

I. — DOCTRINE ET CHRONIQUES

Tendance insulariste et lex forisme malgré un droit uniforme de la vente

Franco FERRARI*

Résumé

La directive d'interprétation de l'article 7 de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises interdit que, lors de l'application de cet instrument, se nouent des liens de dépendance conceptuelle avec les systèmes nationaux de droit matériel interne et que se pratique une lecture favorable à son éviction au profit de lex fori. L'article montre que la jurisprudence des Etats parties ne respecte pas toujours ces interdits frappant l'insularisme et le lex forisme ; il propose le moyen de juguler ces tendances préjudiciables à l'uniformité du droit de la vente internationale.

Summary

The principles governing interpretation of article 7 of the Vienna Convention on the international sale of goods discourage the formation of any conceptual dependency with national legal systems and, moreover, banish any practice leading to its eviction in favour of the lex fori. This article shows that the case-law of the various Contracting States does not always comply with such prohibitions directed at

(*) Professeur de Droit et Directeur du *Center for Transnational Litigation and Commercial Law*, New York University School of Law.

insularism and lexforism and envisages the means through which to deal with trends which run counter to the uniformity of the law of international sales.

I. — INTERPRÉTATION AUTONOME V. TENDANCE INSULARISTE ?

Il est entendu, depuis bien longtemps (1), que « rédiger des termes uniformes est une chose ; s'assurer de leur uniformité en est une autre » (2), car « même lorsque l'uniformité extérieure est atteinte [...], l'application uniforme des règles convenues n'est en aucun cas garantie, car, en pratique, différents pays en viennent inévitablement à interpréter différemment des termes identiques » (3). En conséquence, afin de réduire le risque d'interprétations divergentes du même texte (4), ce texte doit être interprété de manière uniforme. Cette opération s'avère nécessaire, car, comme indiqué par Lord Simonds au nom de l'ancienne Chambre des Lords dans l'arrêt *Scruttons Ltd. v. Midland Silicones Ltd.* (5), « il serait regrettable que les nations,

(1) V. Riese, *Einheitliche Gerichtsbarkeit für vereinheitlichtes Recht*, *RabelsZ* 1961. 604, 607 s. ; Zweigert, *Die Rechtsvergleichung im Dienste der europäischen Rechtsvereinheitlichung*, *RabelsZ* 1951. 387, 395.

(2) Andersen, *The Uniform International Sales Law and the Global Jurisconsultorium*, 24 *J. L. & Com.* 159, 162 (2005) ; v. également Martiny, *Autonome und einheitliche Auslegung im Europäischen Zivilprozessrecht*, *RabelsZ* 1981. 427, 427 ; McMahon, *Differentiating between Internal and External Gaps in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods : A Proposed Method for Determining « Governed by » in the Context of Article 7(2)*, 44 *Colum. J. Transnat'l L.* 992, 999 (2006) ; Rudolf, *Einheitsrecht für internationale Forderungsabtretungen*, 2006, p. 11 ; Ryan, *The Convention on Contracts for the International Sale of Goods : Divergent Interpretations*, 4 *Tul. J. Int'l & Comp. L.* 99, 101 (1995) ; Sturley, *International Uniform Law in National Courts : The Influence of Domestic Law in Conflicts of Interpretation*, 27 *Va. J. Int'l L.* 729, 731 (1989).

(3) Munday, *The Uniform Interpretation of International Conventions*, 27 *Int'l & Comp. L. Q.* 450, 450 (1978) ; v. en ce sens et plus récemment, Andersen, *Furthering the Uniform Application of the CISG Sources of Law on the Internet*, 10 *Pace Int'l L. Rev.* 403, 404 (1998) (indiquant que « l'uniformité n'est pas une conséquence immédiate de la proclamation de règles uniformes. L'uniformité est un objectif difficile à atteindre, puisque des termes uniformes ne constitue pas toujours un gage de résultats uniformes, surtout lorsqu'une Convention est en vigueur dans des pays au contexte social, économique et culturel radicalement différent, et, peut-être plus important encore, des systèmes juridiques différents ») ; Duncan, *Nachfrist was Ist ? Thinking Globally and Acting Locally : Considering Time Extension Principles of the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods in Revising the Uniform Commercial Code*, *B.Y. L. Rev.* 1363, 1368 (2000) (dans le même sens).

(4) Il a été répété que la seule possibilité était de réduire le danger résultant d'interprétations divergentes car son élimination pure et simple étant impossible ; v., par ex., Lookofsky, *Consequential Damages in Comparative Context*, 1989, p. 294.

(5) *Scruttons Ltd. v. Midland Silicones Ltd.*, 1962 A.C. 446, 471 (1961).

après de longues négociations, parviennent à un accord pour finalement voir leur diverses juridictions être en désaccord quant à la signification de ce sur quoi ils semblaient être tombés d'accord » (6).

Les rédacteurs de la Convention des Nations unies de 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises (7) (ci-après « CVIM ») (8) étaient conscients de ce phénomène. Afin d'y remédier, ils introduisirent la disposition selon laquelle, lors de l'interprétation de la CVIM, « 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 » (9). Des dispositions similaires ont également été incorporées dans d'autres conventions de droit uniforme, comme la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (10) et les conventions d'UNIDROIT de 1988 sur l'affacturage international et le crédit-bail international (11).

De nombreuses juridictions (12) et commentateurs (13) ont interprété cette disposition comme signifiant que la CVIM devait être

(6) Dans le même sens, v. Ferrari, *La vendita internazionale. Applicabilità ed applicazioni della Convenzione di Vienna del 1980*, 2^e éd., 2006, p. 10 s.

(7) V. la Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, disponible sur : http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html.

(8) De nombreuses abréviations ont été utilisées pour désigner la Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises ; pour une décision de justice qui en dresse une liste, v. *Oberlandesgericht Frankfurt*, 20 avr. 1994, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940420g1.html>. Pour un panorama doctrinal des diverses abréviations, v. Flessner, Kadner, *CISG ? Zur Suche nach einer Abkürzung für das Wiener Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf*, ZEuP 2005. 347 s.

(9) Art. 7(1) de la CVIM.

(10) V. art. 18 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1980:266:0001:0010:FR:PDF>.

(11) V. art. 4 de la Convention d'UNIDROIT Convention sur l'affacturage international, disponible sur : <http://www.unidroit.org/french/conventions/1988factoring/1988factoring-f.htm> ; art. 6 de la Convention d'UNIDROIT sur le crédit-bail international, disponible sur : <http://www.unidroit.org/french/conventions/1988leasing/1988leasing-f.htm>.

(12) V., par ex., *Tribunale di Forlì*, 11 déc. 2008, disponible sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/081211i3.html> ; *Tribunale di Modena*, 9 déc. 2005, disponible sur : <http://www.cisg-online.ch/cisg/urteile/1398.pdf> ; *Oberster Gerichtshof*, 23 mai 2005, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050523a3.html> ; *Bundesgerichtshof*, 2 mars 2005, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050302g1.html> ; *Tribunale di Padova*, 11 janv. 2005, disponible sur : <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&cid=1005&step=FullText> ; *Tribunale di Padova*, 25 févr. 2004, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040225i3.html> ; *Audiencia Provincial de Valencia*, 7 juin 2003, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030607s4.html> ;

interprétée de manière « autonome » (14) et non pas d'une manière « nationaliste », c'est-à-dire non pas à la lumière du droit interne (15),

Handelsgericht Aargau, 26 sept. 1997, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970926s1.html> ; *Gerichtspräsident Laufen*, 7 mai 1993, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930507s1.html>.

(13) V., par ex., Audit, *La vente internationale de marchandises*, 1990, p. 47 ; Bonell, La nouvelle Convention des Nations-Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, Dr. prat. com. int. 1981. 7, 14 ; Diedrich, Maintaining Uniformity in International Uniform Law via Autonomous Interpretation : Software Contracts under the CISG, 8 Pace Int'l L. Rev. 303, 303 (1996) ; Ferrari, Interprétation uniforme de la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale, RID comp. 1996. 813, 827 ; Hager, Zur Auslegung des UN-Kaufrechts – Grundsätze und Methoden, in Baums, Wertenbruch (éds.), *Festschrift für Ulrich Huber zum siebzigsten Geburtstag*, 2006, p. 319, 320 ; Karollus, *UN-Kaufrecht. Eine systematische Darstellung für Studium und Praxis*, 1991, p. 11 ; Magnus, *Wiener UN-Kaufrecht – CISG*, 2005, p. 171 ; Najork, *Treu und Glauben im CISG*, 2000, p. 53 ; Schmitt, « Intangible Goods » in Online-Kaufverträgen und der Anwendungsberich des CISG, Computer und Recht 2001. 145, 147.

(14) V., par ex., Achilles, *Kommentar zum UN-Kaufrechtsübereinkommen (CISG)*, 2000, p. 28 ; Andersen, The Global Jurisconsultorium of the CISG Revisited, 13 Vindobona J. 43, 47 (2009) ; Audit, *op. cit.*, p. 47 ; Barnes, Contemplating a Civil Law Paradigm for a Future International Commercial Code, 65 Louisiana Law Review, 677, 754 (2005) ; Bisazza, Auslegung des Wiener UN-Kaufrechts unter Berücksichtigung ausländischer Rechtsprechung : ein amerikanisches Beispiel, European Legal Forum 2004. 380, 381 ; Blair, Hard Cases under the Convention on the International Sale of Goods : A Proposed Taxonomy of Interpretive Challenges, 21 Duke J. Comp. & Int'l L. 269, 292 (2011) ; Bonell, Commento all'art. 7 della Convenzione di Vienna, Nuove Leggi civ. comm. 1989. 21 ; Bonell, La nouvelle Convention des Nations unies, *op. cit.*, p. 14 ; Bridge, A commentary on Articles 1-13 and 78, in Ferrari et al. (éds.), *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond*, 2004, p. 235, 249 ; Bridge, The Bifocal World of International Sales : Vienna and Non-Vienna, in Cranston (éd.), *Making Commercial Law : Essays in Honour of Roy Goode*, 1997, p. 277, 288 ; Brunner, *UN-Kaufrecht – CISG. Kommentar zum Übereinkommen der vereinten Nationen über den internationalen Warenkauf von 1980*, 2005, p. 76 ; Dejaco, *Das UN-Kaufrecht. Untersuchung der Anwendung und Auslegung in der deutschen, italienischen und österreichischen Rechtsprechungspraxis*, 2010, p. 42 ; Diedrich, *op. cit.*, p. 303 ; DiMatteo, Ostas, Comparative Efficiency in International Sales Law, 26 Am. U. Int'l L. Rev. 371, 376 (2011) ; Felemegas, The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods : Article 7 and Uniform Interpretation, Rev. CISG 115, 235 (2000/2001) ; Graffi, Spunti in tema di vendita internazionale e forum shopping, Diritto del commercio internazionale 2003. 807, 809 s. ; Hackney, Is the United Nations Convention on the International Sale of Goods Achieving Uniformity ?, 61 La. L. Rev. 473, 475 (2001) ; Hager, *op. cit.*, p. 320 ; Hayward, The CISG in Australia – The Jigsaw Puzzle Missing A Piece, 14 Vindobona J. 193, 211 (2010) ; Hofmann, Interpretation Rules and Good Faith as Obstacles to the UK's Ratification of the CISG and to the Harmonization of Contract Law in Europe, 22 Pace Int'l L. Rev. 145, 166 (2010) ; Huber, Standard Terms under the CISG, 13 Vindobona J. 123, 124 (2009) ; Huber, Mullis, *The CISG : A new textbook for students and practitioners*, 2007, p. 7 ; Jametti Greiner, Der Vertragsabschluss, in Hoyer, Posch (éds.), *Das Einheitliche Wiener Kaufrecht*, 1992, p. 43, 57 ; Janssen, Die Einbeziehung von allgemeinen Geschäftsbedingungen in internationale Kaufverträge und die Bedeutung der UNIDROIT – und der Lando-Principles, Internationales Handelsrecht 2004. 194, 199 ; Karollus, *op. cit.*, p. 11 ; Karton, de Germiny, Has the CISG Advisory Council Come of Age ?, 27 Berkeley J. Int'l L. 448, 458 (2009) ; Liguori, La convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili nella pratica : un'analisi critica delle prime cento decisioni, Foro italiano 1996. 145, 148 ; Lookofsky, In Dubio Pro Conventione ? Some Thoughts About Opt-Outs, Computer Programs and Preemption under the 1980

aussi difficile que cela puisse sembler (16). En conséquence, il n'est en général pas permis de recourir à des notions de droit interne pour résoudre des problèmes d'interprétation découlant de la CVIM (17).

Vienna Sales Convention (CISG), 13 *Duke J. Comp. & Int'l L.* 263, 275 (2003) ; Magnus, Konventionsübergreifende Interpretation internationaler Staatsverträge privatrechtlichen Inhalts, in Basedow *et al.* (éds.), *Aufbruch nach Europa. 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht*, 2011, p. 571, 572 ; Magnus, Tracing Methodology in the CISG : Dogmatic Foundations, in Janssen, Meyer (éds.), *CISG Methodology*, 2009, p. 33, 40 ; Markel, American, English and Japanese Warranty Law Compared : Should the U.S. Reconsider Her Article 95 Declaration to the CISG ?, 21 *Pace Int'l L. Rev.* 163, 196 (2009) ; Mazzotta, Why Do Some American Courts Fail to Get it Right ?, 3 *Loy. Univ. Chi. Int'l L. Rev.* 85, 101 (2005) ; Martinez Canellas, *La Interpretación y la Integración de la Convención de Viena. Sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías de 11 de Abril de 1980*, 2004, p. 119 s. ; Melin, *Gesetzesauslegung in den USA und in Deutschland*, 2005, p. 355 ; Najork, *op. cit.*, p. 53 ; Naumann, *Der Regelungsbereich des UN-Kaufrechts im Spannungsfeld zwischen Einheitsrecht und Kollisionsrecht*, 2000, p. 166 ; Pavić, Djordjević, Application of the CISG Before the Foreign Trade Court of Arbitration at the Serbian Chamber of Commerce – Looking Back at the Latest 100 Cases, 28 *J. L. & Com.* 1, 24 (2009) ; Perales Viscasillas, Art. 7, in Kröll *et al.* (éds.), *The UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods. Commentary*, 2011, p. 109, 113 ; Saenger, Art. 7, in Ferrari *et al.* (éds.), *Internationales Vertragsrecht*, 2^e éd., 2012, p. 438 ; Saidov, Cases on CISG Decided in the Russian Federation, 7 *Vindobona J.* 1, 14 (2003) ; Torsello, *Common Features of Uniform Commercial Law Conventions. A Comparative Study Beyond the 1980 Uniform Sales Law*, 2004, p. 18 ; Vazquez Lepinette, The interpretation of the 1980 Vienna Convention on International Sales, *Diritto del commercio internazionale* 1995. 377, 387 ; Zwinge, The United Nations Sales Convention : Delimitation, Influences, and Concurrent Application of Domestic Law, 10 *Rich. J. Global L. & Bus.* 227, 230 (2011).

(15) V. Honnold, The Sales Convention in Action – Uniform International Words : Uniform Applications ?, 8 *J. L. & Com.* 207, 208 (1988), ou l'auteur indique que « la tendance naturelle qui est de lire le texte international au travers du prisme du droit interne constitue l'une des principales menaces à l'uniformité dans l'interprétation des textes internationaux ». V. également Babiak, Defining « Fundamental Breach » under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 6 *Temple Int'l & Comp. L. J.* 113, 117 (1992) ; Kolosky, Beyond Partisan Policy : The Eleventh Circuit Lays Aside the Parole Evidence Rule in Pursuit of International Uniformity in Commercial Regulation, 24 *N.C. J. Int'l L. & Com. Reg.* 199, 200 (1998) ; Komarov, Internationality, Uniformity and Observance of Good Faith as Criteria in Interpretation of CISG : Some Remarks on Article 7(1), 25 *J. L. & Com.* 75, 77 (2006) ; Schlechtriem, *Internationales UN-Kaufrecht*, 4^e éd., 2007, p. 45.

(16) Sur ce point v. Murray, The Neglect of CISG : A Workable Solution, 17 *J. L. & Com.* 365, 367 (1998), affirmant que pour un juge il est sans aucun doute difficile de « transcender sa perspective interne et de devenir une juridiction différente qui n'est plus influencée par le droit de son Etat » ; plus récemment, v. Dimatteo *et al.*, The Interpretive Turn in International Sales Law : An Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence, 24 *Nw. J. Int'l L. & Bus.* 299, 303 (2004).

(17) V. également Honnold, *Uniform Law for International Sales under the United Nations Convention*, 3^e éd., 1999, p. 89, indiquant que « la lecture d'un texte juridique à la lumière des notions de notre système juridique interne [est] une approche de nature à violer la règle selon laquelle la Convention doit être interprétée en tenant compte de son caractère international ». Dans le même sens, quoique sans référence à la CVIM, Bernstein, International Contracts in European Courts : Jurisdiction under Article 5(1) of the Brussels Convention, 11 *Tul. Eur. & Civ. L. Forum* 31, 36 (1996). Dans le même sens dans la jurisprudence, quoique sans référence spécifique à la CVIM, v. *Fothergill v.*

Comme indiqué dans une récente décision suisse (18), cette « approche nationaliste » (19) ne conduirait pas seulement à des divergences, mais, en définitive, à la promotion du *forum shopping* (20), que, la CVIM vise à réduire (21).

De nombreux commentateurs ont fait valoir que la proposition ci-dessus s'applique même lorsque les expressions employées par la CVIM (ou, d'ailleurs, par d'autres conventions de droit uniforme) (22) sont textuellement les mêmes que les expressions ayant un sens spécifique au sein d'un système juridique domestique donné – telles que « raisonnable », ou « bonne foi » (23). En réalité, la CVIM fait référence à des notions qui sont nécessairement indépendantes (24) et diffé-

Monarch Airlines, [1980] 2 All E. R. 696 (H.L.), [1980] W.L.R. 209 ; *Corte di Cassazione*, 24 juin 1968, Riv. dir int priv e proc. 1969. 914.

(18) V. décis. du *Gerichtspräsident Laufen*, 7 mars 1993, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930507s1.html>.

(19) Sur cette expression, v. Bonell, *La nouvelle Convention des Nations unies*, *op. cit.*, p. 14.

(20) Honnold, *Uniform Law for International Sales*, *op. cit.*, p. 95 a également fait référence au danger du *forum shopping* résultant du fait que les juridictions de pays différents optent pour des interprétations différentes, Honnold a écrit que « la résolution des litiges serait compliquée et les parties seraient encouragées à pratiquer le *forum shopping* si les juridictions de pays différents persistaient à interpréter la Convention différemment ».

(21) Sur une référence à l'objectif de réduction du *forum shopping* poursuivi par la CVIM, v., par ex., Burkart, *Interpretatives Zusammenwirken von CISG und UNIDROIT Principles*, 2000, p. 8 ; De Ly, *Opting out : some Observations on the Occasion of the CISG's 25th anniversary*, in Ferrari (éd.), *Quo Vadis CISG ? Celebrating the 25th anniversary of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 2005, p. 25, 37 ; Dore, *Choice of Law under the International Sales Convention : A U.S. Perspective*, 77 Am. J. Int'l L. 521, 532 (1983) ; Erauw, *Wanneer is het Weens Koopverdrag van toepassing ?*, in van Houtte *et al.* (éds.), *Het Weens Koopverdrag*, 1997, p. 21, 23 ; Klepper, *The Convention for the International Sale of Goods : A Practical Guide for the State of Maryland and Its Trade Community*, 15 Md. J. Int'l L. & Trade 235, 237 (1991) ; Sambugaro, *Exclusion of the 1980 Vienna Sales Convention : Does Recent US Case Law Open the door to Forum Shopping ?*, *Internationales Handelsrecht* 2007. 231, 236.

(22) Sur une discussion à propos de l'interprétation des conventions de loi uniforme en général (par opposition à une discussion sur l'interprétation de la CVIM), v. Bariatti, *L'interpretazione delle convenzioni internazionali di diritto uniforme*, 1986 ; Trompenaars, *Pluriforme unificatie en uniforme interpretatie – in het bijzonder de bijdrage van UNCTRAL aan de internationale unificatie van het privaatrecht*, 1989.

(23) A noter cependant que, selon Salama, *Pragmatic Responses to Interpretive Impediments : Article 7 of the CISG, An Inter-American Application*, 28 U. Mia. Int-Am. L. Rev. 225, 232 (2006), « une approche méthodologique qui écarte l'usage d'analogies à des notions de droit interne semble impraticable et même impossible. En particulier, un juge cherchant à interpréter une disposition a besoin d'un cadre de référence afin de l'aider en vue de la bonne compréhension de cette disposition ».

(24) En ce sens, v. également Herber, Czerwenka, *Internationales Kaufrecht. Kommentar zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf*, 1991, p. 47. Dans un sens différent, v., cependant, van

rentes (25) des notions de droit interne (26), car les expressions employées dans les conventions de droit uniforme telles que la CVIM sont destinées à être neutres (27). En réalité, il s'agit d'un principe fondamental du droit uniforme international (28) résultant, en partie, du fait que le droit uniforme international « ne veut s'identifier avec aucun système juridique, car il veut se conjuguer avec tous » (29). En effet, le choix d'une expression plutôt qu'une autre est le résultat d'un compromis (30) et ne correspond généralement pas à la réception d'une notion propre à un droit interne spécifique (31). Il s'en

der Velden, *Indications of the Interpretation by Dutch Courts of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, in Hondius *et al.* (éds.), *Netherlands Reports to the Twelfth International Congress of Comparative Law : Sidney-Melbourne 1986, 1987*, p. 21, 33-34 (indiquant que lorsque la source du droit uniforme se trouve dans un droit interne spécifique, l'interprétation interne est un outil logique pour l'interprétation du droit uniforme) ; Mann, *Uniform Statutes in English Law*, 99 *Law Quarterly Review* 376, 383 (1983) (indiquant « qu'il ressort du bon sens que si la Convention adopte une expression apparaissant avoir été empruntée à un système juridique [...] dans lequel elle est utilisée dans un sens spécifique, les législateurs internationaux ont probablement eu ce sens en tête et l'intention de l'introduire dans la Convention »).

(25) V. Ferrari, *The Relationship Between the UCC and the CISG and the Construction of Uniform Law*, 29 *Loy. LA L. Rev.* 1021, 1026 (1996).

(26) En ce sens, v. aussi Lanciotti, *Norme uniformi di conflitto e materiali nella disciplina convenzionale della compravendita*, 1992, p. 287.

(27) Ont fait référence à la neutralité présumée des termes utilisés par les rédacteurs de la CVIM, par ex., Bonell, Art. 7, in Bianca, Bonell (éds.), *Commentary on the International Sales Law*, 1987, p. 65, 74 (« lors de la rédaction des dispositions particulières ces experts ont dû recourir à des termes suffisamment neutres sur lesquels ils pouvaient tomber d'accord ») ; v. aussi Bridge, *A Law of International Sale of Goods*, 37 *Hong Kong L. J.* 17, 40 (2007) ; Butler, *Celebrating Anniversaries*, 37 *Vict. U. Wellington L. Rev.* 775, 777 (2005) ; Spaic, *Approaching Uniformity in International Sales Law Through Autonomous Interpretation*, 11 *Vindobona J.* 237, 242 s. (2007) ; Zeller, *International Trade Law – Problems of Language and Concepts ?*, 23 *J. L. & Com.* 39, 39. (2003) ; v. également une déclaration de la CNUDCI elle-même qui se trouve dans document de l'ONU A/CN.9/562, en page 1 : « Les rédacteurs de la Convention se sont efforcés d'éviter de recourir à des notions caractéristiques d'une tradition juridique donnée ».

(28) V., par ex., Kropholler, *Internationales Einheitsrecht. Allgemeine Lehren*, 1974, p. 265.

(29) Benedetti, *Commento all'art. 4 della Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, *Nuove Leggi civ. comm.* 1989, 9, 9.

(30) Diedrich, *op. cit.*, p. 310, écrit même que « le texte de la CVIM est constitué de termes uniques, supranationaux et collectifs nés d'un compromis entre des délégués étatiques sur le fondement de plusieurs systèmes juridiques ». Pour d'autres références considérant la CVIM comme un compromis, v. Diederichsen, *Commentary to Journal of Law & Commerce Case I*, *Oberlandesgericht Frankfurt a.M.*, 14 *J. L. & Com.* 177, 177 (1995) ; Ferrari, *Uniform Interpretation of the 1980 Uniform Sales Law*, 24 *Ga. J. Int'l & Com. L.* 183, 201 (1994) ; Koneru, *The International Interpretation of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods : An Approach Based on General Principles*, 6 *Mn. J. Global Trade* 105, 105 (1997) ; Salama, *op. cit.*, p. 232 ; Selden, *Lex Mercatoria in European and U.S. Trade Practice : Time to Take a Closer Look*, 2 *Ann. Surv. Int'l & Comp. L.* 111, 121 (1995).

(31) V. également Enderlein *et al.*, *Internationales Kaufrecht : Kaufrechtskonvention. Verjährungskonvention. Vertretungskonvention. Rechtsanwendungskonvention*, 1991, p. 61 ;

suit que tout interprète doit être conscient de l'existence de faux amis (32). Toutefois, quand l'historique législatif fait apparaître que l'intention des rédacteurs était qu'une notion donnée soit interprétée à la lumière d'un droit interne spécifique, il est permis d'avoir recours à l'interprétation « de droit interne » de cette notion (33).

Malheureusement, les tribunaux ne se conforment pas toujours à cette mission d'interprétation de la CVIM de manière autonome, pas plus qu'ils ne semblent recourir à des interprétations inspirées du droit interne seulement lorsque l'historique législatif le justifie. Au contraire, en examinant plus en détails certaines décisions, il est possible de discerner une « tendance insulariste », du moins dans la pratique de certaines juridictions. Cette tendance est regrettable car elle favorise l'esprit de clocher (34) et va donc à l'encontre de l'objet même de la CVIM (35), à savoir la création d'un droit uniforme de la vente (36) visant à favoriser la sécurité juridique et tendant à « l'élimination des obstacles juridiques aux échanges internationaux » (37). En réalité, la tendance insulariste « prive la collectivité des signataires de la prévisibilité et de la fiabilité du droit que la CVIM était destinée à instaurer. Afin que la CVIM soit réellement à la hauteur de l'objet pour lequel elle a été créée, les tribunaux doivent, dans leur interprétation, se cantonner aux limites strictes de l'article 7 » (38). Il est donc plutôt surprenant qu'un commentateur

Herber, Art. 7, in Schlechtriem (éd.), *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, 2^e éd., 1995, p. 91, 94.

(32) V. Honnold, *Uniform Law for International Sales*, *op. cit.*, p. 89.

(33) En ce sens, v. Achilles, *op. cit.*, p. 29 ; Ferrari, Art. 7, in Schlechtriem, Schwenger (eds.), *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG*, 5^e éd., 2008, p. 157, 162 ; Magnus, *Wiener UN-Kaufrecht*, *op. cit.*, p. 171.

(34) V. Rockwell, Choice of Law in International Products Liability : Internationalizing the Choice, 16 *Suffolk Transnat'l L. Rev.* 69, 74 (1992-1993).

(35) V. Diedrich, *op. cit.*, p. 304 (indiquant que la tendance insulariste « met l'application uniforme du droit international uniforme en péril ») ; Tuggey, The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods : Will a Homeward Trend Emerge, 21 *Tex. Intl L. J.* 540, 554 (1985-1986) (indiquant que « si une telle tendance [insulariste] émergeait sans qu'il y soit remédié, celle-ci irait à l'encontre des objectifs de la CVIM, de la même manière que si de nombreuses nations refusaient de ratifier la Convention »).

(36) Sur ce point, v. par ex., Malloy, The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts : Another Piece of the Puzzle of the Law Applicable to International Contracts, 19 *Fordham Intl L. J.* 662, 667 note 17 (1995).

(37) Préambule de la CVIM.

(38) Larson, Applying Uniform Sales Law to International Software Transactions : The Use of the CISG, its Shortcomings, and a Comparative Look at How the Proposed U.C.C. Article 2B Would Remedy Them, 5 *Tul. J. Intl & Comp. L.* 445, 459 (1996).

suggère non seulement que « la condamnation catégorique de la tendance insulariste est injustifiée » (39), mais également que « [la] tendance insulariste peut [...] renforcer la légitimité et l'acceptabilité de la CVIM sur le long terme » (40).

Ce point de vue n'est pas tenable. Suggérer que la tendance insulariste renforce la légitimité de la CVIM revient à ignorer le fait que la CVIM tire sa légitimité de la large acceptation dont elle jouit (41), qui, à son tour provient de l'objectif qu'elle poursuit – à savoir la création d'un droit *uniforme* de la vente capable de briser les obstacles à l'import/export international constitués par la pléthore de régimes juridiques existants (42). Cet objectif ne peut être atteint qu'en appliquant la CVIM d'une seule et même manière dans les différents Etats contractants (43).

Suggérer que la tendance insulariste renforce l'applicabilité de la CVIM en empêchant les parties, dans les juridictions dans lesquelles la tendance insulariste est perceptible, de se délier de la Convention (*opt-out*) (44), est tout aussi malencontreux. Une telle suggestion fait fi du fait, par exemple, qu'une partie ne peut compter sur un suivi de la tendance insulariste que lorsque le litige doit être tranché par sa juridiction locale (45). Ce scénario exige cependant (de manière générale) que les défendeurs ne s'opposent pas au choix de juridiction des demandeurs, ce qui ne sera pas forcément le cas. En effet, les défendeurs peuvent désirer que l'interprétation de la CVIM retenue soit celle de leurs propres juridictions, pour autant qu'une telle interprétation existe (conduisant ainsi à une bataille de tendances insularistes), ou simplement être réticents à donner aux demandeurs l'avantage compétitif de leur propre interprétation « interne ». La

(39) Halverson Cross, *Parole Evidence Under the CISG : The « Homeward Trend » Reconsidered*, 68 Ohio St. L. J. 133, 138 (2007).

(40) Halverson Cross, *op. cit.*, p. 138.

(41) V. Bridge, *A Comment on « Towards a Universal Doctrine of Breach » – The Impact of the CISG by Jürgen Basedow*, 25 Int'l Rev. L. & Econ. 501, 501 (2005).

(42) *Légitimité la CVIM sur des fondements différents*, v. Gillette, Scott, *The Political Economy of International Sales*, 25 Int'l Rev. L. & Econ. 446, 447 s. (2005).

(43) V. également Povrzenic, *Interpretation and Gap-Filling under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, disponible sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/gap-fill.html>.

(44) V. Halverson Cross, *op. cit.*, p. 138, indiquant que « la propension des tribunaux américains à interpréter la Convention à la lumière des traditions juridiques internes peut accentuer la tendance des parties américaines à exclure (« *opt out* ») la CVIM ».

(45) Sur une analyse récente de la relation entre la CVIM et le choix de for, v. Ferrari, *Choice of Forum and CISG. Remarks on the Latter's Impact on the Former*, in Brand *et al.* (éds.), *Drafting Contracts Under the CISG*, 2007, p. 103 s.

résolution de ce conflit potentiel peut nécessiter à terme l'exclusion pure et simple de la CVIM (46) (ce qui, indubitablement, ne sert pas à renforcer l'applicabilité de la CVIM). Ce dont on ne peut douter est l'imprévisibilité que crée ce conflit (47), qui ne peut donc être préconisé.

La théorie de l'applicabilité accrue de la CVIM découlant de la tendance insulariste est fragile à d'autres points de vue. Elle ignore, par exemple, que la tendance insulariste limite plutôt que ne promeut l'applicabilité de la CVIM, car elle empêche la CVIM de fonctionner comme un droit neutre auquel les parties peuvent se référer quand elles désirent éviter l'application du droit interne de la partie adverse (48).

En outre, une tendance insulariste dans un pays donné peut s'avérer difficilement identifiable pour des parties contractantes *ex ante*, ce qui peut entraîner l'augmentation des coûts de transaction dans les contrats internationaux. Si une partie ignore que l'interprétation retenue par ses juridictions internes est le résultat du suivi de la tendance insulariste, cette partie peut être amenée à croire que l'interprétation retenue par ses tribunaux est l'interprétation retenue de manière générale. Cette croyance erronée peut inciter les parties à faire de mauvais choix (concernant, par exemple, le *for*) et générer des coûts. A nouveau, cela contredit un des principaux objectifs de la CVIM (ou tout autre instrument de droit uniforme, d'ailleurs) (49) – réduire les coûts en créant un régime uniforme (50).

(46) V. également Gillette, Scott, *op. cit.*, p. 454, indiquant que « si l'objectif sauveur d'un [Droit] uniforme [de la Vente Internationale] n'est pas atteint, le produit sera en conséquence linguistiquement uniforme à son entrée en vigueur, mais les parties, par la suite, soit renonceront à ce droit dans son intégralité, soit en excluront les dispositions qu'elles estiment défavorables, vouant ainsi à l'échec les avantages premiers d'une terminologie homogène ».

(47) V. Rockwell, *op. cit.*, p. 74, indiquant que les juridictions devraient avoir des outils « leur permettant d'éviter les tentations, ainsi que [...] l'imprévisibilité de la tendance insulariste ».

(48) V., par ex., Fountoulakis, *The Parties' Choice of « Neutral Law » in International Sales Contracts*, Eur. J. L. Reform 303, 314 (2005), indiquant que « la CVIM est un droit neutre par nature. Son application n'apporte d'avantage particulier à aucune partie ; les parties sont quasiment "à égalité" ». Dans le même sens, v. De Ly, *op. cit.*, p. 36 s. ; McNamara, U.N. Sale of Goods Convention : Finally Coming of Age ?, 32 Feb. Colo. Law. 11, 20 (2003) ; Nakata, *Filanto S.p.A. v. Chilewich Intl Corp. : Sounds of Silence Bellow Forth under the CISG's International Battle of the Forms*, 7 Transnat'l Law. 141, 144 (1994).

(49) V. Mancuso, *Trends on the Harmonization on Contract Law in Africa*, 13 Ann. Surv. Int'l & Comp. L. 157, 158 (2007) (soutenant que « suivre un ensemble unique de règles, au lieu d'avoir à prendre en compte plusieurs droit internes, est plus efficace,

A partir de ce seul constat une conclusion peut être tirée : « de toute évidence, se laisser tenter par la tendance insulariste viole les prescriptions de l'article 7(1) (qui exige que la CVIM soit interprétée "[en tenant] compte" de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application) et constitue une grave – très probablement *la plus* grave – menace pour l'objectif principal de la CVIM qui est de tendre vers un régime uniforme de la vente internationale » (51). En d'autres termes, seule l'adoption d'une « conception de la CVIM transcendant l'idéologie interne » (52) peut permettre d'atteindre l'objectif principal de la CVIM (53). Cela nécessite de combattre la tendance insulariste et non de la défendre.

II. — DÉFINIR LA TENDANCE INSULARISTE

Comment, cependant, peut-on définir cette menace – sans doute la plus importante (54) – envers l'objectif principal de la CVIM ?

réduit les coûts de transaction, et facilite ainsi le développement des activités économiques » ; v. aussi Beline, *Legal Defect Protected by Article 42 of the CISG : A Wolf in Sheep's Clothing*, 7 U. Pitt. J. Tech. L. & Pol'y 6, 6 (2007) ; Berman, *Global Legal Pluralism*, 80 S. Cal. L. Rev. 1155, 1190 (2007) ; Cranston, *Theorizing Transnational Commercial Law*, 42 Tex. Int'l L. J. 597, 601 (2007) ; Pavkovic, *Estonia : A Model for Success in Transition Economies*, 19 Pac. McGeorge Global Bus. & Dev. L. J. 531, 534 (2007).

(50) V., par ex., Knieper, *Celebrating Success by Accession to CISG*, 25 J.L. & Com. 477, 478 (2006) ; Meyer, *Soft Law for Solid Contracts ? A Comparative Analysis of the Value of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law to the Process of Contract Law Harmonization*, 34 Denv. J. Int'l L. & Pol'y 119, 122 s. (2006) ; Ubertaitte, *Application of the CISG in the United States*, 7 Eur. J. L. Reform 277, 280 (2005). V., cependant, Cuniberti, *Is the CISG Benefiting Anybody ?*, 39 Vand. J. Transnat'l L. 1511 s. (2006), qui soutient que la CVIM ne réduit pas vraiment les coûts.

(51) Flechtner, Lookofsky, *Nominating Manfred Forberich : The Worst CISG Decision in 25 Years ?*, 9 *Vindobona J.* 199, 203 (2005) ; v. aussi Salama, *op. cit.*, p. 231 s., indiquant que « la "tendance insulariste" comme méthode d'interprétation aux Etats-Unis demeure l'un des obstacles majeurs à la création d'une jurisprudence fondée sur le droit étranger pour la CVIM ».

(52) Flechtner, Lookofsky, *op. cit.*, p. 103.

(53) V. aussi Murray, *op. cit.*, p. 367, indiquant que les tribunaux doivent « transcender [leur] perspective interne et devenir une juridiction différente qui ne subit plus l'influence du droit de [son] propre Etat ».

(54) V. Flechtner, *Recovering Attorneys' Fees as Damages under the U.N. Sales Convention : A Case Study on the New International Commercial Practice and the Role of Case Law in CISG Jurisprudence, with Comments on Zapata Hermanos Sucesores, S.A. v. Hearthside Baking Co.*, 22 Nw. J. Int'l L. & Bus. 121, 122 (2002) (« sans doute la menace la plus importante pour les valeurs intégrées à l'article 7(1) ») ; v. aussi Thompson, *Buyer Beware : German Interpretation of the CISG has led to Results Unfavorable to Buyers*, 19 J. L. & Com. 245, 254 (2000) (« probablement l'un des plus grands obstacles à l'uniformité »).

D'après les commentateurs de la CVIM qui ont non seulement fait référence à la tendance insulariste (55), mais qui ont également tenté de la définir, la tendance insulariste s'apparente au « réflexe » (56) « propre à ceux qui interprètent la CVIM de projeter le droit interne dans lequel l'interprète a été formé (et avec lequel il ou elle est très probablement le plus familier) sur les dispositions internationales de la Convention » (57). C'est, en d'autres termes, la « tendance à penser que les mots que nous lisons [dans le texte de la CVIM] ne font que refléter, de façon maladroite, la règle interne que nous connaissons si bien » (58).

Ce « réflexe [des juridictions] de lire les règles internationales à la lumière des notions juridiques qui ont été inscrites au cœur de leur formation intellectuelle » (59) doit, cependant, être distingué du recours au droit interne à des fins d'interprétation dans les cas où le recours au droit interne est imposé par la CVIM elle-même. Bien qu'il puisse sembler contradictoire de prôner, en premier, comme il a été fait en partie I, l'interprétation autonome de la CVIM (60) pour ensuite se référer à la nécessité de recourir au droit interne, il n'en est rien. En réalité, l'obligation d'interpréter la CVIM de façon autonome n'est pas absolue (61), et, en conséquence, toutes les expres-

(55) Sur de simples références à la tendance insulariste, sans aucune tentative de la définir, v., par ex., Birch, Article 44 of the U.N. Sales Convention (CISG) : A possible divergence in interpretation by courts from the original intent of the framers of the compromise, 4 Regent J. Int'l L. 1, 14 (2006) ; Komarov, *op. cit.*, p. 77 ; Mazzotta, *op. cit.*, p. 115 ; McQuillen, The Development of a Federal CISG Common Law in US Courts : Patterns of Interpretation and Citation, 61 U. Mia. L. Rev. 509, 536 (2007) ; Williams, Limitations on Uniformity in International Sales Law : A Reasoned Argument for the Application of a Standard Limitation Period under the Provisions of the CISG, 10 Vindobona J. 229, 250 (2006).

(56) Salama, *op. cit.*, p. 231.

(57) Flechtner, Lookofsky, *op. cit.*, p. 203. Sur des définitions similaires, v. Keily, Good Faith and the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), 3 Vindobona J. 15, 19 (1999) ; Nottage, Who's Afraid of the Vienna Sales Convention (CISG) ? A New Zealander's View from Australia and Japan, 36 Vict. U. Wellington L. Rev. 815, 838 (2005) ; Walt, The CISG's Expansion Bias : A Comment on Franco Ferrari, 25 Int'l Rev. L. & Econ. 342, 348 (2005) ; Whittington, Comment on Professor Schwenzer's Paper, 36 Vict. U. Wellington L. Rev. 809, 811 (2005).

(58) Honnold, The Sales Convention in Action, *op. cit.*, p. 208.

(59) Honnold, *Documentary History of the Uniform Law for International Sales : The studies, deliberations and decisions that led to the 1980 United Nations Convention with Introductions and Explanations*, 1989, p. 1 ; pour une définition identique, v. aussi Hartnell, Rousing the Sleeping Dog : The Validity Exception to the Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 18 Yale J. Int'l L. 1, 47 (1993).

(60) Cf. *supra* le texte accompagnant les notes 14 s.

(61) V. Andersen, The Uniform International Sales Law, *op. cit.*, p. 169 ; Ferrari, The CISG's Uniform Interpretation by Courts – An Update, 9 Vindobona J. 233, 241

sions utilisées par les rédacteurs de la CVIM ne doivent pas être interprétées de façon autonome (62). En effet, la CVIM contient une série d'expressions qu'un interprète devra considérer en se référant au droit interne et cela malgré l'effet négatif que cela pourrait avoir sur l'uniformité souhaitée par ses rédacteurs. Cela vaut, par exemple, pour l'expression « droit international privé » employée par la CVIM (63). Puisque la CVIM constitue « simplement » une convention de droit matériel (64) ne posant aucune règle de droit international privé (65), l'expression « droit international privé » aux articles 1(1)(b) et 7(2) de la CVIM doit être comprise comme une référence au droit international privé du for (66).

Alors même que plusieurs tribunaux ont déjà implicitement adopté ce point de vue (67), un tribunal italien, le *Tribunale di Padova* (68), l'a fait de façon explicite. Lors de l'examen du champ d'application matériel de la CVIM, le tribunal a tout d'abord rejeté la tendance insulariste en jugeant que « d'un point de vue matériel, il est nécessaire que le contrat soit un contrat de vente de marchandises ce que, toutefois, la CVIM ne définit pas. Néanmoins, l'absence de définition expresse ne devrait pas conduire à recourir à une définition de

(2005) ; Flechtner, *The Several Texts of the CISG in a Decentralized System : Observations on Translations, Reservations and other Challenges to the Uniformity Principle in Article 7(1)*, 17 J. L. & Com. 187, 205 (1998).

(62) Pour les remarques suivantes, v. Ferrari, *La jurisprudence sur la CVIM : un nouveau défi pour les interprètes ?*, RD aff. int. 1998. 497 s.

(63) En ce sens, v. aussi Ferrari, *Do Courts Interpret the CISG Uniformly ?*, in *Quo Vadis CISG ?*, op. cit., p. 3, 10.

(64) Sur ce point v., plus récemment, *Tribunale di Padova*, 25 févr. 2004, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040225i3.html>, jugeant expressément que la CVIM « est une convention uniforme de droit matériel et non une convention de droit international privé comme cela est parfois affirmé à tort » ; v. aussi *Tribunale di Rimini*, 26 nov. 2002, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cisgwais/db/cases2/021126i3.html>, jugeant que la CVIM est une « convention uniforme de droit matériel » ; *Oberster Gerichtshof*, 29 juin 1999, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cisgwais/db/cases2/990629a3.html> (dans le même sens).

(65) En ce sens, v. Enderlein, Maskow, *International Sales Law. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods*, 1992, p. 370.

(66) Sur de la jurisprudence en ce sens, v. *Tribunale di Padova*, 25 févr. 2004, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040225i3.html>.

(67) V. la jurisprudence commentée par Ferrari, *Der Begriff des « internationalen Privatrechts » nach Art. 1 Abs. 1 lit. b) des UN-Kaufrechts*, ZEuP 1998. 162 s. ; *Oberlandesgericht Düsseldorf*, 8 janv. 1993, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cisgwais/db/cases2/930108g1.html> ; *Bezirksgericht Wien*, 20 févr. 1992, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cisgwais/db/cases2/920220a3.html> ; *Landgericht Aachen*, 3 avr. 1990, disponible sur : <http://www.cisg-online.ch/cisg/urteile/12.htm>.

(68) *Tribunale di Padova*, 25 févr. 2004, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040225i3.html>.

droit interne, telle que celle de l'article 1470 du Code civil [italien]. En réalité, la notion de "contrat de vente de marchandises" de la CVIM doit être interprétée, comme la majorité des notions (comme celles "d'établissement", de "résidence habituelle", de "marchandises" D)], de manière autonome, c'est-à-dire sans recourir à des notions spécifiques à un système juridique donné » (69). Le tribunal a alors également jugé que toutes les expressions de la CVIM ne devaient pas être interprétées de façon autonome ; à titre d'exemple, le tribunal s'est référé à la « notion de "droit international privé", qui correspond à la notion de droit international privé du for » (70). Ce faisant, le tribunal a clairement indiqué qu'il y a une distinction entre la tendance insulariste définie ci-dessus – qui doit être évitée – et le recours au droit interne, qui peut être requis par la CVIM elle-même (71).

La tendance insulariste, comme définie ci-dessus, doit être distinguée, non seulement du légitime, quoiqu'exceptionnel, recours à des fins interprétatives au droit interne dans les cas où cela est imposé par la CVIM elle-même, mais aussi d'une autre tendance, consistant à promouvoir des solutions interprétatives qui « d'une façon ou d'une autre, entraînent l'application de la loi interne du for » (72). Cette tendance au *favor legis fori* (73) est une variante de la tendance insu-

(69) *Tribunale di Padova*, 25 févr. 2004, préc.

(70) *Tribunale di Padova*, 25 févr. 2004, préc. ; en ce sens, v. aussi *Tribunale di Padova*, 11 janv. 2005, disponible sur : <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&cid=1005&step=FullText>.

(71) Une autre notion devant être interprétée à la lumière du droit interne est celle de « partie » au contrat (v. Ferrari, La jurisprudence sur la CVIM, *op. cit.*, p. 496 s.). Puisque la CVIM est muette quant à toute relation d'agence ou de mandat (en ce sens, v., par ex. *Oberlandesgericht Köln*, 13 nov. 2000, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/001113g1.html> ; *Tribunale di Vigevano*, 12 juill. 2000, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/000712i3.html> ; *Oberster Gerichtshof*, 20 mars 1997, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 1997. 204 ; *Appellationsgericht Tessin*, 12 févr. 1996, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/960212s1.html> ; *Obergericht Kanton Thurgau*, 19 déc. 1995, *Schweizerische Zeitschrift für europäisches und internationales Recht* 2000. 118), la question de savoir qui est partie au contrat doit « être résolue en se fondant sur la loi applicable en vertu des règles de droit international privé du for » ; *Tribunale di Padova*, 25 févr. 2004, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/040225i3.html>.

(72) Rheinstein, *Methods of Legal Thought and Conflict of Laws*, 10 U. Chi. L. Rev. 466, 475 (1942-1943) ; sur une référence à ce type de « tendance insulariste », v. aussi Akehurst, *Jurisdiction in International Law*, 46 Brit. Y. B. Int'l L. 145, 185 (1972-1973) ; Webb, *Some Thoughts on the Place of English Law as Lex Fori in English Private International Law*, 10 Int'l & Comp. L. Q. 818, 818 (1961) ; Wong, *Case comment on Lee Cheuk v. Siu Wai-kin*, 2 Hong Kong L. J. 222, 222 (1972).

(73) Kahn-Freund, *Commercial Arbitration and the Conflict of Laws : Recent Developments in England*, 7 U. Brit. Colum. L. Rev. 155, 165 (1972).

lariste et diffère de celle mentionnée précédemment en ce qu'elle ne se manifeste pas dans des interprétations de notions supposées autonomes par référence au droit interne, mais plutôt dans la tendance à aboutir à des résultats qui mènent à l'application du droit interne. Ce « lex forisme » (74) est indépendant de la variante de la tendance insulariste mentionnée initialement ; même si, parfois, ces deux variantes peuvent aller de pair.

III. — TENDANCE INSULARISTE DANS LA JURISPRUDENCE DE LA CVIM : UN PREMIER EXEMPLE

On trouve, dans la jurisprudence concernant la CVIM, des exemples des deux variantes de la tendance insulariste. Néanmoins, il semble que la variante consistant en la tendance pour les interprètes « à se tourner vers leurs normes familières et non uniformes de droit interne dans l'interprétation des normes internationales » (75) ait eu un impact plus important sur les décisions judiciaires que la variante *favor legis fori* de cette tendance. Cela ne surprend pas, au vu du peu de dispositions de la CVIM qui peuvent être interprétées comme menant les tribunaux à appliquer la loi du for.

La variante précédente, bien qu'ayant eu un impact sur les juridictions de plusieurs pays (76), est perceptible principalement aux Etats-Unis (77). Dans ce cas de figure, malheureusement, les tribunaux ne semblent pas y recourir seulement pour des questions spécifiques (78), mais l'ont également érigée en principe. Pour preuve,

(74) Lando, *Some Issues Relating to the Law Applicable to Contractual Obligations*, 7 K.C. L. J. 55, 57 (1996-1997).

(75) Van Alstine, *Dynamic Treaty Interpretation*, 146 U. Penn. L. Rev. 687, 704 (1998).

(76) V., par ex., *Corte d'appello di Milano*, 20 mars 1998, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases/2/980320i3.html>, considéré comme « un exemple typique » de la tendance insulariste par DiMatteo *et al.*, *op. cit.*, p. 303.

(77) V. aussi Salama, *op. cit.*, p. 225, indiquant « qu'en pratique il s'est avéré que les tribunaux américains ont recours à la "tendance insulariste" plus souvent que d'autres juges pour interpréter la CVIM ».

(78) V., par ex., *Schmitz-Werke GmbH & Co. v. Rockland Industries, Inc. ; Rockland International FSC, Inc.*, U.S. Circuit Court of Appeals (4th Circuit), 21 juill. 2002, disponible sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020621u1.html>, qui « n'a pas suivi la méthodologie interprétative de la CVIM et a eu recours à une analyse de tendance insulariste », DiMatteo *et al.*, *op. cit.*, p. 398 ; v. aussi *Delchi Carrier SpA v. Rotorex Corporation*, U.S. Circuit Court of Appeals (2d. Cir.), 6 déc. 1995, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951206u1.html>, décision dans laquelle « les tribunaux américains ont

l'affirmation suivante, reprise dans de nombreuses décisions : « la jurisprudence interprétant les dispositions analogues de l'article 2 du Code commercial uniforme ("UCC") peut également guider un tribunal lorsque les termes des dispositions pertinentes de la CVIM suivent ceux de l'UCC » (79). De mon avis (80), cette affirmation, ainsi que d'autres affirmations comparables (81), qui démontrent clairement, comme suggéré il y a déjà plus d'un demi siècle, que « la tendance insulariste peut être provoquée non seulement par une plus grande dissimilitude mais aussi par une plus grande similitude entre la loi du for et la loi étrangère [ou uniforme] » (82), est erronée. Le simple fait que la formulation d'une disposition particulière de la CVIM corresponde à celle d'une règle interne spécifique (qu'elle provienne d'un texte ou de la jurisprudence) est en soi insuffisant pour justifier de se référer aux interprétations de cette règle interne,

rejeté l'application de la jurisprudence internationale en faveur du Code commercial uniforme et de ses interprétations internes, qui leur servent de guide », Sheaffer, *The Failure of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and a Proposal for a New Uniform Global Code in International Sales Law*, 15 *Carozo J. Int'l & Comp. L.* 461, 477 (2007).

(79) *Macromex SRL v. Globex Intern., Inc.*, U.S. District Court, Southern District of New York, 16 avr. 2008, 2008 WL 1752530 (S.D.N.Y.) ; *Travelers Property Casualty Company of America et al. v. Saint-Gobain Technical Fabrics Canada Limited*, U.S. District Court, Minnesota, 31 janv. 2007, disponible sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070131u1.html> ; *Genpharm Inc. v. Pliva-Lachema A.S.*, U.S. District Court for the Eastern District of New York, 19 mars 2005, disponible sur : <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/050319u1.html> ; (jugeant également, cependant, que « la jurisprudence du Code commercial uniforme n'est pas en elle-même applicable aux affaires gouvernées par la CVIM ») *Raw Materials Inc. v. Manfred Forberich GmbH & Co. KG*, U.S. District Court, Northern District of Illinois, Eastern Division, 6 juill. 2004, disponible sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040706u1.html>.

(80) Cf. Ferrari, *The Relationship Between the UCC and the CISG*, *op. cit.*, p. 1021 s.

(81) V., par ex., *Schmitz-Werke GmbH & Co. v. Rockland Industries, Inc.* ; *Rockland International FSC, Inc.*, U.S. Circuit Court of Appeals (4th Circuit), 21 juill. 2002, disponible sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020621u1.html>, jugeant, de manière surprenante, que « la jurisprudence interprétant des dispositions de l'article 2 du Code commercial uniforme qui sont similaires à des dispositions de la CVIM peut aussi être utile à l'interprétation de la Convention », après avoir affirmé que la « CVIM impose que son interprétation soit informée par son "caractère international et [...] la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application ainsi que d'assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international" ». V. en ce sens et plus récemment, *Dingxi Longhai Dairy, Ltd. v. Becwood Technology Group L.L.C.*, U.S. Court of Appeals (8th Circuit), 14 févr. 2011, disponible sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/110214u1.html> ; *Chicago Prime Packers, Inc. v. Northam Food Trading Co., et al.*, U.S. District Court, Northern District of Illinois, Eastern Division, 21 mai 2004, disponible sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040521u1.html> ; v. antérieurement et déjà dans le même sens, *Delchi Carrier SpA. v. Rotorex Corporation*, U.S. Circuit Court of Appeals (2d. Cir.), 6 déc. 1995, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951206u1.html>.

(82) Ehrenzweig, *Interstate and International Conflicts Law : A Plea for Segregation*, 41 *Minn. L. Rev.* 717, 723 (1956-1957).

comme indiqué en partie I de cet article (83). Ainsi, il convient de questionner la véracité de l'affirmation suivante : « l'exigence de prévisibilité [contenue dans la CVIM] [...] est identique à la règle bien connue issue de l'arrêt *Hadley v. Baxendale*, 156 Eng. Rep. 145 (Ct. Exch. 1854), de telle sorte que les interprétations pertinentes de cette règle peuvent guider le raisonnement du tribunal concernant les dommages-intérêts qu'il convient d'allouer » (84). Si l'exigence de prévisibilité prévue à l'article 74 de la CVIM était réellement fondée sur la règle de *common law* découlant de *Hadley v. Baxendale*, on devrait être autorisé à recourir aux interprétations de *common law* de cette règle, malgré l'obligation selon laquelle, pour l'interprétation de la CVIM « il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application ». Cependant, comme cela a été démontré à maintes reprises (85), la limite de prévisibilité prévue à l'article 74 de la CVIM ne découle pas de la *common law* (86), car même la règle (*Hadley v. Baxendale*) sur le modèle de laquelle les diverses expressions de la limite de prévisibilité de *common law* sont construites (87) n'est pas elle-même issue de la *common law*. Plutôt, comme indiqué dans *Sinclair Refining Co. v. Hamilton & Dotson*, entre autres (88), la limite de pré-

(83) Cela n'exclut pas que l'interprète puisse s'inspirer des raisonnements adoptés dans des décisions internes concernant des dispositions similaires ; les interprètes ne peuvent cependant pas se contenter s'appuyer sur des solutions internes pour résoudre des questions liées à la CVIM.

(84) *TeeVee Tunes, Inc. et al v. Gerhard Schubert GmbH, U.S. District Court, Southern District of New York*, 12 août 2006, disponible sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060823u1.html>.

(85) V. Ferrari, *Hadley v Baxendale v Foreseeability under Article 74 CISG*, in Saidov, Cunnington (éds.), *Contract Damages. Domestic and International Perspectives*, 2008, p. 305 s. ; Ferrari, *Comparative Ruminations on the Foreseeability of Damages in Contract Law*, 53 La. L. Rev. 1257 s. (1993) ; Ferrari, *Prevedibilità del danno e contemplation rule*, *Contratto e impresa*, 1993, p. 760 s.

(86) *Contra v.*, par ex., Schlechtriem, *Uniform Sales Law in the Decisions of the Bundesgerichtshof*, disponible sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/slechtriem3.html> ; van Houtte, *The Law of International Trade*, 1995, p. 146, note 23.

(87) V., par ex., Murphey, *Consequential Damages in Contracts for the International Sale of Goods and the Legacy of Hadley*, 23 Wash. J. Int'l L. & Econ. 415, 438 s. (1989), faisant référence au *Restatement (Second) of Contracts* § 351 (1979) et au Code commercial uniforme, UCC section 2-715(2).

(88) V., en plus des décisions citées dans les notes suivantes, *Jones v. George*, 61 Tex. 345 (Tex. 1884) (jugant que la règle « provient en grande partie du droit civil ») ; *Rumely Products Co. v. Moss*, 175 S.W. 1084, 1088 (Tex.Civ.App. 1915) (jugant que la règle de l'Etat de Louisiane comparable à *Hadley v. Baxendale* « et ses modifications proviennent des articles 1149 et 1150 du Code Napoléon, qui à leur tour trouvent leur origine dans Pothier, *Traité des obligations*, n° 159 et 160, qui affirme que cette règle remonte au droit romain ») ; *Mans-Owens Co. v. H.S. Owens & Son*, 105 S.E. 543, 549 (Va. 1921) (jugant que « bien qu'il soit parfois dit que la règle [de *Hadley v. Baxendale*] – trouve son origine

visibilité de *common law* « connue sous le nom la règle de *Hadley v. Baxendale*, et parfois mentionnée comme ayant son origine dans cette affaire, alors que c'est en réalité une expression de principes de droit civil, est essentiellement la paraphrase d'une règle portant sur le même sujet telle qu'exprimée antérieurement dans le Code Napoléon, par Pothier » (89).

Finalement, cela signifie que la limite de prévisibilité de l'article 74 de la CVIM n'est pas un dérivé de la règle de *Hadley v. Baxendale*. Il est donc inexact d'affirmer, comme l'a fait un tribunal américain en interprétant la CVIM, que la « CVIM exige que les dommages-intérêts soient limités par le principe familial de prévisibilité instauré par *Hadley v. Baxendale* » (90). Cette affirmation « franchement absurde » (91) n'est rien d'autre que « l'illustration parfaite d'un tribunal qui, involontairement, voit une disposition de la Convention à travers le prisme du droit interne » (92), ce qu'il ne devrait pas faire (93), sauf dans les circonstances très limitées signalées précé-

dans cette décision, il s'agit en réalité d'une expression de principes de droit civil, et essentiellement la paraphrase d'une règle portant sur le même sujet telle qu'exprimée antérieurement dans le Code Napoléon, par Pothier ») ; *Sinclair Refining Co. v. Hamilton & Dorson*, 164 Va. 203, 209 (Va. 1935) (jugant que « la règle de *Hadley v. Baxendale* [...] est parfois mentionnée comme ayant son origine dans cette affaire, alors que c'est en réalité une expression de principes de droit civil, et essentiellement la paraphrase d'une règle portant sur le même sujet telle qu'exprimée antérieurement dans le Code Napoléon, par Pothier »).

(89) *Sinclair Refining Co. v. Hamilton & Dorson*, 164 Va. 203, 209 (Va. 1935).

(90) *Delchi Carrier S.p.A. v. Rotorex Corp.*, *U.S. Circuit Court of Appeals* (2d. Cir.), 6 déc. 1995, disponible sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951206u1.html>.

(91) Flechtner, *The CISG in U.S. Courts : The Evolution (and Devolution) of the Methodology of Interpretation, in Quo Vadis CISG ?*, *op. cit.*, p. 91, 103.

(92) Murray, *op. cit.*, p. 371-372.

(93) Pour des remarques critiques, v. aussi Cook, *The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods : A Mandate to Abandon Legal Ethnocentricity*, 16 J. L. & Com. 257, 259 (1997) (indiquant que la cours, dans *Delchi*, a supposé à tort, sans complément d'enquête, que « le principe familial de prévisibilité instauré dans *Hadley v. Baxendale* s'appliquait sans aucune déviation par rapport au principe de prévisibilité inscrit dans la Convention ») ; Flechtner, *The U.N. Sales Convention (CISG) and MCC-Marble Ceramic Center, Inc. v. Ceramica Nuova D'Agostino, S.p.A. : The Eleventh Circuit Weighs in on Interpretation, Subjective Intent, Procedural Limits to the Convention's Scope, and the Parole Evidence Rule*, 18 J. L. & Com. 259, 269 (1999) (critiquant le fait que la cours, dans *Delchi*, « a assimilé la règle de *Hadley*, règle de *common law* par excellence concernant les dommages-intérêts prévisibles, au principe de prévisibilité de l'Article 74 de la CVIM ») ; Zeller, *The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) – a leap forward towards unified international sales laws*, 12 Pace Int'l L. Rev. 79, 89-90 (2000) (indiquant qu'« il se peut que le principe de prévisibilité soit similaire à celui de l'article 74 de la CVIM, mais intégrer *Hadley v. Baxendale* dans l'article 74 est une méprise manifeste. [Delchi] est un bon exemple du danger que les tribunaux nationaux interprètent la CVIM comme s'inscrivant dans leur propre expérience et procédures »).

demment (94). L'exigence de prévisibilité énoncée à l'article 74 de la CVIM, comme la plupart des autres notions et expressions utilisées dans la CVIM, doit être interprétée de manière autonome et non à la lumière d'un droit interne donné, qu'il s'agisse du droit américain, anglais ou même français (95) – d'où la limite de prévisibilité tire son origine. En d'autres termes, l'exception à la prescription d'interpréter la CVIM de façon autonome, suivant laquelle il faut recourir au sens « interne » d'une notion lorsqu'il ressort de l'historique législatif que les rédacteurs de la CVIM désiraient adopter le sens interne de cette notion spécifique, ne s'applique pas à la limite de prévisibilité prévue à l'article 74 de la CVIM. D'un point de vue méthodologique il est donc inexact d'affirmer, comme l'a fait un tribunal américain, que « les interprétations pertinentes de la règle [découlant de *Hadley v. Baxendale*] peuvent guider le raisonnement du tribunal concernant les dommages et intérêts qu'il convient d'allouer » (96) en vertu de la CVIM. Cette affirmation n'est rien d'autre qu'un « excellent exemple des erreurs résultant de l'incapacité à interpréter et appliquer la Convention en tant qu'instrument juridique international, plutôt qu'interne » (97), et montre également que le tribunal « était clairement incapable de maîtriser son propre penchant ethnocentrique » (98). Cette incapacité a conduit le tribunal à affirmer que « l'exigence de prévisibilité [de la CVIM] [...] est

(94) V. *supra* le texte accompagnant les notes 61 s.

(95) Il convient de noter qu'il existe des différences entre cette limite de prévisibilité française aux dommages-intérêts qu'il convient d'allouer et la limite de prévisibilité de la CVIM. La plus évidente est liée au fait que la limite de prévisibilité française (comme l'italienne et l'espagnole) ne s'applique pas lorsque le manquement contractuel découle de la fraude de la partie défaillante ; la limite de prévisibilité de l'article 74 de la CVIM, au contraire, s'applique même quand le manquement découle d'une fraude ; v. Vekas, *The Foreseeability Doctrine in Contractual Damage Cases*, *Acta Juridica Hungarica* 2002. 145, 160, indiquant que « sur ce point, la Convention de Vienne se distingue délibérément de la "règle-source" de l'article 1150 du code civil qui, comme indiqué précédemment, exclut l'usage de la doctrine de prévisibilité dans le cas d'un manquement contractuel intentionnel » ; v. aussi Pantaleon Prieto, Art. 74, in Diez-Picazo (éd.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, 1998, p. 579, 604.

(96) *TeeVee Tunes, Inc. et al v. Gerhard Schubert GmbH*, U.S. District Court, Southern District of New York, 12 août 2006, disponible sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060823u1.html>.

(97) Bailey, *Facing the Truth : Seeing the Convention on Contracts for the International Sale of Goods as an Obstacle to a Uniform Law of International Sales*, 32 *Cornell Int'l L. J.* 273, 288 (1998).

(98) Cook, *op. cit.*, p. 262 ; v. aussi Zeller, *Downs Investments Pty Ltd (in liq) v. Perwaja Steel SDN BHD* [2002] 2 Qd R 462, 9 *Vindobona J.* 43, 46 (2005).

identique à la règle bien connue de *Hadley v. Baxendale* » (99), une affirmation qui, comme souligné plus tôt, est clairement incorrecte. Même « [une] lecture hâtive des deux formulations de “prévisibilité” illustre le[ur contenu manifestement] différent » (100).

Il est à signaler qu'en vertu de l'article 74 de la CVIM « la prévisibilité de la perte doit être jugée du point de vue de la *partie défaillante* » (101), et de cette partie seule (102), « alors qu'en *common law* la prévisibilité est déterminée par “ce que *les parties* pouvaient raisonnablement prévoir” (en anglais *contemplate*) » (103). Il faut noter, toutefois, « que des décisions anglaises plus récentes, bien que se référant toujours à *Hadley v. Baxendale*, se concentrent essentiellement sur un examen de la prévisibilité uniquement du côté de la partie [défaillante]. Malgré une certaine incertitude, une tendance similaire semble également émerger dans la pratique judiciaire américaine et le Code commercial uniforme prévoit expressément une règle identique » (104).

En outre, alors que l'article 74 de la CVIM se réfère à la « prévisibilité » (*foreseeability* en anglais) des dommages et intérêts, la règle originale de *Hadley v. Baxendale* exige leur « *contemplation* » (en anglais) (105). Derrière ces différentes expressions réside une diffé-

(99) *TeeVee Tunes, Inc. et al v. Gerhard Schubert GmbH, U.S. District Court, Southern District of New York*, 12 août 2006, disponible sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060823u1.html>.

(100) Cook, *op. cit.*, p. 260.

(101) Stoll, Gruber, Art. 74, in Schlechtriem, Schwenzer (éds.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 2^e éd., 2005, p. 745, 765 ; v. aussi Brölsch, *Schadensersatz und CISG*, 2007, p. 52.

(102) V. aussi Murphey, *op. cit.*, p. 435, indiquant que l'article 74 de la CVIM, « en se référant uniquement à la partie défaillante, n'a certainement pas pour objectif de procurer une aubaine au demandeur, en ce sens que le demandeur obtiendrait quelque chose de non prévisible. En réalité, cette terminologie reflète l'idée selon laquelle il faut se focaliser sur la partie qui devra répondre de l'étendue de la perte ».

(103) Whittington, *Reconsidering Domestic Sale of Goods Remedies in Light of the CISG*, 37 *Vict. U. Wellington L. Rev.* 421, 443 (2006), qui note cependant que « cela n'est pas une différence de taille ».

(104) Vekas, *op. cit.*, p. 160.

(105) V., cependant, le *Restatement (Second) of Contracts* § 351 (1979) : « (1) *Damages are not recoverable for loss that the party in breach did not have reason to foresee as a probable result of the breach when the contract was made.* (2) *Loss may be foreseeable as a probable result of a breach because it follows from the breach (a) in the ordinary course of events, or (b) as a result of special circumstances, beyond the ordinary course of events, that the party in breach had reason to know.* (3) *A court may limit damages for foreseeable loss by excluding recovery for loss of profits, by allowing recovery only for loss incurred in reliance, or otherwise if it concludes that in the circumstances justice so requires in order to avoid disproportionate compensation* ».

rence de sens (106), qui influe sur la limite des dommages et intérêts octroyés. En réalité, « une règle qui prévoit que les dommages-intérêts doivent uniquement être “prévisibles” a sans aucun doute pour objet de réduire les limites de *Hadley* et récupérer plus de dommages et intérêts » (107).

De plus, l'article 74 de la CVIM limite les dommages et intérêts récupérables à ceux que la partie défaillante « a prévu ou aurait pu prévoir comme étant la *conséquence possible* d'un manquement » (108), alors que la règle (originale) de *Hadley v. Baxendale* limite l'octroi des gains manqués à ceux qui étaient « prévus par les deux parties, au moment de la conclusion du contrat, comme étant le *résultat probable* du manquement » (109). « Ainsi, [en vertu de la CVIM] un demandeur n'a pas besoin de démontrer que la perte était “un résultat probable” ou une forte probabilité » (110). « Cela signifie que la partie défaillante est responsable d'un éventail plus large de dommages en vertu de la CVIM (ceux qui étaient prévisibles comme étant une conséquence “possible” du manquement) qu'en vertu de la *common law* ou du *Uniform Commercial Code* (seulement ceux qui étaient considérés en tant que conséquence “probable” du manquement) » (111). En d'autres termes, « la limite [originale] au “résul-

(106) V. Ziegel, The Remedial Provisions in the Vienna Sales Convention : Some Common Law Perspectives, in Galston, Smit (éds.), *International Sales : The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 1984, p. 9-01, 9-05, où l'auteur se réfère à l'exemple donné par Lord Reid dans *The Heron II*, 1 A.C. 350 (H.L.) (1969), dans le but d'illustrer la différence entre les « conséquences possibles » et le « résultat probable » : « en empruntant l'exemple de Lord Reid dans *The Heron II*, si l'on prend un paquet bien mélangé de cartes, il est tout-à-fait possible, bien que peu probable, que la carte du dessus s'avère être le 9 de carreau, même si les chances sont de 1 sur 52 ».

(107) Murphey, *op. cit.*, p. 435-436 ; v. aussi Darkey, A U.S. Court's Interpretation of Damage Provisions under the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods : A Preliminary Step towards an International Jurisprudence of CISG or a Missed Opportunity ?, 15 J. L. & Com. 139, 145 (1995).

(108) V. aussi Brölsch, *op. cit.*, p. 55 s.

(109) Dans la doctrine, cette différence a été signalée, par ex., par Pantaleon Prieto, *op. cit.*, p. 604 ; Stoll, Gruber, *op. cit.*, p. 763-764.

(110) Gotanda, Awarding Damages under the United Nations Convention on the International Sale of Goods : A matter of interpretation, 37 Geo. J. Int'l L. 95, 204-105 (2005) ; dans le même sens, v. aussi Neumayer, Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises. Commentaire*, 1993, p. 492.

(111) Dodge, Teaching the CISG in Contracts, 50 J. Leg. Edu. 72, 92 (2000) ; en ce sens, v. aussi Cohen, Achieving a Uniform Law Governing International Sales : Conforming the Damages Provisions of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Uniform Commercial Code, 26 U. Penn. J. Int'l Ec. L. 601, 612-613 (2005) ; Darkey, *op. cit.*, p. 145, note 31 ; Whittington, *op. cit.*, p. 253, indiquant que « bien que l'usage, à l'article 7[4] de “conséquences possibles”

tat probable” de *Hadley* est beaucoup plus restrictive que la limite aux “conséquences possibles” de l’article 74 » (112).

Au vu des divergences susmentionnées, qui montrent clairement que les règles limitant les dommages et intérêts prévues à l’article 74 de la CVIM et dans *Hadley v. Baxendale* sont radicalement différentes, une seule conclusion peut être tirée : dans l’interprétation de l’article 74 de la CVIM « les juges américains devraient [beaucoup plus] s’appliquer à se défaire de l’influence de [leur droit interne, tel que] *Hadley* » (113).

IV. — TENDANCE INSULARISTE DANS LA JURISPRUDENCE DE LA CVIM : UN SECOND EXEMPLE

La jurisprudence de la CVIM fournit également des exemples de l’autre variante de la tendance insulariste, c’est-à-dire la tendance à interpréter la Convention dans un sens permettant à la juridiction « d’aboutir, si possible, à l’application du droit interne » (114). Ces exemples se rapportent à l’interprétation de l’article 6 de la CVIM, cette disposition permettant aux parties d’exclure l’application de la CVIM et, ainsi, d’établir la nature supplétive de la CVIM (115) – également soulignée dans la jurisprudence (116) – ainsi que le « rôle

puisse sembler de premier abord plus large que le “résultat probable” du *Restatement*, la disposition précédente (“au vu des faits...”) restreint son étendue au moins à celle de la terminologie du Code ».

(112) Majumdar, Jha, *The Law Relating to Damages under International Sales : A Comparative Overview between the CISG and Indian Contract Law*, 5 *Vindobona J.* 185, 193 (2001).

(113) Dodge, *op. cit.*, p. 92, se référant à une phrase de Murphey, *op. cit.*, p. 417.

(114) Sand, *The International Unification of Air Law*, 30 *Law & Contemp. Probs.* 400, 402 (1965).

(115) V., par ex., Brunner, *op. cit.*, p. 72 ; Carbone, L’ambito di applicazione ed i criteri interpretativi della convenzione di Vienna, in *La vendita Internazionale. La Convenzione dell’11 aprile 1980*, 1981, p. 61, 78 ; Erauw, *op. cit.*, p. 47 ; Ferrari, *Vendita internazionale di beni mobili. Art. 1-13. Ambito di applicazione. Disposizioni generali*, 1994, p. 110 ; Herber, « Lex mercatoria » und « Principles » – gefährliche Irrlichter im internationalen Kaufrecht, *Internationales Handelsrecht* 2003, 1, 1 ; Lanciotti, *op. cit.*, p. 146 ; Lindbach, *Rechtswahl im Einheitsrecht am Beispiel des Wiener UN-Kaufrechts*, 1996, p. 67 ; Magnus, *Wiener UN-Kaufrecht*, *op. cit.*, p. 149 ; Piltz, *Internationales Kaufrecht. Das UN-Kaufrecht (Wiener Übereinkommen von 1980) in praxisorientierter Darstellung*, 1993, p. 64 ; Witz, L’exclusion de la Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises par la volonté des parties (Convention de Vienne du 11 avril 1980), D. 1990. Chron. 107.

(116) Sur une référence expresse au caractère non-obligatoire de la CVIM, v., par ex., Tribunal Cantonal du Jura, 3 nov. 2003, disponible sur : <http://www.cisg-online.ch/cisg/>

central joué par l'autonomie de la volonté dans le commerce international et, en particulier dans les ventes internationales » (117).

Il existe en jurisprudence un débat sur le fait de savoir si cette disposition exige des parties qu'elles excluent expressément l'application de la CVIM ou si une exclusion implicite est également envisageable. Ce débat est dû au fait que l'article 3 de la loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels, « prédécesseur direct » (118) de l'article 6 de la CVIM, disposait expressément que son exclusion pouvait également faire l'objet d'un accord implicite (119). Néanmoins, cette référence expresse à la possibilité d'une exclusion implicite n'a pas été retenue par les rédacteurs de la CVIM (120) et cela en dépit de quelques tentatives de la réintroduire lors de la Conférence diplomatique de Vienne (121).

urteile/965.pdf ; *Corte di Cassazione*, 19 juin 2000, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000619i3.html> ; *Oberster Gerichtshof*, 21 mars 2000, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000321a3.html> ; *Oberster Gerichtshof*, 15 oct. 1998, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981015a3.html> ; *Handelsgericht Wien*, 4 mars 1997, disponible sur : <http://www.cisg.at/1R4097x.htm> ; *Kantonggericht Wallis*, 29 juin 1994, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940629s1.html>.

(117) Bonell, Commento all'art. 6 della Convenzione di Vienna, *Nuove Leggi civ. comm.* 1989. 16, 16 ; cf. en ce sens, en doctrine, Date-Bah, *The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods : Overview and Selective Commentary*, 11 Rev. Ghana L. 50, 54 (1979) ; Enderlein, *Die Verpflichtung des Verkäufers zur Einhaltung des Lieferzeitraums und die Rechte des Käufers bei dessen Nichteinhaltung nach dem UN-Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf*, IPPrax 1991. 313, 316 ; Hoyer, *Der Anwendungsbereich des Einheitlichen Wiener Kaufrechts*, in *Das Einheitliche Wiener Kaufrecht*, *op. cit.*, p. 31, 41.

(118) Bonell, Commento all'art. 6 della Convenzione di Vienna, *op. cit.*, p. 17.

(119) V. art. 3 de la Loi uniforme sur la Vente internationale des objets mobiliers corporels : « Les parties à un contrat de vente sont libres d'exclure totalement ou partiellement l'application de la présente loi. Cette exclusion peut être expresse ou tacite ».

(120) V. Samson, Commento all'art. 6 della Convenzione di Vienna *La Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises : Etude comparative des dispositions de la Convention et des règles de droit québécois en la matière*, 23 Cahiers de droit 919, 931 (1982).

(121) Les représentants de l'Angleterre et de la Belgique ont formulé des propositions visant à réintroduire une référence à la possibilité d'exclure implicitement l'application de la CVIM ; sur une référence à ces tentatives, v. Magnus, *Wiener UN-Kaufrecht*, *op. cit.*, p. 150 ; United Nations (éd.), *Official Records : Documents of the Conference and Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Main Committees (Vienna, 10 mars-11 avril 1980)*, 1981, p. 249 s.

(122) V. *Sky Cast, Inc v. Global Direct Distribution, LLC, U.S. District Court, Eastern District of Kentucky*, 18 mars 2008, disponible sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080318u1.html> ; *Easom Automation Systems, Inc. v. Thyssenkrupp Fabco, Corp., U.S. District Court, Eastern District Michigan*, 28 sept. 2007, disponible sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/0709>

Les juridictions américaines, par exemple, rejettent systématiquement (122) la possibilité pour les parties d'exclure (*opt-out*) la CVIM de manière implicite, jugeant que, « si les parties à un contrat peuvent exclure l'application de la CVIM, une telle exclusion doit être explicite » (123). Il n'est dès lors pas étonnant que des tribunaux américains aient jugé, par exemple, que le choix d'une loi d'un Etat contractant de la CVIM fait obligation aux tribunaux « d'appliquer la Convention en tant que loi de l'Etat contractant désigné » (124) ou que « la simple référence à une loi interne donnée ne vaut pas exclusion (*opt-out*) de la CVIM » (125).

Il est toutefois surprenant que plusieurs tribunaux américains (126) aient jugé que lorsque les parties décident de se soumettre au *Uni-*

28u1.html#iv ; *Travelers Property Casualty Company of America et al. v. Saint-Gobain Technical Fabrics Canada Limited*, U.S. District Court, Minnesota, 31 janv. 2007, disponible sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070131u1.html> ; *TeeVee Tunes, Inc. et al. v. Gerhard Schubert GmbH*, U.S. District Court, Southern District of New York, 23 août 2006, disponible sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060823u1.html> ; *BP Oil International v. Empresa Estatal Petroleos de Ecuador*, U.S. Court of Appeals (5th Circuit), 11 juin 2003, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/030611u1.html> ; *Ajax Tool Works, Inc. v. Can-Eng Manufacturing Ltd.*, U.S. District Court, Northern District of Illinois, 29 janv. 2003, disponible sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030129u1.html> ; *St. Paul Insurance Company et al. v. Neuromed Medical Systems & Support et al.*, U.S. District Court, Southern District of New York, 26 mars 2002, disponible sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020326u1.html> ; *Helen Kaminski PTY, Ltd. v. Marketing Australian Products, Inc.*, U.S. District Court, Southern District of New York, 23 juill. 1997, disponible sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970721u1.html> ; *Delchi Carrier, SpA v. Rotorex Corp.*, U.S. Court of Appeals (2nd Cir.), 6 déc. 1995, disponible sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951206u1.html> ; *Orbisphere Corp. v. United States, Court of International Trade*, 24 oct. 1989, disponible sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/891024u1.html>. Plus récemment, v., cependant, *Zhejiang Shaoxing Yongli Printing and Dyeing Co., Ltd. v. Microflock Textile Group Corp.*, U.S. District Court, Southern District of Florida, 19 mai 2008, disponible sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080519u2.html>, décision dans laquelle la cours ne s'est absolument pas référée à la nécessité d'une exclusion expresse, mais s'est contentée d'indiquer que « la CVIM s'applique automatiquement aux contrats de vente internationaux entre des parties issues de différents Etats contractants, sauf si les parties s'accordent pour exclure l'application de la CVIM, comme indiqué à l'article 6 de la CVIM. Parce que les parties ne se sont pas mises d'accord pour exclure l'application de la CVIM, la CVIM fournit le droit substantif qui gouverne ce litige contractuel ».

(123) *Cedar Petrochemicals, Inc. v. Dongbu Hannong Chemical Co., Ltd.*, U.S. District Court, Southern District of New York, 19 juill. 2007, disponible sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070719u1.html>.

(124) *Easom Automation Systems, Inc. v. Thyssenkrupp Fabco, Corp.*, U.S. District Court, Eastern District Michigan, 28 sept. 2007, disponible sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070928u1.html#iv>.

(125) *Travelers Property Casualty Company of America et al. v. Saint-Gobain Technical Fabrics Canada Limited*, U.S. District Court, Minnesota, 31 janv. 2007, disponible sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070131u1.html>.

(126) *TeeVee Tunes, Inc. et al. v. Gerhard Schubert GmbH*, U.S. District Court, Southern District of New York, 23 août 2006, disponible sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060823u1.html>.

form Commercial Code, la CVIM ne s'applique pas. Cette solution est irréconciliable avec l'obligation pour les parties d'exprimer leur volonté d'exclure l'application de la CVIM de manière expresse, cette obligation étant requise, entre autres, par ces mêmes tribunaux. Ce paradoxe ne s'explique que par le lex forisme mentionné ci-dessus, c'est-à-dire cette variante de la tendance insulariste consistant à favoriser une interprétation qui conduit à l'application de la loi du for.

A ce stade de l'analyse, il convient de noter que l'opinion adoptée par les juridictions américaines, selon laquelle les parties doivent formuler expressément leur volonté d'exclure la CVIM pour éviter son application, est une opinion isolée parmi les autres juridictions (127) et commentateurs (128). La majorité des juridictions (129) et commentateurs (130) soutiennent en effet (avec raison) (131) qu'en vertu

(127) V., cependant, *Rechtbank Zwolle*, 21 mai 2003, Internationales Handelsrecht 2005. 34, 35 ; *Rechtbank Hasselt*, 4 oct. 1999, disponible sur : <http://www.law.kuleuven.ac.be/ipt/eng/cases/1999-10-04.html> ; *Landgericht Landsbut*, 5 mai 1995, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950405g1.html>.

(128) V., cependant, Dore, *op. cit.*, p. 532 ; Dore, Defranco, A Comparison of the Non-Substantive Provisions of the UNCITRAL Convention on the International Sale of Goods and the Uniform Commercial Code, 23 Harv. Int'l L. J. 49, 53 (1982) ; Dutton, Risky Business : The Impact of the CISG on the International Sale of Goods, Guide for Merchants to Limit Liability and Increase Certainty Inside and Outside of the CISG, 7 Eur. J. L. Reform 239, 246 (2005) ; Klepper, *op. cit.*, p. 238 ; Murphy, United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods : Creating Uniformity on International Sales Law, 12 Fordham Int'l L. J. 727, 728 (1989) ; Ostendorf *et al.*, Möglichkeiten und Grenzen von Haftungsbeschränkungen in internationalen Lieferverträgen zwischen Unternehmern, Internationales Handelsrecht 2006, 21, 22 ; Rendell, The New U.N. Convention on International Sales Contracts : An Overview, 15 Brook. J. Int'l L. 23, 25 (1989).

(129) V., par ex., *Tribunale di Forlì*, 16 févr. 2009, disponible sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090216i3.html> ; *Tribunale di Forlì*, 11 déc. 2008, disponible sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/081211i3.html> ; *Oberlandesgericht Linz*, 8 août 2005, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050808a3.html> ; *Rechtbank van Koophandel Tongeren*, 25 janv. 2005, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050125b1.html> ; *Tribunale di Padova*, 11 janv. 2005, disponible sur : <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&cid=1005&step=FullText> ; *Oberlandesgericht München*, 9 juill. 1997, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970709g1.html> ; *Landgericht München*, 29 mai 1995, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950529g1.html>.

(130) V., par ex., Bell, The Sphere of Application of the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 8 Pace Int'l L. Rev. 237, 255 (1996) ; Czerwenka, *Rechtsanwendungsprobleme im internationalen Kaufrecht. Das Kollisionsrecht bei grenzüberschreitenden Kaufverträgen und der Anwendungsbereich der internationalen Kaufrechtsübereinkommen*, 1988, p. 170 ; Garro, Zuppi, *Compraventa internacional de mercaderías*, Buenos Aires, 1990, p. 98 ; Graffi, L'applicazione della Convenzione di Vienna in alcune recenti sentenze italiane, Eur. L. For. 2000/2001. 240, 241.

(131) Cf. l'opinion de l'auteur, Ferrari, Remarks on the UNCITRAL Digest's Comments on Article 6 CISG, 25 J. L. & Com. 13, 20 s. (2006).

de la CVIM cette exclusion ne doit pas toujours être expresse (132). Cette conclusion est basée, en partie, sur le fait que lors de la rédaction de la CVIM « la majorité des délégations était [...] opposée à la proposition selon laquelle une exclusion partielle ou totale de la Convention ne pouvait être faite que “de façon expresse” » (133). En conséquence, l’absence d’une référence expresse à la possibilité d’exclure la Convention de manière tacite ne doit pas être considérée comme un obstacle à une telle possibilité (134). A l’inverse, cette omission doit être comprise comme visant à décourager les tribunaux de juger trop facilement que les parties ont exclu ou dérogé « implicitement » à la CVIM (135). Ainsi, une exclusion implicite de la CVIM est possible (136), et a été confirmée par de très nombreuses juridictions (137). Evidemment, afin d’exclure implicitement

(132) En ce sens, v., par ex., Achilles, *op. cit.*, p. 25 ; Audit, *op. cit.*, p. 38 ; Bell, *op. cit.*, p. 255 ; Brunner, *op. cit.*, p. 68 ; Cappuccio, La deroga implicita nella Convenzione di Vienna del 1980, *Diritto del commercio internazionale* 1994, p. 867, 868 ; Czerwenka, *op. cit.*, p. 170 ; Date-Bah, *op. cit.*, p. 54 ; Garro, Zuppi, *op. cit.*, p. 98 ; Holthausen, Vertraglicher Ausschluß des UN-Übereinkommens über internationale Warenkaufverträge, *Recht der internationalen Wirtschaft*, 1989, 513, 515 ; Lacasse, Le champ d’application de la Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, in Lacasse, Perret (éds.), *Actes du colloque sur la vente internationale*, 1989, p. 23, 37 ; Richards, *Contracts for the International Sale of Goods : Applicability of the United Nations Convention*, 69 Iowa L. Rev. 209, 237 (1983).

(133) Bonell, Art. 6, in *Commentary on the International Sales Law*, *op. cit.*, p. 51, 52 ; v. aussi Audit, *op. cit.*, p. 38.

(134) V. Ferrari, Art. 6, in *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG*. 5^e éd., *op. cit.*, p. 138, 144 s.

(135) Sur une justification similaire du défaut de référence à la possibilité d’exclure implicitement l’application de la CVIM, v. Ebenroth, Internationale Vertragsgestaltung im Spannungsverhältnis zwischen ABGB, IPR-Gesetz und UN-Kaufrecht, *Österreichische Juristische Blätter* 1986, 681, 684 ; Ferrari, Art. 6, *op. cit.*, p. 145 ; *Official Records of the United Nations Conference*, *op. cit.*, p. 17 ; Reifner, Stillschweigender Ausschluss des UN-Kaufrechts im Prozess ?, *Internationales Handelsrecht* 2002, 52, 55 ; Schlechtriem, *Uniform Sales Law. The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 1986, p. 35.

(136) V., en plus des commentateurs cités *supra* aux notes 130 s., Audit, *op. cit.*, p. 38 ; Grijalva, Imberg, The Economic Impact of International Trade on San Diego and the Application of the United Nations Convention on the International Sale of Goods to San Diego/Tijuana Commercial Transactions, 35 S.D. L. Rev. 769, 776 (1998) ; Kennedy, Recent Developments : Nonconforming Goods Under the CISG – What’s a Buyer to Do ?, 16 Dick. J. Int’l L. 319, 321 s. (1998) ; Magnus, *Wiener UN-Kaufrecht*, *op. cit.*, p. 153 ; Richards, *op. cit.*, p. 237.

(137) V., en plus des décisions citées *supra*, à la note 129, *Landgericht Bamberg*, 23 oct. 2006, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/061023g1.html> ; *Oberlandesgericht Linz*, 23 janv. 2006, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060123a3.html> ; Civ. 1^{re}, 25 oct. 2005, pourvoi n° 99-12.879, disponible sur : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007052738&fastReqId=1517367668&fastPos=1> ; *Tribunale di Padova*, 31 mars 2004, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cisgw/wais/db/cases2/040331i3.html> ;

la CVIM il est nécessaire que les parties indiquent clairement qu'elles désiraient une telle exclusion (138). Il faut un réel – par opposition à théorique, fictif ou hypothétique – accord des parties (139), comme indiqué par la jurisprudence (140).

Le problème est alors de déterminer comment les parties peuvent exclure implicitement la CVIM (141). A la lumière de l'historique législatif (142), la plupart des juridictions et commentateurs s'accordent sur le fait que tandis que les parties peuvent implicitement exclure la CVIM en choisissant la loi d'un Etat non contractant pour

Tribunale di Padova, 25 févr. 2004, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cisgwais/db/cases2/040225i3.html> ; *Tribunale di Rimini*, 26 nov. 2002, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021126i3.html> ; *Oberster Gerichtshof*, 22 oct. 2001, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/011022a3.html> ; Civ. 1^{re}, 26 juin 2001, pourvoi n° 99-16.118, disponible sur : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJurijudi.do?oldAction=rechExpJurijudi&cidTexte=JURITEXT000007046247&fastReqId=572789202&fastPos=3> ; *Tribunale di Vigevano*, 12 juill. 2000, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000712i3.html> ; *Oberlandesgericht Desden*, 27 déc. 1999, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/991227g1.html> ; *Oberlandesgericht Celle*, 24 mai 1995, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950524g1.html>.

(138) En ce sens, v. Bonell, *La nouvelle Convention des Nations unies*, *op. cit.*, p. 13 (indiquant qu'une « exception tacite ne peut être admise que s'il y a des éléments sérieux indiquant la « véritable » intention des parties ») ; Enderlein, *Maskow*, *op. cit.*, p. 48 (indiquant qu'il doit y avoir des éléments tendant à clairement indiquer qu'une exclusion implicite est désirée) ; Erauw *op. cit.*, p. 47 ; Rovelli, *Conflitti tra norme della Convenzione e norme di diritto internazionale privato*, in *La vendita internazionale. La convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980*, *op. cit.*, p. 89, 105 (indiquant que « bien évidemment, la détermination de la loi applicable peut résulter d'un choix implicite des parties, mais celui-ci doit être « certain » : cela signifie que l'intention d'exclure implicitement la Convention doit être réelle et non hypothétique »).

(139) En ce sens, v. Honnold, *Uniform Law for International Sales*, *op. cit.*, p. 80 (indiquant que « [...] bien qu'un accord visant à exclure la Convention ne doive pas être « exprès », un tel accord ne peut être déduit que de faits indiquant un réel – par opposition à théorique ou fictif – accord ») ; dans le même sens, v. Reifner, *op. cit.*, p. 55 ; Wasmer, *Vertragsfreiheit im UN-Kaufrecht*, 2004, p. 34. Signalons cependant que, selon Murphy, *op. cit.*, p. 749, la possibilité d'exclure implicitement la CVIM contraste avec le besoin de sécurité juridique.

(140) V. *Oberlandesgericht Linz*, 23 janv. 2006, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060123a3.html> ; Tribunal Cantonal du Jura, 3 nov. 2004, disponible sur : <http://www.cisg-online.ch/cisg/urteile/965.pdf> ; *Kammergericht Berlin*, 24 janv. 1994, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940124g1.html>.

(141) Sur un aperçu général doctrinal des moyens d'exclure implicitement la CVIM, v. Ferrari, Art. 6, *op. cit.*, p. 144 s. ; Magnus, *Wiener UN-Kaufrecht*, *op. cit.*, p. 153 s. ; sur un aperçu général en jurisprudence, v., par ex., *Oberlandesgericht Linz*, 23 janv. 2006, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060123a3.html>.

(142) A l'occasion de la Conférence diplomatique de Vienne, un grand nombre de délégations rejetèrent les propositions du Canada et de la Belgique (sur ces propositions v. *Official Records of the United Nations Conference*, *op. cit.*, p. 250) selon lesquelles le droit de la vente interne, et non la CVIM, devrait s'appliquer lorsque les parties ont désigné la loi d'un Etat contractant comme loi gouvernant leur contrat.

gouverner leur contrat (143), le choix par les parties d'une loi d'un Etat contractant comme loi du contrat n'équivaut pas *en soi* à une exclusion (implicite) de la CVIM (144). Bien entendu, lorsqu'il peut être déduit, soit de la clause de choix de loi elle-même ou des circonstances que les parties ont voulu faire régir leur contrat par la loi purement interne d'un Etat contractant, alors, dans ce cas précis, la CVIM ne s'appliquera pas (145). Il a toutefois été considéré par un tribunal arbitral italien (146) que le fait que les parties se soient entendues pour appliquer exclusivement « la loi italienne » correspondait à une exclusion implicite de la CVIM, alors même qu'aucune référence au droit italien purement interne n'avait été faite.

(143) En ce sens v., en doctrine, Achilles, *op. cit.*, p. 25 ; Audit, *op. cit.*, p. 39 ; Bonell, Art. 6, in *Commentary on the International Sales Law*, *op. cit.*, p. 56 ; Chiomenti, Does the choice of a-national rules entail an implicit exclusion of the CISG ?, Eur. Leg. For. 2005. 141, 144 ; Enderlein *et al.*, *op. cit.*, p. 58 ; Ferrari, Art. 6, *op. cit.*, p. 146 ; Garro, Zuppi, *op. cit.*, p. 95 ; Lando, The 1985 Hague Convention on the Law Applicable to Sales, *RabelsZ* 1987. 60, 84 ; Lindbach, *op. cit.*, p. 308 ; Thiele, Das UN-Kaufrecht vor US-amerikanischen Gerichten, *Internationales Handelsrecht* 2002, 8, 9 ; Wasmer, *op. cit.*, p. 29. En jurisprudence, v. *Tribunale di Padova*, 11 janv. 2005, disponible sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050111i3.html> ; *Oberlandesgericht Düsseldorf*, 2 juill. 1993, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930702g1.html>.

(144) En ce sens v., en doctrine, Achilles, *op. cit.*, p. 25 ; Audit, *op. cit.*, p. 39 ; Dokter, Interpretation of exclusion-clauses of the Vienna Sales Convention, *RabelsZ* 2004. 430, 435 ; Erauw, *op. cit.*, p. 25 et 48 ; Farnsworth, Review of Standard Forms or Terms under the Vienna Convention, 21 *Cornell Int'l L. J.* 439, 442 (1988) ; Grijalva, Imberg, *op. cit.*, p. 777 ; Winship, International Sales Contracts under the 1980 Vienna Convention, 17 *UCC L. J.* 55, 65 (1984). En jurisprudence, v., par ex., *OLG Stuttgart*, 31 mars 2008, disponible sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/080331g1german.pdf> ; Cour internationale d'arbitrage de la CCI, sentence arbitrale n° 11333, disponible sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021333i1.html> ; Cour internationale d'arbitrage de la CCI, sentence arbitrale n° 9187, disponible sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/999187i1.html> ; Tribunal arbitral de la Chambre de commerce de Hambourg, sentence arbitrale du 21 mars 1996, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960321g1.html> ; Cour d'arbitrage rattachée à la Chambre de commerce et d'industrie hongroise, sentence arbitrale du 17 nov. 1995, disponible sur : <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&cid=217&step=FullText> ; Cour internationale d'arbitrage de la CCI, sentence arbitrale n° 8324, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/958324i1.html>.

(145) En ce sens, v. Bonell, Commento all'art. 6 della Convenzione di Vienna, *op. cit.*, p. 18 ; Brunner, *op. cit.*, p. 70 ; Cappuccio, *op. cit.*, p. 873 ; Chiomenti, *op. cit.*, p. 144 ; Erauw, *op. cit.*, p. 49 ; Ferrari, Art. 6, *op. cit.*, p. 147 ; Reifner, *op. cit.*, p. 56. En jurisprudence, v. *OLG Stuttgart*, 31 mars 2008, disponible sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/080331g1german.pdf> ; *Oberlandesgericht Linz*, 23 janv. 2006, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060123a3.html> ; *Hof Leeuwarden*, 31 août 2005, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050831n1.html> ; *Tribunale di Padova*, 11 janv. 2005, disponible sur : <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&cid=1005&step=FullText> ; *Oberlandesgericht Frankfurt*, 30 août 2000, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/000830g1german.html> ; *Oberlandesgericht Frankfurt*, 15 mars 1996 disponible sur : <http://www.cisg-online.ch/cisg/urteile/284.htm>.

(146) V. Tribunal arbitral *ad hoc* – Florence, sentence arbitrale du 19 avr. 1994, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940419i3.html> ; *Tribunale di Monza*, 14 janv. 1993, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930114i3.html>.

Cette interprétation très simpliste de l'article 6 de la CVIM n'est rien d'autre qu'une manifestation – par le tribunal arbitral ayant son siège en Italie, et composé de trois arbitres italiens – de lex forisme.

A l'occasion de débats sur la possibilité d'exclure implicitement la CVIM, la question s'est posée de savoir si la CVIM est implicitement exclue lorsque les parties plaident leur litige sur la seule base du droit matériel du for. A notre avis (147), le seul fait que les parties plaident sur la seule base d'un droit interne ne conduit pas en soi à l'exclusion de la CVIM (148), une opinion partagée par de nombreuses juridictions (149). Le fait que les parties n'ont pas fondé leurs plaidoiries que sur le droit purement interne ne peut être considéré comme une exclusion implicite que dans le cas où il peut être déduit des plaidoiries des parties ou d'autres circonstances que les parties étaient au courant de l'applicabilité de la CVIM. Une juridiction italienne a exprimé cette opinion très clairement : « le fait que, lors des débats préliminaires dans cette affaire, les parties ont basé leur argumentation exclusivement sur le droit interne italien sans référence à la CVIM ne peut être considéré comme une manifestation implicite de l'intention d'exclure l'application de la Convention [...] ».

(147) V. Ferrari, Nuove e vecchie questioni in materia di vendita internazionale tra interpretazione autonoma e ricorso alla giurisprudenza straniera, *Giurisprudenza italiana* 2004. 1405, 1416 ; Ferrari, Zum vertraglichen Ausschluss des UN-Kaufrechts, *ZEuP* 2002. 737, 744 s.

(148) V. également Bazinas, Uniformity in the Interpretation and the Application of the CISG : The Role of CLOUT and the Digest, in *Celebrating Success : 25 Years United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 2006, p.18, 26 ; Graffi, L'applicazione della Convenzione di Vienna, *op. cit.*, p. 241 ; Grijalva, Imberg, *op. cit.*, p. 776 ; Mazzotta, The International Character of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods : An Italian Case Example, 15 *Pace Int'l L. Rev.* 437, 442 (2003) ; Piltz, Neue Entwicklungen im UN-Kaufrecht, *Neue Juristische Wochenschrift* 2000. 553, 555 ; Schlechtriem, Aufrechnung durch den Käufer wegen Nachbesserungsaufwand- deutsches Vertragsstatut und UN-Kaufrecht, *IPRax* 1996. 256, 256 ; Spiegel, Exclusion tacite de la Convention de Vienne par les parties et dénonciation des défauts de conformité, *D.* 2000. J. 395, 395 (2002) ; Wasmer, *op. cit.*, p. 31 s.

(149) V. *Oberlandesgericht Stuttgart*, 31 mars 2008, décision non publiée ; *Landgericht Bamberg*, 23 oct. 2006, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/061023g1.html> ; *Tribunale di Padova*, 25 févr. 2004, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases/2/040225i3.html> ; *Landgericht Saarbrücken*, 2 juill. 2002, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases/2/020702g1.html> ; *Oberlandesgericht Rostock*, 10 oct. 2001, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases/2/011010g1.html> ; *Tribunale di Vigevano*, 12 juill. 2000, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000712i3.html> ; *Kantonsgericht Nidwalden*, 3 déc. 1997, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/971203s1.html> ; *Oberlandesgericht Hamm*, 9 juin 1995, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950609g1.html> ; *Landgericht Landshtut*, 5 avr. 1995, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950405g1.html>.

La référence d'une partie dans ses conclusions à la loi interne non uniforme d'un Etat contractant – même si cela représente théoriquement une certaine preuve de l'intention de choisir la loi interne de cet Etat – n'implique pas l'exclusion automatique de la CVIM. Il faut supposer que les parties désiraient exclure l'application de la Convention seulement s'il apparaît de façon non équivoque qu'elles étaient conscientes de son applicabilité mais qu'elles ont néanmoins insisté pour ne se référer qu'à une loi interne et non uniforme. Dans le cas présent, les arguments des parties ne font pas apparaître qu'elles avaient conscience de ce que la CVIM était la loi applicable [...] ; nous ne pouvons, dès lors, conclure qu'elles désiraient implicitement exclure l'application de la Convention en choisissant de se référer uniquement à la loi interne italienne » (150).

La Cour de cassation française, a cependant adopté une position diamétralement opposée (151). D'après une jurisprudence constante, elle considère comme une exclusion implicite de la CVIM le fait que les parties ne fondent leurs conclusions que sur le Code civil français, et ceci indépendamment de l'existence d'une quelconque indication de ce que les parties étaient conscientes de l'applicabilité de la CVIM. C'est probablement l'exemple le plus flagrant de la tendance d'une juridiction à lire la CVIM d'une façon qui lui permet, en définitive, d'appliquer son propre droit matériel.

V. — LA TENDANCE INSULARISTE DÉPASSÉE

Même s'il a été suggéré que de nombreuses juridictions succombent à la tendance insulariste (152), la situation ne doit pas être dramatisée. Il y a de nombreuses décisions qui se conforment à l'obligation de tenir compte du caractère international de la CVIM et

(150) *Tribunale di Vigevano*, 12 juill. 2000, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000712i3.html>.

(151) Civ. 1^{re}, 25 oct. 2005, n° 99-12879, Rev. crit. DIP 2006. 373, note D. Bureau ; RDC 2006. 515, obs. P. Deumier, disponible sur : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechExpJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007052738&fastReqId=604384753&fastPos=1> ; Civ. 1^{re}, 26 juin 2001, n° 99-16.118, Rev. crit. DIP 2002. 93, note H. Muir Watt ; D. 2001. 3607, note Cl. Witz, RTD com. 2001. 1052, obs. J.-M. Jacquet, disponible sur : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechExpJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007046247&fastReqId=572789202&fastPos=3>.

(152) V., récemment, Sheaffer, *op. cit.*, p. 477.

évitent d'avoir recours à des notions internes pour interpréter la CVIM. Cela vaut également pour les Etats-Unis où une tendance similaire se déduit aisément de quelques décisions. Par exemple, dans une affaire *St. Paul Guardian Insurance Co. et al. v. Neuromed Medical Systems & Support GmbH, et al.*, il est indiqué que « la CVIM vise à uniformiser les transactions du commerce international, en utilisant des termes simples, non spécifiques » (153), ce qui est clairement incompatible avec la tendance insulariste. Dans *MCC-Marble Ceramic Center, Inc. v. Ceramica Nuova D'Agostino, S.p.A.*, la nécessité de s'abstenir de lire la CVIM comme un ensemble de notions internes est abordée plus directement, où il a été considéré que « les juridictions appliquant la CVIM ne peuvent pas [...] y substituer des principes familiers de droit interne lorsque la Convention appelle un résultat différent » (154). Ce raisonnement constitue le fondement d'autres décisions des tribunaux américains, comme *Geneva Pharmaceuticals Tech. Corp. v. Barr Labs. Inc.* (155) dans laquelle il a été décidé que « la jurisprudence liée au Uniform Commercial Code n'est pas *en elle-même* applicable aux affaires régies par la CVIM » (156), et dans l'arrêt *Calzaturificio Claudia S.n.c. v. Olivieri Footwear Ltd.*, les juges ont expressément indiqué que « bien que la CVIM soit similaire au *Uniform Commercial Code* relativement à certaines dis-

(153) *St. Paul Guardian Insurance Co. et al. v. Neuromed Medical Systems & Support GmbH et al.*, U.S. District Court for the Southern District of New York, 26 mars 2002, disponible sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020326u1.html>. Plus récemment, v. aussi *Forestal Guarani S.A. v. Davos International, Inc.*, United States Court of Appeals (3rd Circuit), 21 juill. 2010, disponible sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/100721u1.html>, où le tribunal se réfère à la nécessité de tenir compte du caractère international de la CVIM et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application pour l'interprétation de CVIM.

(154) *MCC-Marble Ceramic Center, Inc. v. Ceramica Nuova D'Agostino, S.p.A.*, U.S. Circuit Court of Appeals (11th Circuit), 29 juin 1998, disponible sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980629u1.html>.

(155) *Geneva Pharmaceuticals Tech. Corp. v. Barr Labs. Inc.*, U.S. District Court for the Southern District of New York, 10 mai 2002, disponible sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020510u1.html>.

(156) *Geneva Pharmaceuticals Tech. Corp. v. Barr Labs. Inc.*, U.S. District Court for the Southern District of New York, 10 mai 2002, disponible sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020510u1.html> ; dans le même sens, v. récemment *Hilatunas Miel, S.L. v. Republic of Iraq*, U.S. District Court for the Southern District of New York, 20 août 2008, disponible sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080820u1.html#c> ; *Genpharm Inc. v. Pliva-Lachema A.S.*, U.S. District Court for the Eastern District Court of New York, 19 mars 2005, disponible sur : <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases/2/050319u1.html> ; *Chicago Prime Packers, Inc. v. Northam Food Trading Co., et al.*, U.S. District Court, Northern District of Illinois, Eastern Division, 21 mai 2004, disponible sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040521u1.html> ; *Orbisphere Corp. v. United States*, U.S. Court of International Trade, 24 oct. 1989, disponible sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/891024u1.html>.

positions, elle diffère du *Uniform Commercial Code* quant aux autres, y compris en ce qui concerne l'exigence d'un écrit pour une transaction de vente de marchandises et concernant la règle de *parole évidence* du *Uniform Commercial Code*. Lorsque des dispositions centrales sont incompatibles, il serait inapproprié d'appliquer la jurisprudence du *Uniform Commercial Code* pour interpréter des contrats régis par la CVIM » (157).

Les juridictions européennes se sont également conformées à l'obligation de ne pas interpréter la CVIM à la lumière du droit interne, mais plutôt en tenant compte de son caractère international. Dans une affaire suisse de 1993, un tribunal de première instance a même jugé expressément que la CVIM « est supposée être interprétée de manière autonome et non à travers le prisme du droit interne du for considéré. En conséquence, [...] il n'est généralement pas déterminant que la Convention soit formellement appliquée en tant que loi interne d'un Etat ou d'un autre, puisqu'elle doit être interprétée de manière autonome et en considération de son caractère international » (158). Une référence expresse à la nécessité d'interpréter la CVIM de manière autonome se retrouve aussi dans une affaire suisse plus récente (159) ainsi que dans une affaire espagnole (160), une affaire autrichienne (161) et une série de décisions italiennes récentes

(157) *Calzaturificio Claudia S.n.c. v. Olivieri Footwear Ltd.*, U.S. District Court, Southern District of New York, 6 avr. 1998, disponible sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/941005b1.html>.

(158) *Gerichtspräsident Laufen*, 7 mai 1993, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/930507s1.html>.

(159) *Handelsgericht Aargau*, 26 sept. 1997, disponible sur : <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=404&step=FullText>.

(160) V. *Audiencia Provincial de Valencia*, 7 juin 2003, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030607s4.html>, indiquant que « la doctrine affirme que le caractère international de la Convention force à une interprétation autonome de la Convention, indépendante du droit interne et dans ce but, il est nécessaire d'adopter une méthodologie différente de celle utilisée pour l'application du droit interne. Le seul moyen d'assurer l'uniformité de la Convention est de prendre en compte les décisions de tribunaux d'autres pays lors de l'application de la Convention, et de consulter des opinions d'experts qui sont des spécialistes du sujet, afin de parvenir à cette uniformité ». Sur un commentaire favorable de cette décision à l'occasion d'une discussion sur l'interprétation uniforme de la CVIM, v. Perales Viscasillas, *Spanish Case Law on the CISG*, in *Quo Vadis CISG ?*, op. cit., p. 235, 240-241.

(161) V. *Oberster Gerichtshof*, 23 mai 2005, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050523a3.html>, jugeant que « la CVIM crée du droit substantif [...] et doit être interprétée de façon autonome, conformément à l'article 7 de la CVIM. En conséquence, les discussions sur l'état du droit autrichien n'ont pas lieu d'être ».

rendues par le *Tribunale di Padova* en 2005 et 2004 (162) ainsi que par le *Tribunale di Modena* et le *Tribunale di Forlì* (163).

En Allemagne, alors que certaines juridictions se sont contentées de se référer à la nécessité d'interpréter la CVIM en considération de son caractère international et de la nécessité de promouvoir son application uniforme (164), d'autres juridictions sont allées plus loin. Par exemple, en 1996, la Cour suprême allemande a expressément jugé que « la CVIM est différente du droit interne allemand, dont les dispositions et principes spéciaux sont, par essence, non applicables à l'interprétation de la CVIM (art. 7 CISG) » (165). Et c'est ce raisonnement qui a conduit la Cour d'appel de Karlsruhe à juger que « les notions juridiques allemandes telles que "*Fehler*" et "*zugesicherte Eigenschaften*" ne peuvent en conséquence pas être transposées à la CVIM » (166). Plus récemment, en 2005, la Cour suprême allemande a jugé que « dans la mesure où la Cour d'appel s'est référée à [une série de] jugements [allemands] [...] dans son analyse visant à déterminer, si, au moment où les risques ont été transférés, la viande délivrée était conforme au contrat au sens des articles 35 et 36 de la CVIM, elle n'a pas tenu compte du fait que ces décisions ont été rendues avant que la CVIM n'entre en vigueur en Allemagne et s'est référée au paragraphe 459 BGB [...]. Les principes développés à ce propos ne peuvent pas être purement et simplement appliqués dans le cas présent, bien que la position factuelle – la suspicion de ce que des denrées alimentaires impliquées dans le commerce transfrontalier sont dangereuses pour la santé – soit similaire. Il est nécessaire de tenir compte dans l'interprétation de la CVIM, de son caractère international et de la nécessité de promouvoir son

(162) *Tribunale di Padova*, 11 janv. 2005, disponible sur : <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=1005&step=FullText> ; *Tribunale di Padova*, 25 févr. 2004, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040225i3.html>.

(163) *Tribunale di Forlì*, 26 mars 2012, disponible sur <http://www.globalsaleslaw.org/content/api/cisg/urteile/2336.pdf> (publiée avec date erronée) ; *Tribunale di Forlì*, 16 févr. 2009, disponible sur <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/090216italian.pdf> ; *Tribunale di Forlì*, 11 déc. 2008, disponible sur <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/081211i3italian.pdf> ; *Tribunale di Modena*, 9 déc. 2005, disponible sur : <http://www.cisg-online.ch/cisg/urteile/1398.pdf>.

(164) V., par ex., *Oberlandesgericht Frankfurt*, 20 avr. 1994, disponible sur : <http://www.cisg-online.ch/cisg/urteile/125.htm>.

(165) *Bundesgerichtshof*, 3 avr. 1996, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/960403g1.html>.

(166) *Oberlandesgericht Karlsruhe*, 25 juin 1997, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/970625g1.html>.

application uniforme et d'assurer la protection de la bonne foi dans le commerce international (art. 7(1) de la CVIM) » (167).

Les tribunaux arbitraux se sont également référés à la nécessité de prendre le caractère international de la CVIM en considération. Dans une affaire, un tribunal arbitral a, après avoir résolu le problème de savoir si l'article 35(2)(a) de la CVIM oblige le vendeur à délivrer des marchandises de qualité moyenne ou raisonnable, jugé que la solution à laquelle il était parvenu « respecte l'article 7(1) de la CVIM imposant de tenir compte du caractère international de la CVIM et de sa réticence à s'appuyer directement sur des notions fondées sur le droit interne » (168).

VI. — CONCLUSION

Comme la Partie précédente le démontre, il y a des juridictions qui ne tombent pas dans le piège de la « tendance insulariste » qui « conduit les tribunaux soit à négliger le droit non interne, soit à supposer que les interprétations “internationales” correspondent aux interprétations internes » (169). Néanmoins, aussi longtemps que la tendance insulariste constituera une sorte de « réflexe » (170) plus au moins automatique des interprètes, c'est-à-dire aussi longtemps que les interprètes ne pourront pas « débarrasser [leur] esprit de présuppositions dérivées de traditions internes » (171), l'uniformité désirée par les rédacteurs de la CVIM sera tout autant en péril que son succès, du moins si l'on mesure son succès à l'aune du niveau d'uniformité atteint (172). Mais

(167) *Bundesgerichtshof*, 2 mars 2005, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/050302g1.html>.

(168) *Nederlands Arbitrage Instituut*, sentence arbitrale n° 2319, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/021015n1.html>.

(169) Gillette, Scott, *op. cit.*, p. 472.

(170) V., Halverson Cross, *op. cit.*, p. 136 ; Harjani, *The Convention on Contracts for the International Sale of Goods in United States Courts*, 23 *Hous. J. Int'l L.* 49, 50 (2000) ; Honnold, *The Sales Convention in Action*, *op. cit.*, p. 208 ; Sondahl, *Understanding the Remedy of Price Reduction – a Means to Fostering a More Uniform Application of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 7 *Vindobona J.* 255, 274 (2003) ; van Alstine, *op. cit.* p. 693.

(171) Honnold, *Uniform Law for International Sales*, *op. cit.*, p. 476 ; v. aussi Flam-bouras, *The Doctrines of Impossibility of Performance and clausula rebus sic stantibus in the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law : A Comparative Analysis*, 13 *Pace Int'l L. Rev.* 261, 266-267 (2001).

(172) V., par ex., Tuggey, *op. cit.*, p. 544, affirmant que « l'un des véritables tests du succès de la CVIM en tant qu'instrument de droit uniforme sera la mesure dans

comment éviter « la force de gravité de la “tendance insulariste” » (173) ? Certaines des raisons qui peuvent à terme favoriser la tendance insulariste dans le cadre de la CVIM sont intrinsèquement liées à la CVIM elle-même et, ainsi, ne peuvent être combattues, car il est peu probable que la CVIM ne fasse l’objet d’une révision dans le futur. Cela vaut, par exemple, pour les « critères vagues [qui] envahissent la CVIM » (174). Le fait même que la CVIM utilise (un nombre conséquent de) critères vagues (175) facilite le recours à des critères internes à des fins d’interprétation (176) beaucoup plus qu’un texte qui serait plus spécifique et contiendrait originellement un certain nombre de définitions (177). En réalité, plus un instrument de droit uniforme offre une explication détaillée de ses propres termes, plus la tâche sera

laquelle elle peut implicitement permettre des variations nationales dans son application ». Sur une mesure différente du succès de la CVIM, v. Gillette, Scott, *op. cit.*, p. 447, article dans lequel l’auteur suggère que le succès de la CVIM doit être mesuré à l’aune de ce que les règles de la CVIM « font pour les parties ce que les parties ne peuvent aussi facilement faire pour elles-mêmes » et, en conséquence, conduit les parties à ne pas vouloir se délier (« *opt out* ») de la CVIM (*Idem* p. 454).

(173) Flechtner, *Recovering Attorneys’ Fees*, *op. cit.*, p. 146.

(174) Gillette, Scott, *op. cit.*, p. 474.

(175) Pour des exemples, v. par ex., Gillette, Scott, *op. cit.*, p. 474 s.

(176) V. aussi Bell, Review of « International Sales Law : A Critical Analysis of CISG Jurisprudence », *Bar News* 105 (2005/2006), soutenant que « la terminologie ambiguë [de la CVIM], cependant, conduit à de possibles divergences d’interprétation, ce qui est un anathème pour une Convention qui a été adoptée afin de promouvoir l’uniformité et la sécurité dans un important domaine du droit commercial » ; Note, *Unification and Certainty : The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 97 *Harv. L. Rev.* 1984, 1999 (1984), soutenant que « des règles imprécises autorisent une interprétation judiciaire guidée par diverses doctrines nationales et valeurs ».

(177) Il suffit de rappeler que la CVIM ne définit pas, par exemple, le contrat de vente, comme il est souvent rappelé, à la fois dans la doctrine (v. Bell, *The Sphere of Application*, *op. cit.*, p. 250 ; Chiomenti, *op. cit.*, 2005, p. 141, 142 ; Grieser, *Die Behandlung von atypischen Kaufverträgen im UN-Kaufrecht*, 2004, p. 35 ; Kahn, *Qu’est-ce que la vente ?*, *RD aff. int.* 2001. 241, 242 Niemann, *Einheitliche Anwendung des UN-Kaufrechts in Italienischer und deutscher Rechtsprechung und Lehre : Eine Untersuchung zur einheitlichen Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe und interner Lückenfüllung im CISG*, 2006, p. 82 ; Richards, *op. cit.*, p. 227) et dans la jurisprudence (v., par ex., *Tribunale di Padova*, 11 janv. 2005, disponible sur : <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=1005&step=FullText> ; *Tribunale di Padova*, 25 févr. 2004, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040225i3.html> ; *Tribunale di Rimini*, 26 nov. 2002, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021126i3.html> ; *Kantonsgericht Schaffhausen*, 25 févr. 2002, disponible en anglais sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020225s1.html> ; Cour d’appel de Colmar, civ. 1^{re}, sect. A, 12 juin 2001, disponible sur : <http://www.cisg.fr/decision.html?lang=fr> ; Tribunal cantonal de Vaud, cour civile, 11 mars 1996, disponible sur : <http://www.cisg-online.ch/cisg/urteile/333.pdf>), que la CVIM ne définit pas non plus le terme « marchandises » (a ce propos v., par ex., Bailey, *op. cit.*, p. 306 ; Niemann, cette note, p. 89 ; Rudolph, *Kaufrecht der Export- und Importverträge - Kommentierung des UN-übereinkommens über internationale Warenkaufverträge mit Hinweisen für die Vertragspraxis*, 1996, p. 103 ; Wulf, *UN-Kaufrecht und e-Commerce. Problembereiche bei der Anwendung des Wiener Übereinkommens auf Internet-Verträge*, 2003, p. 37).

compliquée pour un interprète d'y lire des concepts juridiques internes. Par ailleurs, étant donné que la CVIM est le fruit de nombreux compromis (178), « des ambiguïtés inhérentes aux dispositions mêmes de la CVIM » (179) sont propices au recours à des préconceptions de droit interne.

Dans ces circonstances, que faire pour éviter la tendance insulariste, puisqu'un amendement de la CVIM n'est pas envisageable ? Bien évidemment, comme suggéré précédemment le recours au propre droit interne de formation est un réflexe automatique (180) (résultant d'un processus inconscient) (181), le recours à des « hypothèses et conceptions de base dont sont imprégnés les juges et avocats durant leur formation intellectuelle » (182) ne peut être évité. Cela ne signifie pas pour autant qu'il n'existe aucune solution pour corriger l'effet perturbateur de la tendance insulariste sur l'uniformité visée par la CVIM. Il nous semble que la solution réside dans un changement de ces hypothèses et conceptions de base. Si les interprètes sont d'emblée, c'est-à-dire pendant leur formation intellectuelle, avertis du fait qu'ils opèrent dans un système juridique composé de plusieurs couches de règles gouvernant la vente de marchandises, dont la CVIM fait partie, et que ces couches doivent être distinguées car elles diffèrent les unes des autres, quand – par réflexe – ils auront recours à leurs hypothèses et conceptions de base, les interprètes recourront également à la CVIM. En d'autres termes, la CVIM doit devenir partie intégrante des hypothèses et conceptions de base de droit interne afin d'éliminer l'effet perturbateur du recours aux hypothèses et conceptions de bases du droit purement interne de formation. Afin d'atteindre ce résultat, les programmes des facultés de droit (183) ainsi que les manuels devront être modifiés pour incorporer l'étude de la CVIM. Cela ne sera évidemment pas une tâche aisée et, en conséquence, un temps d'adaptation sera nécessaire avant que les effets perturbateurs de la tendance insulariste visibles aujourd'hui soient entièrement éliminés.

(178) V. *supra* le texte accompagnant la note 30.

(179) Tuggey, *op. cit.*, p. 554.

(180) V. le texte accompagnant les notes 59 et 170.

(181) Harjani, *op. cit.*, p. 70.

(182) Harjani, *op. cit.*, p. 70 ; proposant une définition similaire de la tendance insulariste, v. Schwenzler, National Preconceptions that Endanger Uniformity, *Pace Int'l L. Rev.* 103, 103 (2007).

(183) Sur une analyse des effets du défaut d'incorporation de la CVIM dans le curriculum des facultés de droit, v. Dogde, *op. cit.*, p. 72 s. Sur l'intégration des perspectives juridiques transnationales dans le curriculum des facultés de droit en général, v. Association of American Law Schools, Workshop on Integrating Transnational Legal Perspectives Into the First Year Curriculum (4 janv. 2006), sur : <http://www.aals.org/am2006/program/transnational/index.html>.