthèse attendue du droit de l'arbitrage commercial international : le Traité de l'arbitrage commercial international de Ph. Fouchard, E. Gaillarg et B. Goldman », [1996] J.D.I. 909 à la p. 916. L'auteur écrit à la page 916 :

« Parmi ces sources, une place particulière est faite aux sentences arbitrales. Dès lors la question est posée : faut-il admettre l'existence d'une "jurisprudence arbitrale"? On trouvera dans le traité une approche méthodique d'une problématique qui divise la doctrine : "pour que l'on puisse parler sans abus de langage de jurisprudence arbitrale au(x) sens retenu(s) pour la jurisprudence des tribunaux, trois conditions doivent être remplies ou ce qui revient au même, trois obstacles doivent être levés; il faut que les solutions dégagées dans les sentences ne soient pas exposées à une éventuelle révision judiciaire qui les placerait sous la dépendance des ordres juridiques. Il faut aussi qu'à partir des solutions données au cas par cas se dégagent un ou des ensembles, qu'apparaisse entre elles une certaine homogénéité; il faut enfin que ces solutions ou ces tendances soient connues des justiciables" (n° 374). Or, les trois conditions sont remplies, "dès lors que les sentences arbitrales sont soustraites à un pouvoir général de révision du juge étatique et rendues par des arbitres qui décident selon des normes souvent différentes de celles appliquées par les juges des États, que les solutions données rendent compte d'une cohérence fondée sur la technique du précédent, et cela malgré l'absence d'une hiérarchie chargée d'assurer l'unité de la jurisprudence, qu'enfin, la divulgation, même non systématique, des sentences arbitrales a permis une connaissance de celles-ci qui renforce leur cohérence" ».

bénéficie d'une faveur maximale et que sa mise en œuvre s'effectue de façon harmonieuse. Ainsi, on a pu écrire sur l'application de la Convention de Vienne par les arbitres internationaux :

[P]ourtant, les arbitres ne travaillent pas seuls, isolés dans leur tour d'ivoire. Ils se fréquentent, consultent la même documentation, confrontent leurs pratiques et leurs théories et délibèrent ensemble⁹⁵. De ces contrats naît une logique propre à l'arbitre. Les sentences publiées permettent de constater des traits de pensées communs, des modes de raisonnement identiques et, finalement, un développement des solutions de fond similaires⁹⁶.

Par ailleurs, le but de la Convention de Vienne est de soumettre aux mêmes règles les contrats de vente internationale de marchandises. Pour promouvoir la sécurité juridique, il faut que les négociants internationaux sachent à l'avance dans quelle sauce les juges tremperont les contrats qu'ils concluent et qui se déploient successivement dans plusieurs endroits situés dans des pays différents. À cet égard, l'application uniforme de la Convention de Vienne devient un travail intellectuel d'une grande importance et, si l'on n'y prend garde, la réalisation des objectifs poursuivis peut être compromise⁹⁷.

⁹⁵ De sorte que la sentence rendue par un arbitre unique peut souvent être perçue comme étant le reflet de sa propre doctrine, plutôt qu'une application stricte de la loi.

⁹⁶ S. Jarvin et M. Boissavy, «Jurisprudence arbitrale », [1999] 3 R.D.A.I. 354.

⁹⁷ Lorsque des questions d'interprétation sont portées devant les cours suprêmes, toute divergence devient redoutable, surtout si les juges appelés à décider savent que la solution qu'ils adoptent est différente de celle déjà adoptée par les juges d'un pays voisin. Pour des exemples en ce sens, E. Krings, *supra* note 88 à la p. 527.