

LES LIMITES DE L'UNIFORMISATION MATÉRIELLE DU DROIT DE LA VENTE INTERNATIONALE

Mise en œuvre de la Convention des Nations-Unies du
11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises
dans le contexte juridique suisse

Sylvain Marchand



Helbing & Lichtenhahn
Faculté de Droit de Genève



COLLECTION GENEVOISE

Les limites de l'uniformisation matérielle du droit de la vente internationale

Mise en œuvre de la Convention des Nations Unies
du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises
dans le contexte juridique suisse



COLLECTION GENEVOISE



COLLECTION GENEVOISE

Sylvain Marchand

**Les limites de l'uniformisation matérielle
du droit de la vente internationale**

Mise en œuvre de la Convention des Nations Unies
du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises
dans le contexte juridique suisse

Helbing & Lichtenhahn
Bâle et Francfort-sur-le-Main 1994

Faculté de Droit de Genève

Catalogage en publication de la Deutsche Bibliothek

Marchand, Sylvain:

Les limites de l'uniformisation matérielle du droit de la vente

internationale : mise en œuvre de la Convention des Nations

Unies du 11 avril 1980 sur la vente internationale de

marchandises dans le contexte juridique suisse / Sylvain

Marchand. Faculté de Droit de Genève. – Bâle ; Francfort-sur-le-

Main : Helbing et Lichtenhahn, 1994.

(Collection genevoise)

Zugl.: Genf, Univ., Diss.

ISBN 3-7190-1373-1

Thèse N° 696 de la Faculté de Droit de l'Université de Genève

Tous droits réservés. L'œuvre et ses parties sont protégées par la loi. Toute utilisation
en dehors des limites de la loi demande l'accord préalable de l'éditeur.

ISBN 3-7190-1373-1

Numéro de commande 210 1373

© 1994 by Helbing & Lichtenhahn, Bâle

Remerciements

Je remercie les professeurs Herbert Schönle et Gilles Petitpierre, qui furent mes directeurs de thèse. Ma reconnaissance s'adresse également aux professeurs Andreas Bucher et Walter Stoffel, qui m'ont fait part de leurs précieuses observations au sujet de mon manuscrit. Enfin, l'élaboration de cette thèse n'eût pas été aussi joyeuse sans l'atmosphère conviviale du département de droit civil et commercial de l'Université de Genève. Que ceux qui y participèrent en soient ici remerciés.

Sylvain Marchand

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS	5
---------------------	---

TABLE DES ABREVIATIONS	13
------------------------------	----

INTRODUCTION

L'ambition de l'uniformisation	17
A. L'émergence d'un droit privé mondial	19
B. Une unification chaotique	23
C. Une unification fragmentaire	26
D. Une unification perturbatrice	30
E. Une unification bénéfique	31

PREMIERE PARTIE

Droit de la vente internationale: droit unifié ou droit morcelé?	35
--	----

I. LES SOURCES DU DROIT DE LA

VENTE INTERNATIONALE	37
A. Sources nationales et internationales	37
B. Sources «anationales»	40
C. Un labyrinthe de règles	44

II. DROIT NATIONAL OU DROIT INTERNATIONAL: LE CRITERE DE DEMARCATIION DE L'EXTRANEITE

A. Le critère de l'extranéité du contrat en général	46
<i>a. Rôle du critère de l'extranéité dans un système de règles de conflit</i>	46
<i>b. Le silence des textes</i>	48
B. Le critère de l'extranéité du droit uniforme	53
<i>a. Le critère de l'établissement des parties</i>	53
<i>b. Le critère du droit uniforme comme critère suffisant mais non nécessaire de l'extranéité du contrat</i>	63
C. Conclusion	67

III. DROIT CONVENTIONNEL OU REGLES DE CONFLIT:	
LA NOTION DE VENTE DE MARCHANDISES	69
A. Nature du contrat: du concept de vente	69
<i>a. Du principe et de sa périphérie</i>	69
<i>b. Contrats faisant l'objet de dispositions expresses en</i> <i>droit suisse</i>	71
<i>c. Contrats innommés et documents précontractuels</i>	77
B. Objet du contrat: du concept de marchandises	86
C. Conclusion	92
IV. DROIT CONVENTIONNEL OU DROIT ETRANGER: LE	
ROLE DU FACTEUR PERSONNEL	93
A. Le facteur personnel.....	93
<i>a. Fonction des critères d'application personnels dans</i> <i>la délimitation des sources</i>	93
<i>b. Application «autonome» des règles conventionnelles:</i> <i>une autonomie relative</i>	94
<i>c. Application dépendante des règles de la Convention:</i> <i>une logique autonome</i>	97
<i>d. Application d'un droit national étranger par un juge</i> <i>suisse</i>	100
B. La prise en compte des réserves étrangères	
par le juge suisse.....	103
<i>a. Réserves prévues par le droit uniforme</i>	103
<i>b. Prise en compte par le juge suisse d'une réserve au</i> <i>sens de l'article 95 CV</i>	106
<i>c. Prise en compte par le juge suisse d'une réserve au</i> <i>sens de l'article 92 CV</i>	113
<i>d. Prise en compte par le juge suisse d'une réserve au</i> <i>sens de l'article 96 CV</i>	115
C. Conclusion	119
V. AUTONOMIE DE LA VOLONTE ET LIBERTE CONTRAC-	
TUELLE DES PARTIES	121
A. Dualité de l'article 6 CV	121
B. Casuistique	125
<i>a. Exclusion de la Convention</i>	125
<i>b. Le choix du droit d'un Etat contractant</i>	130
<i>c. Le choix du droit d'un Etat non contractant</i>	136

d. <i>Le choix de la Convention</i>	137
e. <i>La référence à un système normatif privé ou anational</i>	142
C. Conclusion	146
VI. ESSAI DE RECAPITULATION GRAPHIQUE	148

DEUXIEME PARTIE

La façade de l'uniformisation: fenêtres et lézardes	153
---	-----

I. LE DROIT UNIFORME ET SON INSERTION DANS LE DROIT NATIONAL: ENTRE COMPETITION ET COMPLEMENTARITE.....	155
A. Autonomie internationale et réception nationale	155
B. Insuffisances, silences et limites du droit uniforme	157
a. <i>L'interprétation de la Convention, ou le triomphe de l'autonomie</i>	158
b. <i>Les lacunes de la Convention, ou le principe de la priorité du droit uniforme</i>	161
c. <i>Les questions non régies par le droit uniforme, ou les limites de l'uniformisation</i>	168
C. Complémentarité et concurrence du droit uniforme et du droit national supplétif	174
D. Conclusion	179
II. L'IMPOSSIBILITE INITIALE OBJECTIVE: ENTRE HARMONISATION INTERNATIONALE ET SYSTEMATIQUE LEGALE.....	181
A. L'impératif d'uniformisation internationale du droit de la vente.....	181
a. <i>La thèse de la validité du contrat initialement impossible</i>	181
b. <i>Le contrat initialement impossible comme cas d'inexécution</i>	186
B. L'impératif de cohérence de l'ordre juridique des Etats contractants.....	190
a. <i>Les limites du pouvoir de la doctrine</i>	190

<i>b. Réfutation de la thèse de la validité du contrat initialement impossible</i>	192
<i>c. Inopportunité de la thèse de la validité du contrat initialement impossible</i>	197
C. Conclusion	202
III. ILLICITE ET CONTRARIETE AUX BONNES MOEURS: ENTRE NATIONALISME ET UNIVERSALITE	
A. Un déficit d'uniformisation	204
<i>a. L'uniformisation compromise: constat et interrogation</i>	204
<i>b. L'article 20 alinéa 1 deuxième et troisième hypothèse dans le contexte du droit uniforme</i>	207
B. L'application des règles impératives nationales	211
<i>a. Les règles impératives du droit national supplétif</i>	211
<i>b. L'application du droit impératif n'appartenant pas à la lex causae</i>	217
C. La sanction de la nullité et ses conséquences	220
<i>a. Dispositions impératives n'impliquant pas la nullité du contrat</i>	220
<i>b. Conséquences de la nullité totale ou partielle du contrat</i>	221
D. Conclusion	224
IV. LES MOYENS DE DROIT A LA DISPOSITION DES PARTIES ET LEURS SOURCES CONCURRENTES	
A. Le domaine de l'uniformisation	226
<i>a. Formation du contrat de vente</i>	226
<i>b. Droits et obligations découlant du contrat</i>	228
B. Le droit formateur à l'invalidation du contrat en cas de vice de consentement	231
<i>a. Applicabilité des règles nationales</i>	231
<i>b. Champ d'application concurrent du droit uniforme et des règles suisses sur l'erreur essentielle et le dol</i>	234
<i>c. Les moyens de droit accordés respectivement par le droit uniforme et par le droit national</i>	241
<i>d. La question du concours</i>	251
C. Les autres sources d'obligations	258
<i>a. La responsabilité civile</i>	258

<i>b. La loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits</i>	268
<i>c. La responsabilité précontractuelle</i>	273
D. Conclusion	280
V. LA PRESCRIPTION DES DROITS DECOULANT DU CONTRAT: TALON D'ACHILLE DE L'UNIFORMISATION?	283
A. Bases légales	283
B. Application abrupte de l'article 210 CO	286
C. Adaptation de l'article 210 CO	289
D. L'abandon de l'article 210 CO dans le contexte du droit uniforme	291
E. Conclusion	294
CONCLUSION GENERALE	297
BIBLIOGRAPHIE	305
INDEX	325

TABLE DES ABREVIATIONS

AJCL	The American Journal of Comparative Law, Berkeley
al.	alinéa(s)
ASDI	Annuaire suisse de droit international
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral, Lausanne
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch, Code civil allemand du 18 août 1896
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (amtliche Sammlung)
BJM	Basler Juristische Mitteilungen, Bâle
cass civile	Cassation civile
CCI	Chambre de commerce internationale
CCS	Code civil suisse du 10 décembre 1907
Cf.	voir, comparer
CGR	Convention de Genève sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises, du 17 février 1983
chap.	chapitre
CISG	United Nations Convention on Contract for the international Sale of Goods (= CV)
CLH-1955	Convention de La Haye sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels, du 15 juin 1955
CLH-1986	Convention de La Haye sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises, du 22 décembre 1986
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (= UNCITRAL)
CO	Code des Obligations du 30 mars 1911
CPMVI	Convention de New York sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises de 1974
CR	Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles, du 19 juin 1980

CV	Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale marchandises du 11 avril 1980
CVVI	voir CV
CNY	Convention de New York des Nations Unies sur la prescription dans les ventes internationales de marchandises
CVDT	Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités
DPCI	Droit et pratique du commerce international
EAG	Einheitliches Gesetz über Abschluss von internationalen Kaufverträgen über bewegliche Sachen vom 17.7.1973 (= LUFC)
éd	éditeur/édition.
EG-BGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EKG	Einheitliches Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen vom 17. 7. 1973 (= LUVI)
FF	Feuille fédérale
FJS	Fiches juridiques suisses
Hrsg	Herausgeber
JT	Journal des tribunaux, Lausanne
ICC	International Chamber of Commerce (= CCI)
ICLQ	The International and Comparative Law Quarterly, Londres
in:	dans
Incoterms	International commercial terms, publiés par la CCI, dernière édition 1990.
infra	ci-dessous
IPRax	Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts, Bielefeld
JDI	Journal du droit international, Paris
JOCE	Journal officiel des Communautés Européennes
JZ	Juristenzeitung, Tubingue
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (RS 241)
let.	lettre
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LOJ	Loi d'organisation judiciaire, Genève
LQR	The Law Quarterly review, Londres
LUFC	Loi uniforme sur la formation des contrats de vente

	internationale d'objets mobiliers corporels, adoptée lors de la Conférence de La Haye de 1964 (= EAG)
LUVI	Loi uniforme sur la vente internationale d'objets mobiliers corporels, adoptée lors de la Conférence de La Haye de 1964 (= EKG)
MDR	Monatschrift für deutsches Rechts
n°	numéro
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, Munich
OLG	Oberlandesgericht
ONU	Organisation des Nations Unies
op. cit.	ouvrage cité
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 über das Obligationenrecht
par.	paragraphe
PJA	Pratique Juridique Actuelle, Zurich
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, Tubingue
RCADI	Recueil des Cours de l'Académie de droit international, La Haye
RCDIP	Revue critique de droit international privé, Paris
RDA	République démocratique allemande
RDAl	Revue de droit des affaires internationales, Paris
RDU	Revue de droit uniforme, Rome
RdW	österreichisches Recht der Wirtschaft, Vienne
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft, Betriebsberater international, Heidelberg
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RUU	Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires
ss	et suivantes
SJ	La Semaine judiciaire, Genève
SJZ	Schweizerische Juristen- Zeitung (= RSJ), Zurich
supra	ci-dessus
TF	Tribunal fédéral
TGI	Tribunal de grande instance
TC VD	Tribunal cantonal vaudois
UCC	Uniform Commercial Code des Etats-Unis de 1952, dernier amendement en 1987
ULR	Uniform Law Review (= RDU)

UN	United Nations, Nations Unies
UNWKR	UN-Übereinkommen über den internationalen Warenkauf (= UN-Kaufrecht = CV)
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law (= CNUDCI)
UNIDROIT	Institut international pour l'unification de droit privé, Rome

INTRODUCTION

L'AMBITION DE L'UNIFORMISATION

Les obligations conventionnelles se répètent chaque jour, à chaque instant. Mais tel est l'ordre admirable de la providence qu'il n'est besoin, pour régler tous ces rapports, que de se conformer aux principes qui sont dans la raison et dans le coeur de tous les hommes.

BIGOT DE PREAMENEU, présentation du titre troisième du code civil français.

A. L'émergence d'un droit privé mondial

1. Curieuse étape de l'histoire de l'humanité que celle où des conflits ethniques, religieux et nationalistes côtoient un commerce mondialisé, des moyens de transport et de communication toujours plus sophistiqués, des techniques qui transforment le monde en «*village planétaire*»¹. On verse ici son sang pour des frontières qui, ailleurs, n'entravent plus guère le mouvement des hommes, des idées, des marchandises. L'idée d'un droit privé mondial est l'écho législatif d'une conception très évoluée du monde, dont l'avènement reste incertain. Cette idée n'est pourtant pas nouvelle: lointaine héritière du *jus gentium* romain, ce droit du «*préteur pérégrin*» à vocation universelle², elle traduit en une expression codifiée et étatique le sentiment d'une communauté de droit transcendant les frontières nationales. Ce sentiment fut de tout temps partagé par des juristes de tradition et de pensée diverses³. Le droit uniforme réalise ainsi la perspective philo-

¹ Cette expression consacrée ne recouvre-t-elle qu'une illusion qui dissimule la réalité d'un «archipel planétaire»? telle est l'opinion de Norbert ROULAND, *Aux confins du droit, Anthropologie juridique de la modernité*, éd. Odile Jacob, 1991, Paris, p. 214.

² «...le droit que la raison naturelle établit entre tous les hommes est observé de la même manière par tous les peuples et s'appelle droit universel, droit dont toutes les nations font usage» (Gaius, *Institutiones* I, 1 (D. 1. 1. 9), cité par SCHMIDLIN/CANNATA, Tome I, Chapitre I 1.). Sur la parenté lointaine entre *jus gentium* romain et droit uniforme, voir LUTHER L. MCDUGAL III, p. 521. Sur le *jus gentium* comme droit souhaitable voir VILLEY *Considérations intempestives sur le droit des gens*, in: *Archives de philosophie du droit*, Tome 32, Le droit international, éd. Sirey 1987, p. 13.

Le *jus gentium* romain n'a pas survécu aux invasions barbares et à l'instauration du système de la personnalité des lois (MAYER, n°11). Il reste pourtant pour l'école du droit naturel «une sorte d'effluve, de réminiscence dans nos pensées» (VILLEY, *op. cit.*, p. 19).

³ Ce sentiment commun s'inscrit dans des systèmes de pensée très différents. Parmi les plus prestigieux, citons KANT, qui recherchait le «principe universel du droit», selon lequel «est juste toute action qui permet ou dont la maxime permet à la liberté de l'arbitre de tout un chacun de coexister avec la liberté de tout autre suivant une loi universelle.» (KANT, *Métaphysique des moeurs*, première partie, *Doctrine du droit*, Introduction à la doctrine du droit, par. C, Librairie philosophique J. Vrin Paris 1986, p. 104), et SAVIGNY, qui basait sa réflexion sur la «communauté du droit entre les différents peuples» (BUCHER A., *Grundfragen*, p.

sophique de Giambattista Vico⁴, qui soulignait dans son système de philosophie de l'histoire l'émergence possible d'un «*droit naturel des nations unies ensembles*», qui serait le «*droit du genre humain*».

2. Le XX^{ème} siècle marquera cependant dans l'histoire du droit l'aube d'une mise en oeuvre de cette perspective, rendue nécessaire par un spectaculaire accroissement des relations internationales privées, et possible par l'effort soutenu d'organismes⁵ tels que l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT)⁶ et la Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international (CNUDCI)⁷. Le droit des obligations est fortement impliqué dans

4; MAYER, n°70). Voir par ailleurs les auteurs cités par DEL VECCHIO, Humanité et unité du droit, Essai de philosophie juridique, p. 287.

Cette traditions universaliste trouve aujourd'hui sa concrétisation à travers deux phénomènes juridiques très présents en matière de commerce international: le renouveau de la «*lex mercatoria*» et l'évolution du droit uniforme.

⁴ VICO Giambattista, Principes de la philosophie de l'histoire, traduit de la «*Scienza nuova*», Bibliothèque de Cluny-le trésor, A. Colin, Paris, 1963.

⁵ Pour un panorama général des organisations publiques ou privées, à vocation universelle ou régionale, jouant un rôle dans l'unification internationale du droit, cf. KROPHOLLER, Chapitre II.

⁶ C'est sous les auspices d'UNIDROIT que furent élaborés, dès 1931, les premiers projets d'unification matérielle du droit de la vente internationale. Interrompus par la seconde guerre mondiale, ces travaux furent repris dès 1951 dans le cadre d'une conférence convoquée par le gouvernement néerlandais. La conférence nomma une commission spéciale chargée de réactualiser le projet d'UNIDROIT. Cette réactualisation aboutit aux Conventions de La Haye de 1964 portant loi uniforme sur la vente et sur la formation des contrats de vente internationale d'objets mobiliers corporels. Cf. MESSAGE, n°121 et 122.

⁷ La CNUDCI (= UNCITRAL) fut créée par une résolution des Nations Unies dans le but de «*promouvoir l'harmonisation et l'unification du droit commercial international*» (Résolution 2205 de l'Assemblée Générale du 17 décembre 1966). Sensible au manque d'adhésion suscité par les lois uniformes de La Haye de 1964, la CNUDCI entreprit de reprendre l'effort d'unification internationale du droit matériel de la vente sur bases nouvelles. Ces travaux aboutirent à la Conférence diplomatique convoquée à Vienne par l'Assemblée Générale des Nations Unies du 10 mars au 11 avril 1980. C'est au terme de cette conférence que fut adoptée la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises. Cf. MESSAGE, n°123; HONNOLD, The United Nations Commission in International Trade Law: Mission and Methods; KAZUAKI, The role of Uncitral.

ce processus d'unification internationale encore balbutiant: après la réglementation uniformisée des transports par air, par mer, par chemin de fer, du trafic postal, du droit de change et du droit du chèque⁸, l'élaboration et le succès de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises constitue un immense pas en avant vers cette unification internationale du droit privé, et démontre qu'entre l'arbitraire du territorialisme⁹ et les dangers de l'impérialisme¹⁰, l'avenir est à l'unification conventionnelle du droit matériel international¹¹.

3. L'étude de ce droit uniforme en pleine croissance échappe aux catégories traditionnelles de la science juridique: «*Es liegt nahe, das internationale Einheitsrecht als selbständigen Zweig der Rechtswissenschaft anzusehen, da es von keinem der genannten Nachbargebiete in seiner ganzen Breite erfasst wird*»¹². Proche du droit civil par son caractère de droit matériel¹³, il s'en échappe par sa source convention-

⁸ Pour une vision plus large des sources du droit uniforme, cf. ZWIEGERT/KROPHOLLER, Sources du droit uniforme international, A.W. Sijthoff-Leiden, 1971.

⁹ Arbitraire dénoncé par PASCAL, Pensées, article V, à travers cette formule classique: «Plaisante justice qu'une rivière borne! Vérité au deçà des Pyrénées, erreur au delà.» ou, dans le même esprit, par MONTAIGNE, Essais II. 12: «Quelle vérité est-ce que ces montagnes bornent, qui est mensonge au monde qui se tient au delà?».

¹⁰ Si la «Pax Romana» fut certes un facteur d'unification du droit, elle ne saurait constituer le modèle souhaitable d'une unification future du droit privé. Plus proche de nous, les Conventions de La Haye de 1964 portant loi uniforme sur la vente et la formation des contrats de vente internationale d'objets mobiliers corporels furent notamment critiquées pour leur caractère «totalitaire», le juge d'un Etat contractant devant l'appliquer indépendamment de tout rattachement du contrat à un Etat contractant; voir à ce sujet PELICHET, p. 30.

¹¹ Cf. KAUFMANN-KOHLER, p. 263: «D'une ère d'organisation de la coexistence des droits nationaux, on est passé à une époque d'aménagement de la coopération internationale».

¹² KROPHOLLER, p. 36; cf. également VALLINDAS p. 29: «International Uniform Law rules possess also *substantive autonomy* considering that they govern relationships not quite identical -from the substantive point of view- with those lying within the province of municipal law».

¹³ KROPHOLLER, p. 36, considère que les liens entre droit civil et droit uniforme sont si étroits que le second peut être considéré comme une branche particulière du premier.

nelle, par son objet international, et par ses solutions autonomes¹⁴: ainsi la Convention de Vienne sur la vente internationale pose-t-elle des principes d'interprétation propres à l'internationalité du contrat, tels que le principe de l'application uniforme, ou le principe de l'interprétation conforme au caractère international de la Convention (art. 7 al. 1 de la Convention¹⁵). Relevant du droit international privé par son objet international, le droit uniforme s'en éloigne par sa nature de droit matériel¹⁶: il n'entend pas résoudre les conflits de loi mais les supprimer. Si le droit international privé part de la double constatation du «morcellement juridico-politique du monde et de la mobilité croissante des personnes, des biens et des idées»¹⁷, le droit uniforme tend à faire disparaître la première proposition pour apporter une solution à la seconde.

4. Peu importe en définitive que l'étude du droit uniforme en général et du droit de la vente internationale en particulier soit une branche particulière du droit des obligations ou une branche particulière du droit international privé, l'essentiel tient en cette particularité même, qui impose au juriste une tâche originale, ainsi exprimée par

¹⁴ CHAUVÉAU, p. 578: «De toutes ces Conventions portant loi uniforme se dégage une nouvelle branche du droit, parfaitement distincte de toutes celles antérieurement existantes. Elle marque son indépendance : 1) par sa source, les Conventions et par

ses techniques d'élaboration; 2) par le milieu et les activités qu'elle régit; 3) par la nature et la valeur internationale de ses solutions».

¹⁵ Ci-après CV.

¹⁶ Encore que le droit uniforme comprenne une sous-catégorie constituée par l'unification internationale des règles de conflit: cf. KROPHOLLER, p. 32: «Einmal ist das vereinheitlichte Kollisionsrecht als besonderer Teil des internationalen Einheitsrecht auf dem Gebiet des Privatrechts anzusehen». Il s'agit alors du tronc commun du droit international privé et du droit uniforme.

¹⁷ LALIVE, Cours général de droit international privé, p. 14. Certes les internationalistes considèrent-ils que le droit international matériel est une branche du droit international privé (cf. BUCHER A., Grundfragen, p. 57 «Ihr internationaler Charakter und damit ihre Zugehörigkeit zum IPR ergibt sich daraus, dass sie ausschliesslich auf internationale Sachverhalte anwendbar sind»); LALIVE, Cours général de droit international privé, p. 48, 49). Les questions posées par le droit uniforme (conclusion du contrat, transfert des risques, conséquences d'un défaut...) relèvent cependant plus traditionnellement du champ d'investigation des civilistes.

LOOKOFKY¹⁸: «*It is now up to the lawyers to pick up the loose ends: not just to interpret the substance of the new international statute, but also to recognize its limits; to juxtapose and supplement the convention with otherwise applicable law*».

La difficulté d'une telle démarche tient aux caractéristiques propres au développement du droit uniforme de la vente, soit à son triple caractère chaotique, fragmentaire, et, dans une certaine mesure, perturbateur. L'intérêt de cette réflexion tient dans le fait que l'unification internationale du droit de la vente internationale est fondamentalement nécessaire.

B. Une unification chaotique

5. Le développement du droit uniforme, cadre général du développement du droit de la vente internationale, est chaotique de par la diversité des méthodes d'harmonisation choisies: unification matérielle ou conflictuelle, unification globale ou limitée aux situations internationales, unification absolue ou relative.

- *matérielle ou conflictuelle*. La Convention de Vienne procède d'une unification des règles matérielles de la vente. Elle tend à la suppression des conflits de lois par l'adoption d'une loi unique. Plus modeste dans son objectif est l'unification internationale des règles de conflit, qui tend à apporter une solution unique à la détermination de la loi applicable. Est ainsi en vigueur en Suisse la Convention de La Haye de 1955 sur la loi applicable aux ventes internationales d'objets mobiliers corporels¹⁹. Pour le seul domaine de la vente internationale, ces deux méthodes d'harmonisation internationale du droit coexistent en Suisse, et doivent donc être respectivement délimitées.
- *globale ou limitée*. L'unification du droit à laquelle procède la Convention de Vienne est limitée aux contrats internationaux, à l'exclusion des contrats internes²⁰. L'adoption de la Conven-

¹⁸ LOOKOFKY, p. 404.

¹⁹ RS 0.221.211.4

²⁰ Sur l'impossibilité de parvenir à une unification globale du droit de la vente, cf. HONNOLD, p. 57, n°13; BONELL in: BIANCA/BONELL, Introduction, n°2.1, qui prend

tion de Vienne implique donc une scission du régime juridique applicable à la vente dans chaque Etat contractant, le régime des contrats internes côtoyant le régime des contrats internationaux. Dans d'autres domaines, l'effort d'unification est plus global en ce qu'il tend à la suppression de la pertinence du critère d'extranéité, le régime juridique adopté internationalement se substituant aux régimes internes des Etats contractants²¹. Une telle démarche gagne en simplicité dans les rapports entre droit uniforme et droit interne, mais perd en spécificité dans la résolution des problèmes inhérents à l'internationalité.

- *absolue ou relative*. L'unification du droit est absolue lorsque le régime juridique qu'elle introduit dans les législations des Etats contractants s'impose aux juges de ces Etats indépendamment de tout rattachement de l'état de fait à un Etat contractant. Telle est la philosophie des Conventions de La Haye de 1964 portant loi uniforme sur la vente d'objets mobiliers corporels et sur la formation des contrats de vente internationale, ancêtres de la Convention de Vienne, non ratifiées par la Suisse, qui rejettent expressément les règles de droit international privé²², et qui se déclarent par ailleurs applicables aux contrats de ventes «entre des parties ayant leurs établissements sur le territoire d'Etats différents»²³, sans exiger qu'il s'agisse d'Etats contractants. Cet impérialisme de la loi unifor-

la défense de la Convention contre les critiques que cet aspect limité de l'unification du droit de la vente internationale a suscité.

Voir également l'intéressante perspective politique ouverte par le conseiller fédéral A. KOLLER in: Bulletin officiel du Conseil des Etats 1989, p. 231: «Hier tun wir einen Schnitt zur Rechtsvereinheitlichung, wir sind freilich noch lange nicht dort, wo (...) wir ja auch im internen Bereich ein internationaler Abkommen zum Landesrecht gemacht haben. Das ist hier eindeutig noch nicht der Fall, wäre aber vielleicht das Fernziel».

²¹ Tel est le cas par exemple de la Convention de Genève portant loi uniforme sur les lettres de change et billets à ordre du 7 juin 1930 (RS 0.221.554.1), ou de la Convention de Genève portant loi uniforme sur les chèques du 19 mars 1932 (RS 0.221.555.1).

²² Art. 2 EKG: «les règles de droit international privé sont exclues pour l'application de la présente loi, sauf dans les cas où celle-ci en dispose autrement».

²³ Art. 1 EKG; art. 1 EAG.

me, imprégné de l'idée optimiste selon laquelle «*la loi uniforme étant la meilleure avait une vocation universelle*»²⁴, est à la fois effrayant pour les Etats soucieux de réciprocité²⁵ et peu efficace dans sa prétention à exclure les règles de droit international privé²⁶.

L'unification du droit apportée par la Convention de Vienne est au contraire relative, en ce qu'elle n'a vocation à s'appliquer qu'aux contrats conclus entre des parties établies dans des Etats différents *contractants* (art. 1 al. 1 let. a CV), ou lorsque les règles de droit international privé désignent le droit d'un Etat contractant (art. 1 al. 1 let. b CV). Des trois types de rapports qui peuvent traditionnellement s'instituer entre le droit uniforme et les règles de conflit, soit les rapports de rejet, d'indifférence ou de soumission²⁷, les Conventions de La Haye de 1964 optaient pour le premier (rejet exprès des règles de conflit), alors que la Convention de Vienne conjugue les deux seconds (indifférence par rapport aux règles de conflit dans le cas de l'article 1 alinéa 1 lettre a CV; soumission aux règles de conflit dans le cas de l'article 1 alinéa 1 lettre b CV). Une telle solution a le mérite du respect de la réciprocité internationale. Elle a pour conséquence négative que les juges d'un Etat contractant peuvent être amenés à appliquer à un contrat de vente internationale au sens de la Convention de Vienne un autre droit que le droit uniforme, tant que celui-ci n'a pas été universellement adopté.

²⁴ BELLET, Pierre, Travaux du comité français de droit international privé, 1964-1966, p. 103, cité par PELICHET, p. 30. Cette prétention à l'universalité a notamment pour conséquence que le juge d'un Etat contractant doit appliquer systématiquement le droit uniforme, même s'il est saisi d'un contrat conclu entre des parties établies dans deux Etats non contractants, à l'encontre même de l'attente des parties auxquelles le droit uniforme est parfaitement étranger.

²⁵ Des possibilités de réserves ont pour cette raison été aménagées aux art. III, IV et V EKG, et III, IV EAG, Voir à ce sujet PELICHET, p. 30, 31; MERTENS/REHBINDER, ad art. 1/ 2 EKG, n°7 à 13.

²⁶ MERTENS/ REHBINDER, ad art. 1/2 EKG, n°5 et 6.

²⁷ PELICHET, p. 28.

C. Une unification fragmentaire

6. Le processus d'unification internationale du droit privé est fragmentaire non seulement quant aux domaines concernés par l'unification, mais également au sein de ce domaine.

Quant aux domaines faisant l'objet d'une unification internationale du droit, les plus ambitieux des juristes n'oseraient aujourd'hui proposer une unification totale du droit privé, même dans les limites du droit commercial²⁸. Cette solution, pour être techniquement la meilleure, n'en est pas moins politiquement inenvisageable à court et moyen terme. Une approche thématique s'impose donc aux promoteurs du droit uniforme. Ainsi le père spirituel du droit uniforme de la vente internationale, le juriste allemand E. RABEL, était-il soucieux de promouvoir des règles uniformes dans un domaine suffisamment circonscrit pour qu'il soit possible d'élaborer un système de droit intrinsèquement cohérent, «*ohne die allgemeinen Lehren des Obligationenrechts oder das ganze Vertragsrecht zu unifizieren*»²⁹. Les limites de cette cohérence intrinsèque lui apparaissaient néanmoins clairement, puisqu'il était conscient que le droit uniforme devait prendre racine dans un «*unendlich mannigfaches Wirrsal (verschiedener Rechte)*»³⁰. Ainsi le juge chargé d'appliquer le droit uniforme doit-il s'attendre à devoir l'insérer dans un nombre indéterminable³¹ de parties générales du droit des obligations et plus généralement d'ordres juridiques différents, qui sont ceux des droits nationaux susceptibles d'être désignés par les règles de conflit du for. La qualité substantielle du droit uniforme risque alors d'en être altérée, de même que l'esthétique d'un tableau peut être compromise par le choix de son cadre, ou l'éclat d'un joyau terni par la main qui le porte.

²⁸ KROPHOLLER, p. 344: «Ein Verfall der nationalen Zivilgesetzbücher durch das Eindringen von Einheitsrecht ist vorerst nicht zu erwarten». Voir cependant infra n°18 et 19.

²⁹ RABEL, p. 27. cf. REINHART, *Entspräche das Kaufrecht der Vereinten Nationen den Erwartungen Ernst Rabels?* p. 356.

³⁰ *ibid.*

³¹ Les possibilités de combinaison du droit uniforme et d'un droit national ne sont en effet pas limitées au nombre d'Etats contractants: la Convention peut-être applicable en vertu de l'art. 1 al. 1 let. a CV, ou en vertu du choix exprès de la Convention par les parties, alors même que les règles de conflit du for désignent le droit d'un Etat non contractant.

Par ailleurs, la coexistence d'un type de contrat réglementé par le droit uniforme et types de contrats laissés aux droits nationaux pose le problème des contrats mixtes, soumis à deux sources de droit de nature différente, faisant l'objet de principes d'interprétation différents et dont les règles peuvent parfois se trouver en conflit.

7. Au sein même du domaine juridique appréhendé par le droit uniforme, le processus d'unification reste fragmentaire: ainsi le droit uniforme de la vente internationale laisse-t-il jouer au droit national désigné par les règles de conflit du for le quadruple rôle de droit supplétif, substitutif, complétif et limitatif.

- *rôle supplétif*. Le droit national désigné par les règles de conflit du for³² est appelé à régler toutes les matières que ne «concerne pas» la Convention, selon sa propre terminologie (art. 4 CV). Le souci de RABEL de constituer un «*gleichförmiges Gesetzesrecht*»³³, limité à un «*rein schuldrechtlichen Gegenstand*»³⁴ explique historiquement l'exclusion du droit uniforme de toute question relative au transfert de la propriété de la chose vendue (art. 4 let. b CV)³⁵. Le rôle supplétif du droit national désigné par les règles de conflit intervient cependant dans des domaines purement obligationnels, tels que la validité du contrat et de chacune de ses clauses (art. 4 let. a CV), la responsabilité du fait des produits (art 5 CV), la détermination du taux des intérêts moratoires (art 74 CV). L'importance de ces questions laissées hors du champ du droit uniforme est telle (la validité du contrat n'est-elle pas le présupposé juridique de tout moyen de droit en découlant?), que le recours au droit national désigné par les

³² STOLL considère que le rattachement des questions non tranchées par le droit uniforme ne doit pas être le rattachement qui serait celui du contrat s'il n'était pas soumis au droit uniforme, mais un rattachement particulier pour chaque question posée. Cette opinion est cependant isolée, comme l'auteur l'admet lui-même (STOLL in: IPRax 1993, p. 75).

³³ RABEL, p. 31.

³⁴ RABEL, p. 36.

³⁵ Cette question particulière du transfert de propriété dans les ventes internationales fit l'objet d'une tentative d'harmonisation internationale, qui aboutit à la Convention de La Haye du 15 avril 1958 sur le droit applicable au transfert de propriété dans les ventes internationales d'objets mobiliers. Cette Convention ne fut ratifiée que par l'Italie et n'entra donc pas en vigueur. Cf. à ce sujet RabelsZ. 24 1959 p. 154.

règles de conflit ne peut plus être considéré, selon le souhait de RABEL, comme un «*unerwünschter Notbehelf*»³⁶, mais bien comme un supplément indispensable au droit uniforme.

- *rôle substitutif*. L'une des grandes vertus du droit uniforme est son souci de la liberté contractuelle, consacrée à l'article 6 CV, qui permet en particulier aux parties d'exclure en tout ou en partie l'application de la Convention de Vienne à leur contrat³⁷. L'exclusion par les parties du droit conventionnel entraîne l'application du droit national désigné par les règles de rattachement subjectif (en cas de choix d'un droit de substitution par les parties) ou objectif (en l'absence d'un tel choix³⁸). Ce rôle substitutif du droit national peut également être partiel, en cas d'exclusion par les parties de certaines dispositions de la Convention.
- *rôle completif*. Au contraire des Conventions de La Haye de 1964 portant loi uniforme sur la vente internationale d'objets mobiliers corporels et sur la formation des contrats de vente internationale³⁹, la Convention de Vienne, moins optimiste mais plus pragmatique, admet le recours subsidiaire au droit national désigné par les règles de conflit pour combler ses éventuelles lacunes (art. 7 al. 2 CV). Il faut distinguer les matières régies par la Convention mais de façon lacunaire, des matières non réglées par la Convention (art. 4 CV). Dans le premier cas, le recours au droit national est subsidiaire aux «*principes géné-*

³⁶ Cité par REINHART, *Entspräche das Kaufrecht der Vereinten Nationen den Erwartungen Ernst Rabels?* p. 357.

³⁷ Cette exclusion peut même devenir la règle dans certains domaines commerciaux, lorsqu'il y est fait usage de conditions générales prévoyant expressément cette exclusion. Tel est par exemple le cas des conditions générales publiées par «*The grain and feed trade association*» en Angleterre.

³⁸ Il est en effet possible d'exclure contractuellement l'application de la Convention sans pour autant élire un droit national de substitution. Voir à ce sujet BONELL, *Uniform Law and party autonomy: What is wrong with the current approach?*

³⁹ L'art. 17 EKG ne réserve aucune place au droit national dans le comblement des lacunes: «*Les questions concernant des matières régies par la présente loi et qui ne sont pas expressément tranchées par elle, seront réglées selon les principes généraux dont elle s'inspire*». Voir cependant à ce sujet MERTENS/ REHBINDER, ad art. 17 EKG, n°25.

raux dont s'inspire la Convention»⁴⁰, alors qu'il est direct dans le second cas. La formulation de l'article 7 alinéa 2 CV, très contestée lors de son élaboration⁴¹, constitue une nouvelle renonciation à l'exclusion des règles de conflit, «*unerwünschter Notbehelf*» dans l'esprit des premiers promoteurs du droit uniforme de la vente internationale⁴². Elle conduit à ce paradoxe que le droit d'un Etat non contractant peut être amené à combler les lacunes de la Convention!⁴³

- *rôle limitatif*. L'article 28 CV réserve au droit national, et particulièrement au droit national procédural, un rôle limitatif en excluant des moyens de droit dont disposent les parties au contrat l'action en exécution (art. 46 CV), dans la mesure où le juge du for n'ordonnerait pas l'exécution en nature en vertu de son droit national. Cette disposition, par nature non dispositive⁴⁴, concerne essentiellement les Etats de droit anglo-américain, qui excluent l'exécution en nature (specific performance) au profit de l'octroi de dommages-intérêts⁴⁵. De par l'article 28 CV, le droit national du for limite donc le nombre de moyens de droit que la Convention de Vienne réserve aux parties.

⁴⁰ Le recours aux principes généraux dont s'inspire la Convention est lui-même subsidiaire à toute solution pouvant être déduite du texte même de la Convention, selon les principes d'interprétation traditionnels (par exemple la méthode analogique ou a contrario): cf. REINHART, ad art. 7 n°6; BONELL in: BIANCA/BONELL, ad art. 7, n°2.3.2.1 et 2.3.3.2. Le recours au droit national désigné par les règles de conflit (rôle «complétif» du droit national) est donc bien une «ultima ratio».

⁴¹ PELICHET, p. 44; HONNOLD, Documentary History, p. 476. REINHART, ad art. 7, n°9.

⁴² REINHART, Entsprache das Kaufrecht der Vereinten Nationen den Erwartungen Ernst Rabels? p. 357.

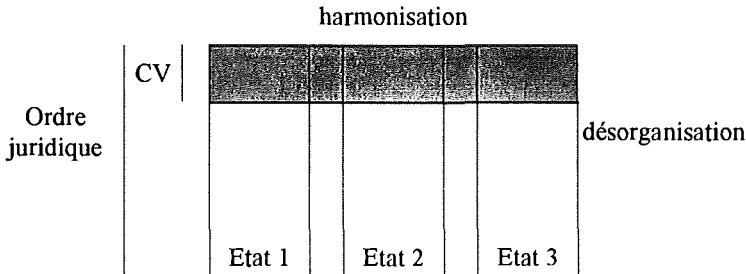
⁴³ PELICHET, p. 45; HEUZE, n°106.

⁴⁴ REINHART, ad art. 28, n°3: «Art. 28 eine Anweisung an die Gerichte darstellt und nicht die Rechte und Pflichten der Parteien betrifft».

⁴⁵ Ainsi en droit anglais, cf. UPEX in: Davies on contract, p. 264: «If the Court is of opinion that damages will adequately compensate the plaintiff, it will not order specific performance. Thus specific performance is very rarely ordered of a contract for sale of Goods». En droit Américain, cf. FARNSWORTH, Introduction au système juridique des Etats-Unis, p. 125: «...les compensations pécuniaires demeurent la règle, sauf si le demandeur prouve qu'elles sont inadéquates». Cf. également STONE, Uniform Commercial Code, p. 126: «Specific performance may be decreed where the Goods are unique or in other proper circumstances».

D. Une unification perturbatrice

8. Du point de vue de la cohérence intrinsèque d'un droit national, l'unification du droit de la vente internationale a un effet perturbateur: l'harmonisation «*horizontale*» du droit implique en effet une désorganisation «*verticale*»; ce que le droit gagne en cohérence internationale, il le perd en rationalité nationale.



9. Ainsi le droit des obligations suisse, système rationnel de contrats spéciaux insérés dans une partie générale commune, elle-même intégrée dans un ordre juridique cohérent, doit-il «*absorber*» un corps juridique d'origine législative différente, répondant à des principes d'interprétation propres et inconnus du droit suisse (par exemple le principe de l'application uniforme de l'article 7 alinéa 1 CV), dédoublant certains domaines de la partie générale du Code des obligations suisse (par exemple les règles de conclusion du contrat de la deuxième partie de la Convention, ou le principe de la confiance de l'article 8 CV), et introduisant des concepts incompatibles avec la logique interne du droit national suisse (par exemple l'obligation de réparer le dommage résultant de la lésion de l'intérêt positif de l'un des cocontractants à la bonne exécution du contrat, même en cas de résolution de ce contrat (art. 75 et 76 CV)). Deux logiques doivent coexister et s'harmoniser au sein d'un même ordre juridique, ce qui n'est pas sans poser de difficultés⁴⁶.

⁴⁶ LALIVE, Cours général de droit international privé, p. 100: «Une raison susceptible de limiter le développement des règles de ce genre (...) est sans doute la complication technique susceptible de découler d'une dualité de régimes juridiques (par exemple pour la vente interne et la vente internationale)». Voir également le BULLETIN OFFICIEL DU CONSEIL NATIONAL, 1989 II, p. 1658: «La

10. Il appartient aux juristes de tendre vers l'«*unité logique*» de sources de droit dont les impératifs peuvent «*procéder parfois d'idées opposées, présenter des limites confuses et même se heurter*»⁴⁷. Cette tâche n'est guère simplifiée par l'intégration de la Convention de Vienne dans la législation suisse. La présente étude a l'ambition d'y contribuer.

E. Une unification bénéfique

11. Chaotique, fragmentaire, perturbatrice, l'unification du droit de la vente internationale n'en est pas moins bénéfique, par ce qu'elle apporte de simplification du contexte juridique du commerce international. Certes, la simplification du droit n'est pas en soi un objectif législatif. Elle peut être néanmoins un facteur de réconciliation des acteurs du commerce international et du droit d'origine étatique: la brouille semblait en effet consommée, puisque les commerçants internationaux, non contents d'échapper aux tribunaux nationaux par l'institution de l'arbitrage, cherchent encore à échapper aux droits nationaux par la théorie de la «*lex mercatoria*», c'est-à-dire par le rattachement de leur contrat à un ordre juridique transnational, indépendant de tout droit national⁴⁸. Il y a là un double symptôme d'une pathologie des systèmes juridiques traditionnels, pathologie à laquelle le droit uniforme apporte le remède de la simplification:

- Simplification par la substitution d'un droit unique à la multiplication des droits nationaux potentiellement applicables par le juge du for⁴⁹. Ce n'est pas faire injure à la qualité de nos

Convention est un instrument complexe et l'existence parallèle du CO et de la CV risque de poser des problèmes de délimitations».

⁴⁷ DUPASQUIER p. 139, n°158.

⁴⁸ On trouvera un exposé complet de ces théories in: DE LY, *International business Law and Lex Mercatoria*. Voir par ailleurs infra n° 17.

⁴⁹ Cf. DESSEMONTET, p. 50: «La Convention possède pour la Suisse l'avantage de soumettre la vente à un texte international, et somme toute équilibré, plutôt qu'au droit d'un autre pays ou à un droit tiers»; MESSAGE, n°11; KAHN in: DPCI, p. 386.

magistrats que de douter de leur compétence universelle⁵⁰. De même les acteurs du commerce international, par la diversité de leurs relations contractuelles, sont-ils confrontés à une diversité de droits applicables qui rend leur situation juridique peu prévisible et les contraint à rédiger des contrats de plus en plus exhaustifs. Le droit uniforme, en sa qualité de droit universel spécialement conçu pour les relations internationales, apporte une solution plus praticable et donc plus propice à une bonne administration de la justice internationale.

- Simplification dans la formulation: le droit uniforme se veut droit de praticien plus que de théoricien. La diversité culturelle de ses utilisateurs potentiels a interdit l'emploi d'une terminologie à trop forte connotation juridique⁵¹. Le carcan de l'application uniforme du droit conventionnel interdit toute dérive terminologique pédantesque: si le barrage des langues subsiste, le droit uniforme a l'ambition de faire sauter le barrage des jargons.
- Simplification par la substitution d'un droit codifié à des usages internationaux⁵², certes plus souples et évolutifs qu'un droit codifié⁵³, mais moins propices à la sécurité juridique et à la prévisibilité du droit⁵⁴.

12. On peut certes s'interroger sur la nécessité d'une intervention étatique pour codifier des usages internationaux issus de la pratique des acteurs du commerce international. Cette longue et évolutive

⁵⁰ Cf. LALIVE, Cours général de droit international privé, p. 164, qui souligne la réticence «notoire autant que compréhensible» des juges à appliquer le droit étranger. Egalement AUDIT, p. 1; GANDOLFI, p. 713.

⁵¹ Cf. PLANTARD, p. 328; HONNOLD, n°17; BONELL in: BIANCA/BONELL, Introduction, n°3.1; Sur le souci des auteurs de la Convention à ce sujet, cf. HONNOLD in: Documentary History, p. 35, n°68. La Convention fait en effet preuve de «neutralité doctrinale» dans le choix de ses termes (NEUMAYER/MING, Introduction). Cette simplicité a valu à la Convention d'être qualifiée de texte «laborieux», notamment par la Fédération suisse des avocats (MESSAGE, n°142). Il est toujours douloureux de devoir abandonner une terminologie familière.

⁵² Sur la Convention comme codification de la *lex mercatoria*, cf. infra n°17.

⁵³ Sur le manque d'«élasticité» des codifications conventionnelles, Cf. KROPHOLLER, p. 97. Dans le même sens, ROSETT in: AJCL 1992, p. 683, 688.

⁵⁴ Cf. KAPPUS, p. 179.

maturation des usages devait-elle trouver une consécration étatique, ou était-il préférable de laisser ce droit se développer hors du carcan d'une codification⁵⁵? A cette préoccupation, nous répondrons en empruntant les paroles qu'Eugen HUBER, père du Code civil suisse, adressait il y a près d'un siècle aux opposants de la codification du droit suisse: *«D'aucun ont prétendu, et l'on peut fort bien le leur concéder, que l'unification du droit civil, reconnue d'ailleurs comme une nécessité, pourrait se préparer insensiblement, même sans le concours du législateur, par l'usage et par les décisions des tribunaux. Mais on peut se représenter combien cette solution serait peu sûre, combien elle exigerait de temps et de peine, quels dangers elle offrirait, à quelles vicissitudes elle serait soumise (...) - on peut se le représenter, disons-nous, en se rappelant la situation dans laquelle nous nous trouvions, lorsqu'il n'y avait pas encore de législation fédérale.»*⁵⁶

⁵⁵ La privatisation du processus d'uniformisation du droit est ainsi la conclusion (sous forme d'interrogation) à laquelle parvient PUTZEY, p. 447, au terme de sa succulente -mais à notre avis excessive- critique du mouvement d'uniformisation du droit.

⁵⁶ Code civil suisse, Exposé des motifs de l'avant projet du Département fédéral de justice et police, Berne, 1901, Introduction, p. 1.

PREMIERE PARTIE

DROIT DE LA VENTE INTERNATIONALE: DROIT UNIFIE OU DROIT MORCELE?

Moi? Que j'aïlle crier dans ce pays barbare,
Où l'on voit tous les jours l'Innocence aux abois
Errer dans les détours d'un Dédale de Loix?

BOILEAU DESPREAUX, Satyre I, vers 118-120

I. LES SOURCES DU DROIT DE LA VENTE INTERNATIONALE

A. Sources nationales et internationales

13. Les caractéristiques de l'unification internationale du droit privé en général et du droit de la vente internationale en particulier, chaotique, fragmentaire et perturbatrice, rendent ardu et passionnant le travail, proposé par LOOKOFKY⁵⁷, de juxtaposition et de mise en perspective des différentes sources de droit applicables à la vente internationale⁵⁸.

14. Les sources de droit potentiellement applicables à un contrat de vente mobilière internationale par un juge suisse sont les suivantes:

- La CONVENTION DE VIENNE DES NATIONS-UNIES SUR LES CONTRATS DE VENTE INTERNATIONALE DE MARCHANDISES, DU 11 AVRIL 1980 (ci-après indifféremment Convention de Vienne, droit conventionnel ou droit uniforme; abréviation: CV)⁵⁹.
- La CONVENTION DE LA HAYE SUR LA LOI APPLICABLE AUX VENTES A CARACTERE INTERNATIONAL D'OBJETS MOBILIERES CORPORELS, DU 15 JUIN 1955 (ci-après Convention de La Haye de 1955; abréviation: CLH-1955)⁶⁰.
- La LOI FEDERALE SUR LE DROIT INTERNATIONAL PRIVE (abréviation: LDIP)⁶¹.
- Le droit matériel suisse.
- Le droit matériel étranger⁶².

15. Sans être ratifiées par la Suisse, certaines Conventions internationales traitant de la vente internationale ne sauraient être passées sous silence:

⁵⁷ Cf. supra n° 4.

⁵⁸ Pour une vision générale de ces sources, y compris les projets non entrés en vigueur, cf. CZERWENKA, p. 25.

⁵⁹ RS 0.221.211.1.

⁶⁰ RS 0.221.211.4.

⁶¹ RS 291.

⁶² Conformément aux art. 13 à 19 LDIP.

- Les CONVENTIONS DE LA HAYE PORTANT LOI UNIFORME SUR LA VENTE INTERNATIONALE D'OBJETS MOBILIERS CORPORELS ET SUR LA FORMATION DES CONTRATS DE VENTE INTERNATIONALE D'OBJETS MOBILIERS CORPORELS (ci-après Conventions de 1964 portant loi uniforme; abréviation: EKG)⁶³. L'expérience des Etats ayant ratifié ces deux Conventions, jeunes ancêtres de la Convention de Vienne, et la jurisprudence qui en est issue, sont riches d'enseignements pour qui s'intéresse à la Convention de Vienne.
- La CONVENTION DE LA HAYE SUR LA LOI APPLICABLE AUX CONTRATS DE VENTE INTERNATIONALE DE MARCHANDISES, DU 22 DECEMBRE 1986 (ci-après Convention de La Haye de 1986; abréviation CLH-1986)⁶⁴. Si cette Convention n'a pas été ratifiée par la Suisse, elle a donné lieu à de récents débats utiles à l'étude du droit de la vente internationale.
- La CONVENTION DE ROME SUR LA LOI APPLICABLE AUX OBLIGATIONS CONTRACTUELLES, DU 19 JUIN 1980 (ci-après Convention de Rome, abréviation CR)⁶⁵. Les Etats signataires de cette Convention ont déclaré que les nouveaux adhérents à la Communauté européenne devraient ratifier la Convention de Rome. Cette pétition de principe pourrait donc concerner la Suisse dans la perspective d'une adhésion à la Communauté⁶⁶.
- La CONVENTION DE GENEVE SUR LA REPRESENTATION EN MATIERE DE VENTE INTERNATIONALE DE MARCHANDISES, DU 17 FEVRIER 1983 (ci-après Convention sur la représentation; abréviation CGR)⁶⁷. Cette Convention, qui n'a pas été ratifiée par la Suisse, s'inscrit dans le prolongement de la Convention de Vienne⁶⁸.
- La CONVENTION DE NEW YORK SUR LA PRESCRIPTION DANS LES VENTES INTERNATIONALES DE MARCHANDISES, DE 1974 (ci-après Convention

⁶³ CONFERENCE DIPLOMATIQUE sur l'unification du droit en matière de vente internationale, pp. 333-354.

⁶⁴ CONFERENCE DE LA HAYE de droit international privé, p. 689.

⁶⁵ J O C E n. L. 266, 9 oct. 1980; Rev. Crit. 1991, p. 414.

⁶⁶ A propos de l'impact de la Convention de Rome sur le droit suisse aujourd'hui et demain, cf. KAUFMANN-KOHLER, pp. 271 et 275.

⁶⁷ Revue de droit uniforme, 1983, I-II, 164-177.

⁶⁸ STAUDER, p. 219, n° 3.

sur la prescription; abréviation CNY)⁶⁹, qui propose à un niveau international d'intéressantes solutions à la question de la prescription, ignorée par la Convention de Vienne.

16. Ces différentes sources du droit de la vente internationale prévoient en général leurs propres règles de coordination:

- La Convention de La Haye de 1955 est réservée par la loi fédérale sur le droit international privé à l'article 118 alinéa 1 LDIP, dans la limite de l'article 118 alinéa 2 LDIP⁷⁰.
- Selon l'article 1 alinéa 2 LDIP, la loi fédérale sur le droit international privé est subsidiaire à toute Convention internationale ratifiée par la Suisse.
- L'article 90 CV rend la Convention de Vienne subsidiaire à la Convention de La Haye de 1955, dans la mesure où les parties au contrat sont établies dans des Etats parties à cette dernière Convention.
- L'article 99 alinéas 3, 4 et 5 CV prévoit que tout Etat ratifiant la Convention de Vienne doit, s'il y était partie, dénoncer les Conventions de 1964 portant loi uniforme, ce qui exclut tout conflit entre ces trois Conventions.
- L'article 23 lettre a CLH-1986 prévoit expressément que la Convention de La Haye de 1986 ne doit pas porter atteinte à l'application de la Convention de Vienne⁷¹.
- En vertu de l'article 21 CR, la Convention de Rome est subsidiaire à toute autre Convention, soit en particulier à la Convention de La Haye de 1955 et à la Convention de Vienne⁷².

⁶⁹ RabelsZ 39, 1975, p. 342. Cette Convention fait l'objet d'un protocole additionnel de 1980, publié in: Revue de droit uniforme, 1980, I, p. 138.

⁷⁰ La Convention de La Haye de 1955 est donc applicable en Suisse «erga omnes», indépendamment du rattachement du contrat à un Etat contractant. Cf. à ce sujet BUCHER A., La LDIP et les Conventions internationales, pp. 265 ss. La réserve de l'art. 118 al. 2 LDIP n'est d'ailleurs pas sans poser un problème de compatibilité avec l'art. 1 al. 2 LDIP: Ibid, p. 274.

⁷¹ PELICHET, p. 37 voit dans la conjugaison des art. 90 CV et 23 let. a CLH-1986 un risque de conflit négatif de Conventions, chacune se déclarant subsidiaire à l'autre. L'art. 90 CV est cependant exprimé en termes généraux, alors que l'art. 23 let. a CLH-1986 désigne expressément la Convention. Ce conflit négatif peut à notre avis être évité en vertu du principe «lex specialis derogat legi generali», qui rendrait la Convention de Vienne applicable en priorité.

⁷² Cf. KAUFMANN-KOHLER, p. 263; HERBER/CZERWENKA, ad art 90, n° 3 in fine.

- Enfin, la Convention sur la représentation se déclare en son article 23 subsidiaire à tout accord international passé ou futur contenant des dispositions de droit matériel dans le même domaine. Cette déclaration de subsidiarité, contrairement à celle de l'article 90 CV, ne concerne pas la Convention de La Haye de 1955, qui ne contient pas de dispositions de «*droit matériel*»⁷³.

B. Sources «anationales»

17. Parallèlement à ces sources d'origine nationales ou internationales, des règles «*anationales*» (ne résultant pas d'un processus législatif ou d'une ratification étatique) jouent un rôle essentiel en matière de commerce international, et ne sauraient être omises des sources du droit de la vente internationale. Ainsi en est-il la «*lex mercatoria*» déjà largement commentée⁷⁴, dont la reconnaissance comme source de droit n'est pas incompatible avec la promotion du droit uniforme:

- L'une des sources importantes de la *lex mercatoria* est notamment constituée des usages internationaux⁷⁵, qui sont expressément réservés par l'article 9 CV: cette disposition déclare les usages internationaux implicitement intégrés au contrat et jouissant donc d'une force dérogatoire⁷⁶. Il ne faut pas surestimer

⁷³ EVANS, p. 150, n° 111, au sujet plus particulièrement de la Convention de La Haye de 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaire et à la représentation.

⁷⁴ Aux origines de l'appréhension de ce phénomène par la doctrine, cf. B. GOLDMAN, *Frontière du droit et lex mercatoria*, Archives de philosophie du droit 1964 p. 177. On trouvera un tour d'horizon complet de la réception de cette doctrine dans différents Etats in: DE LY, p. 252. Enfin, pour une bibliographie, et concernant les rapports entre la *lex mercatoria* et la Convention de Vienne, cf. KAPPUS, *Lex mercatoria und Wiener UN-Kaufrechtskonvention*.

⁷⁵ MAYER, n° 24. La *lex mercatoria* est cependant également alimentée par la jurisprudence arbitrale et les principes généraux dégagés par cette jurisprudence. (MAYER, n° 25).

⁷⁶ KAHN, in: DPCI, p. 396: «On peut donc en conclure que face à la *lex mercatoria*, l'application de la Convention est résiduelle ou interprétative»

l'impact de cette règle dérogatoire: l'expérience des Conventions de La Haye portant loi uniforme⁷⁷ montre qu'il n'existe pas un ensemble d'usages internationaux susceptible de déroger systématiquement au droit uniforme⁷⁸.

- Plus fondamentalement, le droit uniforme peut être considéré comme une cristallisation des principes de la «*lex mercatoria*»⁷⁹. Il contribue à sa formation, comme la reconnaissance de la *lex mercatoria* peut contribuer à l'application du droit uniforme⁸⁰. Ce n'est donc pas dans un rapport de concurrence que se situent les deux sources de droit, mais au contraire dans un rapport de complémentarité fructueuse.

La pratique du commerce international est en outre largement influencée par des codifications d'origine privée telles que les conditions générales de certaines branches de l'industrie⁸¹, ou

⁷⁷ L'art. 9 EKG pose un principe similaire à celui de l'art. 9 CV, ce qui n'a pas empêché qu'une vaste jurisprudence se développe autour de cette Convention.

⁷⁸ E. RABEL était conscient de ce que le droit conventionnel risquait de s'éclipser derrière les usages internationaux: «Rabel war sich vom Beginn seiner Bemühungen an durchaus darüber klar, dass der Welthandel ein Netz von Klauseln, Vertragsblanketten und Geschäftsbedingungen geschaffen hatte (...) er hielt entgegen, es sei eine «Hauptaufgabe der Vereinheitlichung», einen «gesetzlichen Unterbau unter eine Häufung von Vorschriften zu legen, die bisher in einem rechtlosen Raum schweben»»: REINHART, *Entspräche das Kaufrecht der Vereinten Nationen den Erwartungen Ernst Rabels?* p. 359. Cf. également CZERWENKA, p. 24: «Diese «*lex mercatoria*» stellt aber nur ein bruchstückhaftes, teilweise lediglich auf bestimmte Regionen begrenztes Regelungswerk ohne autonome Rechtsqualität dar».

⁷⁹ Sur le droit uniforme comme codification de la *lex mercatoria*, cf. KAPPUS, p. 177 et in: RIW, p. 794; PELICHET, p. 36; AUDIT, p. 198; HEUZE, n° 128 et 129; FOUCHARD, in: CV et Incoterms, p. 155; SIEHR, *Parteiautonomie*, p. 501 et MOULY, p. 405, qui recense d'une part les arguments en faveur de cette conception (la large ratification de la Convention, les débats très ouverts qu'a occasionnés son élaboration, le temps consacré à ce processus de rédaction, les principes de base de la Convention hérités des usages du commerce international) et les arguments contraires (la source étatique de la Convention, son caractère de compromis, l'absence de systématique dans la correspondance entre règles uniformes et usages du commerce, le caractère figé par nature d'un droit codifié).

⁸⁰ Cf. infra n° 80.

⁸¹ Ces conditions générales peuvent constituer à un niveau régional des usages au sens de l'art. 9 CV. Voir par exemple la jurisprudence citée in: SCHLECHTRIEM/MAGNUS, ad art. 9 EKG, n° 2.

les INCOTERMS⁸² élaborés par la Chambre de Commerce internationale, qui jouent un rôle essentiel en matière de transfert des risques, de par la fréquence de leur utilisation.

18. L'avenir semble propice au développement d'un processus d'unification non législative du droit.

Il s'agit parfois d'un premier pas vers un processus législatif. Ainsi au niveau européen, une résolution du parlement européen du 26 mai 1989 a jeté les bases d'un Code européen de droit privé⁸³. Un droit européen des contrats constitue une part importante de ce projet⁸⁴

Ces principes européens ne reprennent pas systématiquement les principes dégagés par la Convention de Vienne⁸⁵, pourtant ratifiée par de nombreux Etats européens. Un rapport de spécialité entre droit de la vente et principes généraux se dégage donc d'ores et déjà.

19. Parallèlement à ces principes européens, un groupe de travail d'UNIDROIT a rédigé un projet de principes applicables aux contrats commerciaux internationaux⁸⁶. Là encore, il ne s'agit pas de règles obligatoires de source législative, mais uniquement d'un corps de règles pouvant servir de modèles de contrats, d'instruments d'interprétation des Conventions internationales, et de contributions à une codification de la *lex mercatoria*⁸⁷.

L'article 1.1 de ces principes est assez ambitieux, puisqu'il en propose l'application lorsque tel est le choix exprès ou implicite (par référence aux «*principes généraux du droit*», à la «*lex mercatoria*», etc...) des parties, lorsque les parties n'ont choisi aucun droit, ou lorsque le contenu du droit applicable n'est pas déterminable.

Ces principes, qui font souvent double emploi avec la Convention de Vienne, n'ont pas pour ambition de s'y substituer mais éven-

⁸² Derniers INCOTERMS entrés en vigueur en 1990, publiés in: INCOTERMS 1990, ICC Publishing S.A., n° 460, avril 1990, Paris.

⁸³ JOCE n. C 158/401 du 26 juin 1989.

⁸⁴ Préambule de la résolution du 26 mai 1989. Voir LANDO, in: AJCL 1992, pp. 573 ss, ch. III; GANDOLFI, Giuseppe, Pour un code européen des contrats, pp. 707-736. Ce dernier auteur propose le droit italien comme modèle pour un droit européen des contrats.

⁸⁵ LANDO, in: AJCL 1992, pp. 580, 581.

⁸⁶ On trouvera le texte de ce projet in: AJCL 1992, p. 703.

⁸⁷ BONELL in: AJCL 1992, pp. 617 ss, ch. III.

tuellement de la compléter. Là encore un rapport de spécialité doit s'établir entre le droit de la vente internationale et ces principes applicables à tous les contrats internationaux⁸⁸. Cette délimitation risque d'être ardue si ces principes sont reconnus à long terme comme des usages internationaux, prioritaires par rapport aux règles uniformes selon l'article 9 CV!

20. Le caractère fragmentaire de l'uniformisation internationale du droit pose le problème de l'intégration du droit uniforme dans les droits nationaux des Etats contractants⁸⁹. A terme, l'élaboration de ces principes applicables à tous les contrats commerciaux internationaux peut être une réponse raisonnable à ce problème. Pour certaines questions relevant de la théorie générale des obligations, comme les règles sur la conclusion des contrats, il est même préférable que l'uniformisation du droit appréhende l'ensemble des contrats commerciaux internationaux, plutôt que de créer une législation particulière pour chaque type de contrat.

La profusion des textes ayant la prétention de codifier la *lex mercatoria* (prétention que partagent les auteurs la Convention de Vienne⁹⁰) est néanmoins inquiétante. L'idée d'un droit matériel transnational de source non législative est belle par ce qu'elle apporte de liberté vis-à-vis de la mosaïque des droits nationaux. Il serait paradoxal et malheureux de substituer à cette mosaïque des droits nationaux un magma de codifications concurrentes, privées ou conventionnelles, collectives ou personnelles⁹¹, des usages du commerce international.

⁸⁸ Selon l'art. 1. 2 al. 4 des principes, ceux-ci peuvent être utilisés pour interpréter et compléter les instruments du droit international uniforme. Voir à ce sujet BONELL in: AJCL 1992, p. 627.

⁸⁹ Cf. supra n° 8 à 10.

⁹⁰ Cf. supra n° 17.

⁹¹ Outre les oeuvres collectives que constituent la codification de principes généraux européens ou universels, et l'élaboration de Conventions internationales, certains auteurs n'hésitent pas à établir leur propre liste des principes généraux du droit des relations économiques internationales. Voir par exemple la liste dressée par Lord Justice MUSTILL, *The New Lex Mercatoria: the first Twenty-five Years*, in: *Liber Amicorum for Lord Wilberforce*, Oxford, Clarendon Press, 1987, pp. 149 ss.

Rien de nouveau sous le soleil: on retrouve dans cette profusion de codification des usages internationaux le conflit de coutumiers du XV^{ème} siècle français

C. Un labyrinthe de règles⁹²

21. C'est donc à un véritable labyrinthe de règles de droit que se trouve confronté le praticien de la vente internationale. Face à ce labyrinthe, il s'impose sinon de tracer une carte, du moins de poser quelques repères, de dessiner les frontières les plus importantes: frontières entre droit national et droit international (CHAPITRE II), frontières entre droit conventionnel et règles de conflit (CHAPITRE III), frontières enfin entre droit conventionnel et droit étranger (CHAPITRE IV).

A l'orée même du labyrinthe, la première question qui se pose est en effet celle de l'internationalité: selon quels critères le contrat quitte-t-il le statut de contrat interne suisse (ou étranger) pour entrer dans la sphère des contrats internationaux; quels sont les attributs qui le font pénétrer dans ce labyrinthe dont nous tentons de distinguer les contours?

Une fois la porte du labyrinthe franchie, la direction à suivre dépendra de la nature du contrat: s'agit-il d'un contrat de vente de marchandises au sens du droit conventionnel ou au contraire d'un contrat dont la nature ou l'objet ne répond pas aux critères du droit uniforme, et qui reste donc soumis au système conflictuel? Dans la première hypothèse, il s'agira encore de déterminer si les conditions d'application «*ratione personae*» de la Convention sont réalisées, ou si au contraire ce contrat international de vente de marchandises est soumis au droit d'un Etat étranger non contractant. Les possibilités de réserves étatiques prévues par la Convention sont autant de pièges que pose ce labyrinthe.

A peine tracés, ces quelques repères devront être relativisés par le principe de l'autonomie de la volonté auquel le droit uniforme réserve une large place (CHAPITRE V). Découragés par les subtilités du labyrinthe de règles de droit qui se présentera à eux, bien des praticiens seront tentés par le raccourci de l'élection de droit. La liberté

(Voir à ce sujet GAZZANIGA, p. 51, n° 39). Ironie de l'histoire: la profusion de ces coutumiers a mis en évidence la nécessité d'une intervention législative unificatrice!

⁹² Cette expression est empruntée à Mc LACHLAN, p. 610, et DELAUME, Tome I booklet 2, p. 19 («Labyrinth of rules»); Les Germanophones utilisent l'expression similaire de «Mehrspurigkeit»: cf. KAUFMANN-KOHLER, p. 264.

pourtant n'est jamais sans danger, et ce raccourci est jonché d'embûches susceptibles d'entraver le libre choix des parties.

II. DROIT NATIONAL OU DROIT INTERNATIONAL: LE CRITERE DE DEMARCATION DE L'EXTRANEITE

A. Le critère de l'extranéité du contrat en général

a. Rôle du critère de l'extranéité dans un système de règles de conflit

22. L'unification du droit de la vente au niveau international implique une scission du régime juridique de ce contrat à un niveau national: deux régimes juridiques de la vente mobilière coexistent en droit suisse⁹³.

Avec le système de règles de conflit qui prévalait exclusivement en Suisse en matière de vente internationale jusqu'à l'adoption de la Convention de Vienne, le juge suisse appliquait le même régime juridique aux contrats présentant des liens exclusifs avec la Suisse (contrats «*internes*») et aux contrats présentant des liens prépondérants avec le droit suisse (contrats «*internationaux*» soumis au droit suisse). Il était par ailleurs amené à appliquer, sous certaines réserves⁹⁴, un droit étranger lorsque le contrat dont il était saisi présentait des liens prépondérants, voire exclusifs, avec un Etat étranger. La ligne de démarcation objective (en l'absence d'une élection de droit des parties) ne se situait donc pas entre les contrats internes et les contrats internationaux, mais entre les contrats présentant des liens exclusifs ou prépondérants avec la Suisse et les contrats présentant des liens exclusifs ou prépondérants avec un Etat étranger⁹⁵. Lorsque le droit suisse avait été désigné par les règles de conflit du juge, celui-ci appliquait le Code des obligations suisse sans plus se soucier du

⁹³ PLANTARD p. 318, qui mentionne que cette dualité entre droit de la vente interne et droit de la vente internationale était déjà connue des Etat parties aux Conventions de La Haye de 1964, et des Etat pourvus de lois spécifiques pour le commerce extérieur, comme la Tchécoslovaquie, la RDA ou la Chine. Cette dualité résulte du caractère «limité» de l'unification internationale du droit de la vente: voir supra n° 5.

⁹⁴ Art. 15, 16 al. 2, 17 et 18 LDIP.

⁹⁵ Sur cette présentation du système de résolution des conflits de lois par des règles de conflit, cf. KEGEL, p. 5.

caractère international ou non du contrat⁹⁶. En d'autres termes, le droit suisse ne connaissait qu'un régime juridique pour tous les contrats de vente mobilière auxquels il s'intéressait.

23. Dans ce système exclusif de règles de conflit, l'extranéité du contrat n'était donc pas si décisive qu'elle imposât une définition légale. Même sa fonction fondamentale de critère d'intervention du droit international privé pouvait être niée: Certes la loi fédérale sur le droit international privé s'applique-t-elle «*en matière internationale*» (art. 1 LDIP). Son préalable semble donc être, en matière obligationnelle, la qualification du contrat comme contrat international. La question peut néanmoins être éludée en considérant que le contrat interne est un contrat dont tous les critères de rattachement désignent le droit du for. Celui-ci est donc applicable au contrat en vertu de la logique du rattachement (et donc des règles de droit international privé), mais avec un tel degré d'évidence que le recours exprès à cette logique est inutile⁹⁷.

24. Le critère de l'extranéité prend cependant toute son importance dans la détermination de l'autonomie de la volonté des parties: les parties sont-elles libres de désigner librement le droit applicable à leur contrat, dans la limite de l'ordre public du for (art. 17, 18, 116, 118 al. 1 LDIP; art. 3 CLH-1955), ou cette liberté est-elle restreinte à la substance du contrat, dans les limites du droit impératif (art. 19 CO)? A partir de quel degré d'extranéité le droit suisse peut-il renoncer à l'application de ses règles impératives à un contrat dont les parties seraient libres de choisir un (ou plusieurs) droit(s) moins contraignant(s)? La logique même de l'existence d'un droit impératif implique que l'élection de droit n'ait pas sa place en droit interne⁹⁸.

⁹⁶ Sauf à tenir compte de l'ordre public étranger, dans les situations exceptionnelles mentionnées à l'art. 19 LDIP.

⁹⁷ LALIVE, Cours général de droit international privé, p. 23; KEGEL, p. 5: «IPR ergreift auch reine Inlandstatbestände (...). Natürlich fragt hier niemand, welches Recht anwendbar ist. Denn die Antwort versteht sich von selbst».

⁹⁸ DE NOVA, pp. 307, 310; KNOEPFLER, Le contrat dans le nouveau droit international privé suisse, p. 82; VISHER/VON PLANTA, Internationales Privatrecht, p. 175, n° 3; LALIVE, Sur une notion de contrat international, pp. 135, 137; HEUZE, La réglementation française des contrats internationaux, p. 132; SCHWANDER, Zur Rechtswahl, p. 476 et la doctrine citée sous note 21; SCHNYDER, p. 106; VISCHER, Das internationale Vertragsrecht, p. 14.

L'examen de la validité d'une clause d'élection de droit suppose donc la qualification du contrat comme contrat interne ou international.

La question est d'autant plus délicate que le droit international privé suisse réserve aux parties une liberté totale quant au choix du droit applicable, abandonnant l'exigence du «*choix raisonnable*» de l'ancienne jurisprudence⁹⁹: cette condition permettait d'éluder la question de l'internationalité du contrat, le choix de l'application d'un droit étranger à un contrat présentant des critères de rattachement presque exclusifs avec la Suisse étant manifestement «*déraisonnable*».

La diversité de la casuistique, le risque qu'une définition trop rigide du contrat international laissât sans solution des conflits de lois effectifs, et à l'inverse qu'une définition trop large rendît illusoire le caractère impératif de certaines dispositions du droit national, ont néanmoins amené le législateur (national ou international) à laisser le plus souvent la question de l'extranéité du contrat à l'appréciation du juge.

b. Le silence des textes

25. Le message du Conseil fédéral concernant la loi sur le droit international privé écarte brièvement la question: «*le premier alinéa précise seulement que le projet ne régit (les questions juridiques) que sur le plan international. Pour le DIP, cela va de soi que les définitions données ne concernent que les cas présentant un caractère d'extranéité, mais le 1er alinéa ne dit rien de la manière ni de*

Dans une autre optique, cf. FIRSCHING, p. 261 (Fall 148), qui distingue la «*kollisionsrechtliche Verweisung*» des contrats internationaux, et la «*materielle rechtliche Verweisung*», élection de droit étranger possible dans le cadre d'un contrat interne, mais limitée par les règles impératives de la *lex fori*. Cette optique est également celle de la Convention de Rome (voir l'art. 3 al. 3 CR), reprise par le droit international privé allemand: par. 27 al. 3 EG-BGB, cf. infra n° 29. Dans une même optique, mais limitée au domaine international, cf. SCHULZE, p. 15.

⁹⁹ MESSAGE concernant la LDIP, n° 282.22; KNOEPFLER, le contrat dans le nouveau droit international suisse, p. 86. En matière de vente mobilière, cette liberté de choix prévaut depuis l'entrée en vigueur en Suisse de la Convention de La Haye de 1955. Voir à ce sujet PELICHET, p. 108 (plus dubitatif: VISCHER, *Das Haager Abkommen*, p. 58).

*l'intensité de ce caractère. Cela est du ressort des dispositions particulières des différents domaines abordés.»*¹⁰⁰

Les «différents domaines abordés», soit les articles 112 à 126 LDIP en ce qui concerne les obligations contractuelles, ne définissent pas la notion de contrat international, sauf à considérer que les points de rattachement indiqués dans les dispositions sur le droit applicable sont également des critères de l'extranéité nécessaires et suffisants. Ainsi le critère de rattachement de l'article 117 LDIP étant celui de la résidence habituelle ou de l'établissement des parties, un contrat serait international lorsque les parties résident ou sont établies dans des Etats différents¹⁰¹. Séduisante par sa simplicité, cette solution ne saurait suffire à définir l'extranéité du contrat: les buts des critères de rattachement et de l'extranéité sont différents, les premiers visant à désigner un droit applicable et les seconds à déterminer si une élection de droit par les parties est admissible¹⁰².

Au regard du message du Conseil fédéral, rien ne peut donc être déduit de l'article 1 alinéa 1 LDIP selon lequel la loi s'applique «*en matière internationale*», quant au concept d'internationalité¹⁰³.

26. Le message du Conseil fédéral relatif à la Convention de La Haye sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels du 15 juin 1955 n'est guère plus explicite quant à la notion de contrat international: «*On a intentionnellement renoncé à*

¹⁰⁰ MESSAGE concernant la LDIP, n° 212. Cf. SCHWANDER, Zur Rechtswahl, p. 477, et le même in: Festschrift Pedrazzini, p. 360.

¹⁰¹ Voir à ce sujet STOFFEL, Le rapport juridique international, pp. 421, 423.

¹⁰² DE NOVA, p. 317: «Hier suchen wir nicht, die Kriterien zu identifizieren, welche der Heimatgesetzgeber oder allgemein unsere Rechtsquellen verwandt haben, um das auf den Vertrag oder auf die verschiedenen Rechtsverhältnisse anwendbare Recht zu bezeichnen. Vielmehr geht es um eine Vorüberlegung definitiver Art, welche dem richtigen Funktionieren eines jener Kriterium dienen soll, nämlich genauer der Befugnis der Vertragspartner, das auf ihren Vertrag anwendbare Recht zu wählen».

¹⁰³ SCHWANDER, n° 52; Contra STOFFEL, in: Ceditac, p. 22, qui voit dans cette expression l'indice d'un concept «économique et social» de l'extranéité. Voir également VISCHER, Das internationale Vertragsrecht, p. 16, qui donne comme exemples d'éléments d'extranéité notamment le lieu d'exécution, le lieu où se trouve l'objet du contrat, le domicile des parties, (et non leur nationalité, ni le lieu de conclusion du contrat sauf pour ce dernier point en ce qui concerne la question de la forme du contrat).

définir la notion de vente à caractère international, de sorte qu'il appartiendra, le cas échéant, au juge de décider s'il y a contrat de vente à caractère international dans le sens de la Convention». Le message indique par ailleurs une liste de critères de l'extranéité variée et non exhaustive¹⁰⁴.

La Convention de La Haye de 1955 précise en outre au 4^{ème} alinéa de son article 1er qu'une élection de droit des parties n'est pas un critère suffisant de l'extranéité du contrat. *L'internationalisation du contrat de par la seule volonté des parties est donc exclue par cette Convention*, des critères objectifs de l'extranéité devant entrer dans la définition de l'internationalité du contrat¹⁰⁵. Cette définition négative de l'internationalité implique que les règles nationales impératives s'appliquent nécessairement aux contrats sans rapport objectif avec un ordre juridique étranger¹⁰⁶.

27. Ce souci d'éviter tout dogmatisme quant à la notion de l'extranéité et de laisser à la jurisprudence le soin d'élaborer une casuistique plus souple par nature qu'une définition légale se retrouve dans l'intervention de la délégation suisse dans le cadre des travaux relatifs à la Convention de 1964 portant loi uniforme sur la vente internationale d'objets mobiliers corporels (non ratifiée par la Suisse): *«Vu la difficulté de rédiger un texte distinguant clairement entre vente nationale et vente internationale, il serait préférable de supprimer l'article 2 et de laisser à la jurisprudence le soin de définir le «caractère international» d'une vente»*¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Feuille Fédérale 1971 II p. 1037: la Convention «sera tenue pour applicable lorsque le contrat renferme quelques éléments d'extranéité de nature à poser la question de la loi applicable (p. ex. lieu de la conclusion ou de l'exécution du contrat; domicile ou nationalité des parties; monnaie en laquelle est stipulée une prestation contractuelle).»; Voir à ce sujet VISCHER, «Das Haager Abkommen», pp. 49, 55; CZERWENKA, p. 60; DROZ, p. 665.

¹⁰⁵ HEUZE, n° 21.

¹⁰⁶ MESSAGE concernant la Convention de La Haye de 1955: «Par cette disposition, on a voulu prévenir toute tentative d'éluder des règles impératives de l'ordre juridique interne normalement applicable». Telle n'est cependant pas l'optique adoptée par la Convention de Rome de 1980 (art. 3 al. 3 CR) ou par l'»EG-BGB» allemand (art. 27 al. 1. EG-BGB). Voir à ce sujet infra n° 29.

¹⁰⁷ CONFERENCE DIPLOMATIQUE SUR L'unification du droit en matière de vente internationale, p. 175.

Cette position n'a cependant pas été suivie, la Convention de 1964 portant loi uniforme présentant au contraire une définition du contrat international extrêmement complexe, supposant, outre l'établissement des parties dans des Etats différents, un élément d'extranéité supplémentaire pouvant être soit le transfert international de la marchandise, soit l'accomplissement de l'offre et de l'acceptation sur le territoire d'Etats différents, soit encore la délivrance de la chose sur le territoire d'un Etat autre que celui de la conclusion du contrat¹⁰⁸.

28. La Convention de La Haye de 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises, et la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles se contentent pour leur part d'une approche tautologique de l'internationalité, puisqu'elles se déclarent applicables dans les situations comportant un conflit de lois, sans préciser quelles sont ces situations (art. 1 al. 1 let. b CLH-1986, art. 1 al. 1 CR). La Convention de La Haye de 1986 adopte cependant la solution selon laquelle le contrat est en tout cas international lorsque les parties au contrat ont leurs établissements dans des Etats différents (art. 1 al. 1 let. a CLH-1986)¹⁰⁹.

29. L'approche allemande de l'internationalité d'un contrat est encore différente, inspirée des solutions de la Convention de Rome de

¹⁰⁸ Voir à ce sujet MERTENS/REHBINDER, ad art. 1-2 EKG p. 95, n° 24 ss; HEUZE, n° 80.

¹⁰⁹ Sur la Convention de La Haye de 1986 et l'aspect tautologique de sa définition de l'internationalité, voir PELICHET, p. 69; HEUZE, n° 35. La formulation de l'art. 1 CLH-86 s'explique par le souci de ses auteurs de concilier cette Convention avec la Convention de Vienne (art. 1 al. 1 let. a CLH-86) mais également d'éviter que certains conflits de lois ne soient pas appréhendés par la Convention (art. 1 al. 1 let. b CLH-1986; cf. PELICHET, p. 72). L'art. 21 let. a CLH-1986 permet aux Etats partisans d'une adéquation parfaite des deux Conventions d'émettre une réserve quant à l'art. 1 al. 1 let. b CLH-1986. La formulation de l'art. 1 CLH-1986 souligne a contrario le fait que la Convention de Vienne exclut de son champ d'application des contrats de vente mobilière que le droit international privé commun qualifie d'international.

Sur la Convention de Rome, cf. KAUFMANN-KOHLER, p. 261. L'art. 9 al. 1 CR, consacré à la forme des contrats «conclus entre des personnes qui se trouvent dans un même pays» illustre le fait que l'établissement des parties dans des Etats différents n'est en tout cas pas un critère nécessaire de l'extranéité au sens de cette Convention.

1980¹¹⁰. Les dispositions de droit international privé de l'«*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch*» (EG-BGB) s'appliquent «aux états de faits ayant un lien avec le droit d'un Etat étranger»¹¹¹. La loi ne précise cependant pas de quelle nature doit être ce «lien» (par. 3 al. 1 EG-BGB).

En matière obligationnelle, l'élection de droit des parties est admise, mais si le contrat n'a de point de rattachement qu'avec un Etat, les parties ne peuvent déroger aux dispositions impératives du droit de cet Etat (par. 27 al. 1 et 3 EG-BGB, correspondant à l'art. 3 al. 3 CR)¹¹². Au regard du par. 3 EG-BGB, cette disposition ne se comprend que si l'on considère que l'élection d'un droit étranger par les parties est en soi un «lien» suffisant avec un Etat étranger pour que les règles de droit international privé s'y intéressent. Les parties peuvent donc internationaliser leur contrat de par leur seule volonté, mais les limites de leur autonomie sont alors plus restreintes¹¹³.

Une telle approche relègue évidemment la problématique de l'internationalité du contrat aux oubliettes de la théorie pure, et rend la

¹¹⁰ L'Allemagne a ratifié la Convention de Rome mais a émis une réserve selon laquelle cette Convention n'est pas directement applicable en droit allemand et doit être traduite dans la législation: cf. MARTINY in: Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Einführungsgesetz Internationales Privatrecht, 2. Auflage, Verlag C.H. Beck, Vor Art. 27, n° 14.

¹¹¹ «Bei Sachverhalten mit einer Verbindung zum Recht eines ausländischen Staates».

¹¹² «Ist der sonstige Sachverhalt im Zeitpunkt der Rechtswahl *nur mit einem Staat verbunden*, so kann die Wahl des Rechts eines anderen Staates -auch wenn sie durch die Vereinbarung der Zuständigkeit eines Gericht eines anderen Staates ergänzt ist- die Bestimmungen nicht berühren, von denen nach dem Recht jenes Staates durch Vertrag nicht abgewichen werden kann (zwingende Bestimmungen)».

Cette approche rappelle la distinction de FIRSCHING entre la «kollisionsrechtliche Verweisung» des contrats internationaux, et la «materiellrechtliche Verweisung» des contrats internes. Cf. également FERID MURAD, Internationales Privatrecht, p. 219, n° 6-27, 3.

¹¹³ PALANDT, p. 2201, ad par. 3 EG-BGB, n° 2; contra KINDLER, in: RIW 1787 p. 661, qui considère que si le par. 27 al. 3 EG-BGB règle le problème du droit impératif, demeure la question de l'ensemble du droit dispositif national qui, selon l'auteur, ne saurait être écarté en totalité par des parties à un contrat purement interne.

doctrine allemande très réservée quant à l'utilité d'une définition précise du contrat international¹¹⁴.

30. Le concept de contrat international est donc d'une grande ambiguïté, malgré les tentatives du législateur international d'en donner une définition: «*En réalité, la distinction entre situations internationales d'une part, et internes de l'autre – cette distinction que Jean Dabin estimait plus fondamentale, avec raison, que la distinction entre relations privées et relations publiques – est loin d'être aussi simple. Et il ne suffit pas d'affirmer qu'une situation est «internationale» chaque fois qu'elle comporte un élément d'extranéité.*»¹¹⁵

Plus que complexe, la notion est mouvante: «*L'internationalité est une notion floue dont les contours peuvent varier non seulement d'un système à l'autre, mais à l'intérieur d'un même système, selon le contexte dans lequel la question se pose*»¹¹⁶.

Quel impact l'introduction de la Convention de Vienne dans le droit suisse peut-elle avoir sur ce «flou» juridique, et comment son application peut-elle s'en accommoder?

B. Le critère de l'extranéité du droit uniforme

a. Le critère de l'établissement des parties

31. Avec le système de droit uniforme institué par la Convention de Vienne, les règles de conflit s'estompent (sans pour autant disparaître) et le critère de classification des contrats se déplace: il ne s'agit plus tant de savoir avec quel droit le contrat a les relations les plus étroites (prépondérantes ou exclusives), mais bien si le contrat de vente est interne ou international. Le droit suisse connaît en effet un régime différencié du contrat de vente: les règles du Code des obligations pour les contrats «*internes*» et les règles de la Convention (dans les limites de son champ d'application) pour les contrats «*internationaux*». Le critère de l'internationalité, qui n'avait d'autre rôle avant l'adoption de la Convention que de déterminer le juge à passer ou non par l'étape transitoire de la règle de conflit, et en particulier à admettre ou non une

¹¹⁴ Cf. STOFFEL, Le rapport juridique international, p. 426, et les références citées.

¹¹⁵ LALIVE, Cours général de droit international privé, p. 17.

¹¹⁶ KNOEPFLER/SCHWEIZER, Précis de droit international privé suisse p. 13, n° 19.

éventuelle élection de droit des parties, devient un critère clef qui détermine le régime juridique applicable. Le débat ne porte donc plus sur le point de rattachement du contrat, mais sur son internationalité intrinsèque. Par l'intégration de la Convention de Vienne dans notre droit, ce critère d'internationalité intervient au coeur du droit suisse de la vente, de la même façon que le critère du caractère immobilier ou mobilier d'un bien permet au juge de déterminer le régime juridique applicable au contrat¹¹⁷.

32. La traditionnelle ambiguïté du concept d'internationalité du contrat ne pouvait donc perdurer, et un critère de l'extranéité unique et simple a été adopté par les auteurs de la Convention: un contrat est international lorsque les parties sont établies dans deux Etats différents (art. 1 CV), au moment de la conclusion du contrat¹¹⁸, dans la mesure de la reconnaissabilité de cet élément d'extranéité par l'autre partie (art. 1 al. 2 CV). Par la formulation de l'article 1er de la Convention, cette condition préalable s'impose quelque soit le mécanisme d'application de la Convention: l'application autonome de l'article 1 alinéa 1 lettre a CV, ou l'application dépendante de l'article 1 alinéa 1 lettre b CV. Ainsi, à supposer que des règles de droit international privé basées sur un concept d'internationalité différent (par exemple celui du transfert international de la marchandise) mènent à l'application de la loi d'un Etat contractant, la Convention n'en serait pas pour autant applicable, si les parties ont leur établissement dans un même Etat¹¹⁹: Un contrat de vente mobilière conclu entre une société établie en Suisse

¹¹⁷ Cette logique de la scission du régime juridique de la vente doit cependant être tempérée par les limites de la Convention de Vienne, qui n'est ni universelle, ni exhaustive, ni complète.

Même en cas de vente internationale au sens de la Convention, l'application de cette dernière dépend encore de sa ratification (accompagnée d'éventuelles réserves) par l'Etat où est établie chacune des parties (art. 1 al. 1 let. a CV) ou l'une au moins des parties (art. 1 al. 1 let. b CV). Elle ne concerne par ailleurs pas tous les contrats de vente mobilière (art. 2 CV), et, pour les contrats qu'elle concerne, elle ne règle pas toutes les questions juridiques.

¹¹⁸ HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 1 CV, n° 31; ERDEM, n° 110.

¹¹⁹ VOLKEN, pp. 81, 93 ch. 24. En ce sens notamment cet auteur considère-t-il que la définition de l'internationalité par la Convention de Vienne est «zu eng». Ainsi les états de fait des arrêts mentionnés infra n° 42 ne permettraient-ils pas l'application des règles conventionnelles, mais impliquerait celle du droit interne d'Etats pourtant contractants.

et la succursale suisse¹²⁰ d'une société allemande portant sur une marchandise sise en Allemagne et livrable en Belgique serait soumis au droit national désigné par les règles de conflit du for (le cas échéant les règles du Code des obligations suisse), à l'exclusion des règles conventionnelles qui sont pourtant en vigueur en Suisse et en Allemagne!

33. Ce critère de l'établissement des parties est un critère extrêmement présent en droit de la vente internationale: critère de rattachement dans la Convention de La Haye de 1955 (art. 3 CLH-1955), il devient également critère d'application dans la Convention de La Haye de 1986 (art. 1 let. a CLH-1986), dans les Conventions de 1964 portant loi uniforme (art. 1 EKG) et dans la Convention de Vienne (art. 1 CV). Il est en outre critère de détermination du lieu d'exécution des prestations dans la Convention de Vienne (art. 31 let. c, art. 57 let. a CV). Malgré l'importance qui lui est accordée, cette notion d'«établissement» n'est pas définie par les Conventions qui y recourent.

Lors de la Conférence diplomatique de Vienne de 1980, un amendement conjoint de la Belgique et de l'Argentine, tendant à introduire une telle définition dans la Convention de Vienne, fut soumis à la Commission. La définition proposée était la suivante: «l'établissement est au lieu où la partie entretient un centre d'affaires permanent ayant le pouvoir de négocier ou de conclure, en son nom, des contrats de vente ou d'achat»¹²¹. Cet amendement fut néanmoins rejeté par la Commission, notamment par crainte qu'une définition trop stricte ait pour effet de réduire les potentialités d'application de la Convention¹²².

Cette absence de définition dans la Convention constitue donc une lacune qui doit être comblée conformément à l'article 7 alinéa 2 CV, soit en premier lieu selon les principes généraux dont s'inspire la Convention, et en second lieu selon le droit national applicable en vertu des règles de conflit.

¹²⁰ Soit l'établissement pertinent de cette société au sens des art. 1 et 10 CV, dans la mesure où le lieu de conclusion du contrat est l'élément de rattachement retenu.

¹²¹ HONNOLD, *Documentary History*, p. 727.

¹²² Voir notamment les interventions de MASKOW (RDA) et MICHIDA (Japon), in: HONNOLD, *Documentary History*, p.739.

Parmi les principes généraux dont s'inspire la Convention, doit être en particulier retenu son but, qui est celui d'une harmonisation du droit de la vente internationale¹²³: une interprétation trop rigide ou trop restrictive de la notion d'établissement nuirait à ce but¹²⁴. De même faut-il tenir compte de la tendance générale de la Convention à éviter un juridisme excessif¹²⁵, et à se baser sur des critères matériels et reconnaissables¹²⁶ plutôt que sur des critères purement juridiques. Enfin faut-il tenir compte de l'article 10 CV, qui règle les problèmes de la pluralité d'établissements, et dont on peut déduire que l'établissement principal des parties n'est pas seul pertinent, les établissements secondaires devant être pris en compte¹²⁷. Certains critères doivent cependant permettre de distinguer un établissement d'un simple lieu ayant joué un rôle dans les négociations¹²⁸. Ces critères, proposés par la doctrine et la jurisprudence, sont les suivants:

- *critère de durée*: l'établissement doit être sinon permanent du moins durable, et ne pas avoir été créé pour la conclusion d'un contrat unique ou pour une occasion ponctuelle¹²⁹. Ce critère exclut notamment de la notion d'établissement les points de vente ou stands commerciaux dans des foires, des expositions ou des salons¹³⁰.

¹²³ Voir l'alinéa 3 du préambule de la Convention.

¹²⁴ CZERWENKA, p. 132. Cf. en outre, au sujet des Conventions de La Haye de 1964, OLG Hamburg, 30. 12. 80, 11 U 3/80, cité in: SCHLECHTRIEM/MAGNUS, ad art. 1 EKG, n° 23. -a: «Nur eine weite Auslegung des Begriffs der Niederlassung i. S. des Art. 1 EKG entspricht dem Ziel des EKG, eine möglichst grosse Vereinheitlichung (...) auszuschliessen».

¹²⁵ BONELL in: BIANCA/BONELL, Introduction, n° 3.1; PLANTARD, p. 317; HONNOLD n° 17.

¹²⁶ Cf. art. 1 al. 2 CV.

¹²⁷ HERBER/CZERWENKA, ad art. 1, n° 14; REINHART, ad art. 10, n° 2.

¹²⁸ Cf. par exemple l'intervention de BONELL lors de la discussion de l'amendement belge et argentin, in: HONNOLD, Documentary History, p. 739: «it might be asked, for instance, whether a hotel where negotiations took place would be considered a place of business».

¹²⁹ CZERWENKA, p. 131; HERBER/CZERWENKA, ad art. 1, n° 14; HONNOLD, ad art. 1, n° 43 et ad art. 10, n° 124; WINSHIP, p. 1-22; JAYME in: BIANCA/BONELL, n° 2.3; HERRMANN, in: Berner Tage, p. 86.

¹³⁰ CZERWENKA, p. 132; cf. au sujet des Conventions de 1964 MERTENS/REHBINDER, ad art. 1/2 EKG, n° 28 et 30.

- *critère d'autonomie*: l'établissement doit jouir d'une certaine autonomie dans la conduite de ses affaires et la conclusion des contrats¹³¹. Ce critère permet en particulier d'exclure de la notion d'établissement les boîtes aux lettres, même si elle sont utilisées pour la conclusion du contrat, les simples bureaux, le lieu de production, ou les dépôts¹³². De même, lorsque le contrat est conclu par l'intermédiaire d'un simple représentant de commerce, l'établissement à prendre en considération est celui ou ceux de la société représentée¹³³. A l'inverse, l'*indépendance* est un critère de délimitation entre «*établissement*» et «*partie*»: une filiale n'est pas un établissement de la société mère¹³⁴; un commissionnaire agissant en son propre nom n'est

¹³¹ HERBER/CZERWENKA, ad art. 1, n° 14; ERDEM, n° 91; HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 1, n° 26; cf. également OLG Hamburg, 30. 12. 80, 11 U 3/80, cité in: SCHLECHTRIEM/MAGNUS, ad art. 1 EKG, n° 23. c, confirmé in: BGH 2. 6. 82 (publié dans le même ouvrage, ad art. 1 EKG, n° 4): «Das EKG ist (...) anwendbar (...) wenn es sich jedenfalls nicht nur um ein unselbständiges Büro, sondern um eine wirtschaftlich weitgehend *unabhängige und selbständige* Zweigniederlassung handelt». Cette autonomie ne signifie pas nécessairement que l'établissement secondaire déploie les mêmes activités que l'établissement principal. Cf. à ce sujet CZERWENKA, p. 132, qui compare la notion d'établissement au sens de la Convention de Vienne à la définition plus restrictive proposée par l'OCDE en matière fiscale. L'auteur propose cependant à notre avis une définition trop large de l'établissement, qui comprendrait même une agence sans pouvoir de représentation ou un simple point de vente. La solution qui consiste à admettre un nombre très important d'établissements ne fait que repousser la question de l'application de la Convention au niveau de la détermination de l'établissement à prendre en considération au sens de l'art. 10 CV.

¹³² MERTENS/REHBINDER, ad art. 1/2 EKG, n° 28 et 30.

¹³³ KG Berlin 29.05.86, 2 u 6216/85, cité in: SCHLECHTRIEM/MAGNUS, ad art. 1 EKG n° 39 (résumé ad art. 8 EKG, n° 16). Cf. également les explications de DABIN in: HONNOLD, Documentary History, p. 739: «By requiring the place of business to be a permanent organization, it ruled out an agent merely having power of representation».

Cette conception est conforme à la logique de la Convention de Genève sur la représentation, sensée être un complément à la Convention de Vienne, et qui s'applique «lorsque le *représenté* et le tiers ont leurs établissements dans des Etats différents» (art. 2 al. 1 CGR). Voir cependant JAYME in: BIANCA/BONELL, ad art. 1, n° 2.3 et EVANS p. 91.

¹³⁴ Même si la filiale est sous le contrôle total de la société mère: cf. HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 1, n° 28; HERBER/CZERWENKA, ad art. 1, n° 15; SCHLECHTRIEM, Uniform Sales Law, p. 43; HERRMANN, in: Berner Tage, p. 86;

pas un établissement du commettant¹³⁵: dans les deux cas il s'agit directement des parties au contrat.

- *critères matériels*: enfin, l'établissement se distingue par des critères matériels et reconnaissables par le co-contractant, tels que la présence de matériel, de locaux, de personnel stable¹³⁶. Des critères formels tels que l'inscription au registre du commerce comme succursale ne sont en tout cas pas suffisants¹³⁷. De même le siège social indiqué dans les statuts n'est-il un établissement que s'il correspond à un siège social réel¹³⁸.

34. Sur la base de ces lignes directrices, les auteurs formulent en général leur propre définition¹³⁹. Plutôt que d'en ajouter une nouvelle, il nous paraît utile de laisser au pouvoir d'appréciation du juge le privilège d'une approche factuelle. Notons cependant que le droit suisse, éventuellement applicable selon les règles de conflit du for et subsidiairement aux principes énoncés ci-dessus en vertu de l'article 7 alinéa 2 CV, en confirme largement les solutions¹⁴⁰:

- L'établissement d'une personne physique est, selon l'article 20 alinéa 1 lettre c LDIP «*dans l'Etat où se trouve le centre de ses activités professionnelles ou commerciales*», ce qui ne correspond pas forcément à son domicile, et peut être constitué par un cabinet, un atelier, une fabrique ou des locaux de vente. Ce lieu

NEUMAYER/MING ad art. 1, note 16; MERTENS/REHBINDER, ad art. 1/2 EKG, n° 28: «Bei Tochtergesellschaften ist *selbst bei intensiver Beherrschung* nicht auf den Sitz der Hauptverwaltung der Muttergesellschaft, sondern auf den der Tochtergesellschaft selbst abzustellen». Voir cependant ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH ad art. 10, n° 2, qui semble admettre qu'un établissement puisse avoir une personnalité juridique propre.

¹³⁵ Cf. les explications de DABIN in: HONNOLD, Documentary History, p. 739: «(...) a sole agent could not be considered as a place of business of a party, because he was an independant middleman, buying or selling in his own name and not on behalf of a party».

¹³⁶ CZERWENKA, p. 131.

¹³⁷ CZERWENKA, p. 131; JAYME in: BIANCA/BONELL, ad art. 1, n° 2.3; NEUMAYER/MING, ad art. 1, n° 5.

¹³⁸ JAYME, in: BIANCA/BONELL, ad art. 1, n° 2.3; MERTENS/REHBINDER, ad art. 1/2 EKG, n° 28.

¹³⁹ Voir la liste établie par ERDEM, n° 87 à 91.

¹⁴⁰ STOFFEL in: Cedidac, p. 26.

doit présenter un certain caractère durable. Il ne s'agit pas forcément d'une entreprise exploitée en la forme commerciale¹⁴¹. Ces critères correspondent aux critères de durée et aux critères matériels dégagés ci-dessus. La loi sur le droit international privé ne prévoit cependant pas l'éventualité d'une pluralité d'établissements pour une personne physique. Dans le cadre de la notion d'établissement au sens de la Convention de Vienne, il est envisageable qu'une même personne physique ait deux ou plusieurs lieux d'activité durables, autonomes, et matériellement discernables (par exemple un restaurateur possédant un restaurant de montagne exploité en hiver et un restaurant au bord de la mer exploité en été).

- L'établissement d'une personne morale se trouve selon l'article 21 alinéa 3 LDIP «dans l'Etat dans lequel elle a son siège ou une succursale». Cette définition correspond aux critères dégagés par la doctrine ou la jurisprudence autour de l'article 1 CV, si l'on considère qu'une succursale est définie par la doctrine et la jurisprudence suisse comme un «- établissement commercial qui - dans la dépendance d'une entreprise principale - dont il fait juridiquement partie - exerce une activité - similaire - d'une façon durable - dans des locaux séparés - en jouissant d'une certaine autonomie dans le monde économique et dans le monde des affaires»¹⁴². La LDIP est cependant plus formaliste que les principes dégagés autour de l'article 1 CV, en ce qu'elle retient comme établissement le siège de la société indiqué dans les statuts ou le contrat de société, indépendamment d'une activité sociale réelle (art. 21 al. 2 LDIP). La question reste néanmoins théorique puisque même en admettant parmi les divers établissements d'une personne morale au sens de l'article 1 CV celui de son siège social formel, ce dernier serait écarté au profit du siège réel en application de l'article 10 CV.

35. Le critère d'établissement de l'article 1 alinéa 1 CV est en effet complété par l'article 10 CV qui règle les problèmes classiques de pluralité ou d'absence d'établissements. La logique de l'article 10 CV

¹⁴¹ MESSAGE concernant la LDIP, n° 215.4.

¹⁴² GAUCH, Der Zweigbetrieb im schweizerischen Zivilrecht, n° 519.

renoue avec la tradition du rattachement en droit international privé¹⁴³, l'établissement devant être pris en compte étant celui qui a la «*relation la plus étroite*» avec le contrat et son exécution: une telle formulation n'est pas sans rappeler celle de l'article 117 LDIP, qui parle de «*liens les plus étroits*». Cette notion laisse au juge un certain pouvoir d'appréciation¹⁴⁴, la détermination de l'établissement pertinent devant se baser sur des éléments objectifs tels que le lieu d'exécution, la langue du contrat, le lieu de négociation et de conclusion du contrat¹⁴⁵, à l'exclusion toutefois de toute circonstance objective inconnue de l'une des parties¹⁴⁶. La solution de l'article 4 alinéa 2 CR, qui pose la présomption selon laquelle le contrat «*présente les liens les plus étroits*» avec l'*administration centrale*¹⁴⁷ de la partie devant fournir la prestation caractéristique, ne doit pas être retenue dans le cadre de l'interprétation de l'article 10 CV¹⁴⁸, cette solution ayant été expressément rejetée lors des travaux préparatoires relatifs à la Convention de Vienne¹⁴⁹.

36. L'article 2 lettre a CV excluant du champ d'application de la Convention les ventes de marchandises acquises dans un but personnel, familial ou domestique, il sera peu fréquent que les parties n'aient pas un établissement au sens de l'article 1 CV. On peut cependant envisager une opération occasionnelle à des fins commerciales mais ne nécessitant, de la part du vendeur ou de l'acheteur aucune organisation

¹⁴³ HERBER/CZERWENKA, ad art. 10, n° 3; REINHART, ad art. 10 n° 4; CZERWENKA, p. 134.

¹⁴⁴ PELICHET, p. 82.

¹⁴⁵ CZERWENKA, p. 134. Une présomption en faveur du lieu de conclusion du contrat est cependant soutenue en doctrine: cf. HERBER/CZERWENKA, ad art. 10, n° 4.

¹⁴⁶ Ainsi que l'indique le texte même de l'art. 10 CV, qui confirme la logique de l'art. 1 al. 2 CV; cf. HERBER/CZERWENKA, ad art. 10, n° 3; RAJSKY in: BIANCA/BONELL, ad art. 10, n° 2.2, qui donne les exemples de la supervision du contrat par un organe central à l'étranger, ou de la provenance ou destination finale des marchandises.

¹⁴⁷ Cette présomption en faveur de l'établissement principal existe également dans la Convention du 2 Octobre 1973 sur la loi applicable à la responsabilité du fait du produit. Elle fut rejetée à une très faible majorité lors de l'élaboration de la Convention de La Haye de 1986: cf. PELICHET, p. 81.

¹⁴⁸ CZERWENKA, p. 134; HERRMANN, in: Berner Tage, p. 86.

¹⁴⁹ ERDEM, n° 97.

durable pouvant être qualifiée d'établissement au sens de l'article 1 CV. Dans cette hypothèse, l'article 10 lettre b CV substitue au concept d'établissement la notion de «résidence habituelle». Cette notion, d'une acception plus universelle que la notion de domicile¹⁵⁰, est utilisée dans de nombreuses Conventions internationales. Des divers critères devant déterminer la présence d'un établissement, seul subsiste le critère de la durée, la résidence habituelle d'une personne pouvant être définie conformément aux termes de l'article 20 alinéa 1 lettre b LDIP comme l'endroit où elle vit pendant une certaine durée¹⁵¹.

37. L'unité du critère de l'établissement des parties comme critère de l'extranéité¹⁵² est une nouveauté par rapport à la Convention de 1964 portant loi uniforme, qui considérait l'établissement des parties comme un critère de l'extranéité nécessaire mais pas suffisant, un deuxième critère devant intervenir (cf. supra n° 27). Ces critères cumulatifs ont été abandonnés par les auteurs de la nouvelle Convention, dans un souci de simplification et de sécurité juridique¹⁵³.

38. Le même souci de sécurité juridique, sinon de simplicité, justifie l'importance accordée par le droit uniforme à l'apparence créée: ainsi l'apparence nationale d'un contrat l'emporte-t-elle sur sa

¹⁵⁰ Cf. RAJSKI in: BIANCA/BONELL, ad art. 10, n° 2.3; KNOEPFLER/SCHWEIZER, n° 442. La notion de domicile est en effet différente d'un Etat à l'autre: cf. SCHWANDER, n° 189 ss.

¹⁵¹ HERBER/CZERWENKA, ad art. 10, n° 5; REINHART, ad art. 10 n° 5; RAJSKY in: BIANCA/BONELL, ad art. 10 n° 3.2, qui accorde en outre une certaine importance au critère subjectif de la volonté de la personne concernée. A notre avis, l'art. 10 let. b CV étant déjà une solution de substitution à l'art. 1 CV, il faut éviter d'ajouter à la notion de résidence habituelle des critères supplémentaires qui risqueraient de créer une situation où une partie au contrat n'a ni établissement ni résidence habituelle. Un critère subjectif ne peut être retenu que dans le cadre de la détermination de la résidence habituelle lorsque plusieurs lieux sont envisageables. Cf. également HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 10 n° 8, qui rappelle les recommandations du Comité du Conseil de l'Europe du 18. 1. 1972 quant à la notion de résidence.

¹⁵² Le critère de la nationalité des parties a été expressément écarté par les auteurs de la Convention (art. 1 al. 3 CV), et aucun autre critère que l'établissement des parties, qu'il soit juridique ou économique, n'est pertinent. Cf. REINHART, ad art. 1, n° 5: « Unerheblich ist der Ort des Vertragsschlusses, der Lageort der verkauften Ware, aber auch der Transport der Ware über eine Grenze».

¹⁵³ HONNOLD, p. 76, n° 40, et Documentary History, pp. 43-48.

réalité internationale. L'article 1 alinéa 2 CV précise en effet qu'il ne sera pas tenu compte du fait que les parties ont leurs établissements dans des Etats différents lorsque ce fait ne pouvait être connu de l'une d'elle. Ce sont les critères objectifs de l'article 1 alinéa 2 (le contrat lui-même, les transactions antérieures entre les parties, les renseignements donnés avant ou lors de la conclusion du contrat) qui permettent de déterminer dans quel cas le caractère international du contrat pouvait être ignoré d'une partie. Une incertitude quant à l'établissement d'un cocontractant peut en pratique survenir soit dans les cas de pluralité d'établissements, soit lorsque le contrat est conclu par un mandataire d'une des parties, sans que l'établissement à l'étranger du mandant ne soit spécifié¹⁵⁴. Dans la première hypothèse, l'article 10 CV prend pour critère de détermination entre différents établissements possibles les «*circonstances connues des parties ou envisagées par elles*». Ce n'est donc pas dans ces situations que l'article 1 alinéa 2 peut jouer un rôle, l'article 10 CV suffisant à protéger l'apparence créée. Dans la deuxième hypothèse, si le mandant est resté inconnu, c'est que le mandataire a agi en son propre nom. Il s'agit donc en général d'un cas de représentation indirecte. En droit suisse, ce type de représentation ne crée pas de relation contractuelle directe entre le représenté et le tiers¹⁵⁵. L'article 1 alinéa 2 CV n'est donc pas amené à jouer un grand rôle dans le contexte du droit suisse.

39. Le problème de l'extranéité du contrat n'est cependant pas totalement résolu pour autant, car la Convention de Vienne n'est pas un système de droit exhaustif, et ne se conçoit que dans un contexte de droit international privé préexistant, soit en Suisse la loi fédérale sur le droit international privé et la Convention de La Haye de 1955. Ces trois sources (auxquelles viendra peut-être s'ajouter la Convention de Genève de 1983 sur la représentation en matière de vente internationa-

¹⁵⁴ Documents Officiels, p. 16; HERBER/CZERWENKA, ad art. 1, n° 22; HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 1, n° 1, n° 51; AUDIT, n° 16; NEUMAYER/MING, ad art. 1, n° 10.

¹⁵⁵ Art. 32 CO. En droit uniforme, voir l'art. 16 CGR, qui reprend la distinction entre représentation directe et indirecte, mais la relativise par toute une série d'exceptions (cf. STAUDER, p. 232, n° 25). En Common Law, la distinction n'existe que comme exception dans le rapport juridique entre le tiers et l'«undisclosed principal» (STAUDER, n°6, p. 221). L'art. 1 al. 2 CV est donc amené à y jouer un rôle plus important.

le de marchandises¹⁵⁶) forment un système de droit complémentaire et indissociable: qu'il s'agisse de son propre champ d'application (art. 1 al. 1 lettre b CV), des domaines qu'elle ne concerne pas (art. 4 CV) ou de ses propres lacunes (art. 7 CV), la Convention de Vienne fait appel expressément ou implicitement à la loi fédérale sur le droit international privé qui, en son article 118, réserve la Convention de La Haye de 1955¹⁵⁷.

Or, puisque ces deux derniers textes ne connaissent pas de définition de l'internationalité, force est de constater qu'*«il peut y avoir plusieurs niveaux d'internationalité dans un même système (...) Il faudra donc distinguer entre les ventes internationales au sens de la Convention des Nations Unies, les ventes internationales au sens du DIP commun des pays en question et les ventes internes»*^{158,159}.

b. Le critère du droit uniforme comme critère suffisant mais non nécessaire de l'extranéité du contrat

40. Le critère de l'établissement est un critère suffisant de l'extranéité en droit international privé suisse. Certes, les conceptions nationales sont loin d'être uniformes en la matière et face au critère de l'établissement sont souvent mentionnés les critères de l'enjeu écono-

¹⁵⁶ Pour le texte de la Convention et son commentaire, voir STAUDER, p. 217.

¹⁵⁷ Sur les rapports entre la loi sur le droit international privé et la Convention de La Haye de 1955, voir BUCHER A., La LDIP et les Conventions internationales, pp. 265, 274.

¹⁵⁸ KNOEPFLER/SCHWEIZER, Précis de droit international privé suisse, p. 13, n° 20.

¹⁵⁹ VOLKEN, p. 93, ch. 24, introduit pour sa part l'idée de contrats de vente internationaux de première et de seconde classe: «Man wird es demnach in Zukunft mit zwei verschiedenen Kategorien von internationalen Warenkäufen zu tun haben: Mit internationalen Kaufgeschäften gleichsam erster Klasse: sie fallen unter das Wiener Uebereinkommen, und mit internationalen Warenkäufen zweiter Klasse – mit ihnen wird sich weiterhin das Kollisionsrecht befassen müssen».

mique¹⁶⁰, du transfert international des marchandises¹⁶¹, de la nationalité des parties¹⁶², ou encore une combinaison cumulative de ces différents critères¹⁶³. Au regard des législations et des jurisprudences étrangères, un concept de l'extranéité limité au seul critère de l'établissement des parties se heurte à de fortes résistances¹⁶⁴. La question de l'internationalité du contrat est néanmoins soumise à la *lex fori*¹⁶⁵. Le

¹⁶⁰ En France, la jurisprudence tendait à osciller, avant l'entrée en vigueur de la Convention de Rome, entre l'adoption de critères purement juridiques (Arrêt Hecht, Paris, 19 juin 1970, *Journ. dr. int.* (Clunet) 1971, p. 833; LOUSSOUARN et BREDIN, *Droit du commerce international*, éd. Sirey 1969, n° 511, 593; KAHN, *La vente commerciale internationale*, p. 2) et de critères économiques, hérités de la doctrine Matter du flux et du reflux, selon laquelle ne serait international que le contrat impliquant l'introduction d'une marchandise ou d'une valeur dans un pays, et exportation de ce pays d'une valeur destinée à en solder le prix: HEUZE, *La réglementation française des contrats internationaux*, p. 136 n° 269 ss; MAYER, n° 696. Voir également la sentence arbitrale n° 3380, in: *Recueil des sentences arbitrales de la CCI 1974-1985*, ICC Publication 433, Kluwer 1990, p. 417.

¹⁶¹ Dans une célèbre affaire «Zapata», deux juridictions de Floride refusèrent de considérer comme international un contrat de vente entre une société allemande et une société américaine. La Cour suprême critiqua cependant leur décision, et admit le caractère international du contrat en raison des deux critères cumulatifs de l'établissement des parties dans des Etats différents et du transfert international de la marchandise (cf. DELAUME, *What is an international contract?* p. 258). Le seul critère de l'établissement eût-il suffi? sans doute le conservatisme exprimé par les deux premières juridictions aurait-il été plus difficile encore à surmonter avec ce seul élément d'extranéité.

¹⁶² Tel est le cas du droit chinois (cf. DE BAW et DEWIT, *China Trade Law*, Bruylant, Kluwer 1982, p. 369).

¹⁶³ Un exemple de ce cumul de critères est donné par l'«Unfair contract terms Act 1977» en Angleterre, qui exclut de son champ d'application les contrats internationaux définis selon les trois critères cumulatifs de l'objet du contrat, du domicile des parties, et d'un élément complémentaire d'extranéité qui peut être le transfert international de la marchandise, la diversité des lieux où les actes de conclusion du contrat sont accomplis, ou le lieu de la livraison de la marchandise (cf. GRIFFITH- PARKER, *The Unfair Contract terms act 1977*, in: *DPCI 1978*, p. 339; SWAIN, *The Unfair contract terms act 1977, Interpretation by the Court*, in: *DPCI 1982*, p. 29). Un autre exemple de cette approche cumulative est celui de l'art. 1 EKG.

¹⁶⁴ Sur la confrontation des définitions juridiques et matérielles de l'extranéité, voir STOFFEL, *Le rapport juridique international*, p. 421.

¹⁶⁵ Répertoire de droit international privé, Tome I, p. 19 n° 9.

silence du législateur suisse à cet égard laisse donc une grande place au pouvoir d'appréciation du juge. Il faut profiter de cette absence de définition légale pour rationaliser le droit suisse de la vente internationale et admettre que le critère d'établissement des parties est un critère de l'extranéité du contrat suffisant en droit international privé suisse commun: la solution de la Convention est d'autant plus à même de servir de «*modèle*» au droit suisse sur ce point que le législateur a laissé la question ouverte¹⁶⁶, et qu'elle s'intègre dans une évolution plus générale du droit international privé, consacrée par les Conventions les plus récentes en la matière¹⁶⁷.

41. Le critère de l'établissement des parties n'est par contre pas un critère nécessaire de l'extranéité du contrat, et l'on peut concevoir des contrats internationaux au sens du droit international privé suisse, qui ne le seraient pas au sens du droit uniforme: des conflits de lois peuvent se présenter même si les parties sont établies dans un même Etat, soit parce que l'exécution du contrat conclu en Suisse doit avoir lieu à l'étranger, soit au contraire parce que le contrat a été conclu à

¹⁶⁶ Sur la Convention de Vienne comme modèle pour les droits nationaux, cf. HONNOLD, p. 58, n° 14; BUCHER E., in: Berner Tage, p. 49: «Beeinflussung der nationalen Kaufrechte durch das WKR steht mit Sicherheit zu erwarten».

¹⁶⁷ La suffisance du critère de l'établissement des parties comme élément d'extranéité du contrat est également la logique retenue par la Convention de La Haye de 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises. Cette Convention, destinée à remplacer la Convention de La Haye de 1955, n'a pas été ratifiée par la Suisse, mais l'utilité d'une rationalisation de la notion de vente internationale dans cette Convention par rapport à la Convention de Vienne a été soulignée par la délégation suisse dans le cadre des travaux préparatoires: «*Nous sommes d'avis que le parallélisme des termes eu égard à l'aspect personnel facilitera l'application des deux Conventions*» (CONFERENCE DE LA HAYE de droit international privé, p. 247). A cette occasion, la délégation suisse soulignait également que la critique selon laquelle la notion de contrat international dans la Convention de Vienne est trop large en ce qu'elle qualifie une vente d'internationale même si la marchandise vendue ne quitte pas le pays où elle a été produite «*ne rencontrera vraisemblablement aucun écho*» (ibid.). Ce critère de l'établissement des parties comme élément suffisant de l'extranéité du contrat correspond également à la définition retenue par la Convention de Genève de 1983 sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises, véritable complément à la Convention de Vienne, et dont la ratification par la Suisse est souhaitable (Sur les champs d'application respectifs des deux Conventions, voir EVANS, p. 150).

l'étranger et que l'objet de la vente se trouve en Suisse, soit encore parce qu'un autre élément d'internationalité (nationalité des parties, lieu de conclusion du contrat, etc...) intervient. Or, un conflit de lois appelle l'application des règles de conflit, et donc, par un raisonnement inductif, la qualification du contrat comme contrat international¹⁶⁸.

42. A plusieurs reprises, le Tribunal fédéral a ainsi qualifié d'internationaux des contrats de ventes dont les deux parties étaient établies en Suisse. Il a ainsi admis, en se référant à sa jurisprudence en matière de droit international privé, une élection de droit de deux parties établies en Suisse, au sujet d'un contrat de vente de matériel de guerre se trouvant en Allemagne¹⁶⁹. C'est de même dans une logique de droit international privé que le Tribunal fédéral s'est placé dans l'arrêt «*Atlas Trading Company*», concernant un contrat entre deux sociétés suisses dont une partie seulement de l'exécution devait avoir lieu en Allemagne¹⁷⁰.

Dans un arrêt «*Sateg SA*» non publié du 4 mai 1977¹⁷¹, le Tribunal cantonal vaudois a par contre considéré que la Convention de La Haye de 1955 n'était pas applicable à un contrat de vente entre deux sociétés suisses, le fait que les objets vendus aient été livrés d'Italie en Suisse n'étant pas un élément d'extranéité suffisant.

43. L'appréhension de l'internationalité du contrat doit donc être mise en perspective avec la question juridique posée, et ne peut se fondre dans le moule d'un concept abstrait. La «*relativité*» de la notion de contrat international interdit de l'enfermer dans le carcan contraignant d'une définition juridique définitive, au risque de laisser un juge désarmé face à un conflit de lois effectif. C'est ce risque qu'ont parfaitement exprimé les experts chargés de préparer la Convention de La Haye de 1986: «*Il semble dès lors dangereux de limiter le champ d'application de la Convention en donnant une définition du caractère international de la vente, car cela pourrait aboutir à la non-*

¹⁶⁸ LALIVE, Sur une notion de contrat international, p. 137: «Tout dépend en effet de la question à résoudre, et il peut paraître assez vain de s'interroger sur une sorte d'internationalité abstraite».

¹⁶⁹ ATF 82 II 129 = JT 1956 I 378.

¹⁷⁰ ATF 80 II 49 = JT 1954 I 581.

¹⁷¹ TC VD, 4 mai 1977, Sateg SA, non publié, cité in: Répertoire de droit international privé, Tome I, n° 38, p. 78.

application dans un cas donné des règles conventionnelles, alors même que le juge ou l'arbitre est confronté à un problème de conflit de lois»¹⁷².

44. Un contrat de vente peut donc être international au sens du droit international privé sans l'être au sens du droit uniforme. La ratification de la Convention de Vienne par un Etat étranger n'exclut dès lors pas que le juge suisse soit amené à appliquer le droit de la vente interne de cet Etat. Avant même d'entrer dans les inévitables complexités du champ d'application de la Convention, l'idée d'une unification du droit de la vente internationale trébuche déjà sur le concept même de vente internationale.

C. Conclusion

45. Face au silence des textes quant à la définition de l'internationalité (n° 25 à 30), le droit uniforme apporte le critère clair de l'établissement reconnaissable des parties dans des Etats différents (n° 31 à 39). L'internationalité du contrat selon ce critère est la condition préalable de l'application du droit uniforme. Un contrat peut cependant être international selon d'autres critères (n° 40 à 44). Il est alors restitué au système conflictuel¹⁷³.

Une multiplicité des régimes juridiques applicables à la vente mobilière en Suisse se dessine donc, puisqu'en plaçant la réflexion au niveau préliminaire du concept de contrat international, et avant même d'entrer dans le détail des règles d'application de la Convention, il faut d'ores et déjà distinguer:

¹⁷² CONFERENCE DE LA HAYE de droit international privé, p. 52. Cf. également CZERWENKA, p. 183 : «Würde man in diesen Fällen den Begriff der «Internationalität» durch die Vorgabe bestimmter Kriterien begrenzen, so blieben zahlreiche Fälle ungelöst, in denen ebenfalls verschiedene Rechtsordnungen zur Auswahl stünden».

¹⁷³ Dans ce sens peut-on considérer que la définition de la Convention est «trop étroite» mais pas qu'elle est en même temps «trop large» comme l'envisage VOLKEN, p. 93. Au contraire ne peut-on que souscrire à sa conclusion quant aux conséquences de la multiplicité des concepts de contrat international: «Damit erreicht man im Grunde genau das, was eigentlich niemand wollte: Das Rechtsleben des internationalen Warenkaufs wird schwieriger, nicht einfacher».

- les ventes internationales auxquelles la Convention est applicable en premier lieu, et le droit national applicable selon les règles de conflit en terme de comblement des lacunes expresses (art. 4 CV), ou involontaires (art. 7 CV),
- les ventes internationales auxquelles s'applique le droit national désigné par les règles de conflit du for,
- les ventes «*internes*» soumises directement à leur droit national.

Le concept de vente internationale en droit suisse ne peut être réduit à la notion de vente internationale selon la Convention de Vienne. Dans un souci de rationalisation terminologique il sera ci-après entendu par «*vente internationale*» la vente internationale au sens de la Convention.

46. La coexistence en droit suisse d'un régime de la vente mobilière interne et d'un régime de la vente mobilière internationale met au premier plan le critère de l'extranéité du contrat. Il ne suffit pas pour autant que le contrat soit international pour que le droit conventionnel lui soit ipso jure applicable. D'autres facteurs d'application de la Convention interviennent, résultant de la situation de fait (critères objectifs tenant au caractère non universel et non exhaustif de la Convention) ou de la volonté des parties (critère subjectif tenant au caractère dispositif de la Convention).

III. DROIT CONVENTIONNEL OU REGLES DE CONFLIT: LA NOTION DE VENTE DE MARCHANDISES

A. Nature du contrat: du concept de vente

a. Du principe et de sa périphérie

47. Le droit uniforme de la Convention de Vienne est un îlot de droit international matériel dans un océan de règles de conflit¹⁷⁴. Pour éviter la noyade, il convient de bien connaître la géographie de l'îlot et le dessin de ses côtes. La notion d'extranéité trace une frontière entre les deux univers du droit international et du droit interne; au sein de l'univers international, le concept de vente de marchandises pose les bornes du droit uniforme.

Or, si le droit conventionnel consacre à la notion d'extranéité une définition claire et simple (mais cependant pas exclusive), il n'en va pas de même des notions de «vente» et de «marchandises». Tout au plus quelques limites extérieures¹⁷⁵ sont-elles apportées par les exclusions de l'article 2 CV ou la délimitation de l'article 3 CV: les auteurs de la Convention ont tracé le contour des côtes mais ne se sont guère intéressés à la géographie intérieure de l'îlot.

48. Il est vrai que le contrat de vente est universellement connu dans son principe¹⁷⁶ et que les praticiens n'ont guère de difficultés à

¹⁷⁴ L'îlot n'est cependant pas isolé, et il s'agirait même plutôt d'un archipel: citons pour mémoire et dans les limites du droit des obligations les Convention de droit international privé matériel en matière de transport ferroviaire, par mer, par air, de trafic postier, de droit de change, et de droit du chèque (Pour les références de ces Conventions, cf. SCHULZE, p. 4 et 5). Des règles matérielles de source privée (telles que les INCOTERMS ou les RUU) complètent ce paysage de droit matériel en matière internationale.

¹⁷⁵ Soit des «borderlines» selon l'expression de WINSHIP, pp. 1-17, 1-25

¹⁷⁶ REINHART, ad art. 1 n° 2: «Der Kaufvertrag gehört in allen Rechtsordnungen zu den ältesten bekannten Vertragstypen»; ERDEM, p. 161. Pour autant, les notions de vente ne sont pas uniformes dans le temps ni dans l'espace: cf. à ce sujet BUCHER E., in: Berner Tage, pp. 15 ss. L'essentiel de ces divergences tient cependant dans l'effet réel ou non de la vente. Or, en vertu de l'art. 4 let. b CV, la Convention ne concerne pas le transfert de propriété. Le droit uniforme est donc compatible avec les différentes conceptions de la vente des Etats contractants.

identifier un contrat de vente, sans dictionnaire juridique à la main. Les Conventions antérieures relatives à la vente internationale ne s'embarassaient pas plus que la Convention de Vienne de cette définition, sans que cette lacune nuisît à leur application pratique¹⁷⁷. Il est par ailleurs possible de reconstituer dans la Convention de Vienne une définition presque identique à celle de l'article 184 CO, à travers les obligations réciproques du vendeur et de l'acheteur définies aux articles 30 CV et 53 CV¹⁷⁸: le contrat de vente est le contrat selon lequel «*le vendeur s'oblige à livrer les marchandises, à en transférer la propriété et, s'il y a lieu, à remettre les documents s'y rapportant*» et l'acheteur à «*payer le prix et prendre livraison des marchandises*». Certes, les dispositions de la Convention sont dispositives (art. 6 CV). Une dérogation substantielle aux articles 30 et 53 CV dénaturerait cependant le contrat et le ferait échapper au champ d'application uniforme de la Convention: à trop user de l'article 6 CV, les parties risquent de le rendre inapplicable¹⁷⁹!

Ce n'est donc pas tant à la substantifique moelle du contrat de vente qu'il convient de s'arrêter qu'à ses modalités particulières

¹⁷⁷ Concernant la Convention de La Haye de 1955, cf. VISCHER, *Das Haager Abkommen*, p. 53, qui souligne la nécessité d'une qualification autonome de la vente dans l'application de la Convention: «Qualifikationsschwierigkeiten werden nicht ganz zu umgehen sein. Sie sind notwendigerweise einheitlich, autonom zu lösen, um die Entstehung partikulären Rechts aus der verschiedenen Auslegung zu vermeiden». Cette règle s'impose également en ce qui concerne la Convention de Vienne, conformément au principe de l'interprétation uniforme de l'art. 7 CV. Concernant la Convention de La Haye de 1986, cf. PELICHET, p. 67 qui explique l'utilisation de l'expression «contrats de vente», en opposition à celle de «ventes», par la traduction anglaise de «contracts for the sale of goods» qui n'a pas d'implications réelles, alors que la notion de «sale of goods» comporte la problématique du transfert de propriété. La Convention de Vienne ne respecte que partiellement cette précision linguistique, puisqu'il y est question indifféremment de «contrats de vente» (art. 1 CV, 4 CV), et de «vente» (art. 2 CV, 3 CV), tant dans la version anglaise que française. Concernant la Convention de 1964 portant loi uniforme, cf. MERTENS/REHBINDER ad art. 1/2 EKG, n° 17.

¹⁷⁸ Sur cette idée, cf. WINSHIP, p. 1-22; KAHN, in: DPCI, p. 387; BUCHER É., in: *Berner Tage*, p. 26; HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 1, n° 14; REINHART, ad art. 1, n° 1; ERDEM, n° 161; SCHÖNLE, ad art. 184, n° 198. Concernant la Convention de 1964 portant loi uniforme, cf. MERTENS/REHBINDER, ad art. 1/2, n° 17.

¹⁷⁹ Cf. HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 6, n° 27.

consacrées par la pratique, ou aux contrats les plus proches soumis par analogie au droit de la vente, puis à son objet, très généralement défini par le terme de «*marchandises*».

b. Contrats faisant l'objet de dispositions expresses en droit suisse

49. Le premier élément de la définition du contrat de vente déduite des articles 30 et 53 CV est le paiement du prix. Les contrats de *donation* sont donc exclus de cette définition¹⁸⁰. S'agissant d'un contrat d'*échange*, l'élément de paiement du prix fait également défaut, ce qui conduit la majorité de la doctrine à rejeter ce type de contrat du champ d'application de la Convention¹⁸¹. Pourtant, l'article 237 CO soumet ce contrat aux règles de la vente, chacun des copermutants étant traité à la fois comme vendeur et comme acheteur¹⁸². Les règles de la vente applicables au contrat d'échange sont celles qui seraient *matériellement applicables* à chacun des deux aspects de l'échange considéré comme une vente: ainsi l'échange d'immeubles est-il soumis aux règles de la vente immobilière¹⁸³. Dans cette même logique, l'échange international devrait-il être soumis aux règles de la vente internationale¹⁸⁴. Le droit uniforme étant partie intégrante du

¹⁸⁰ WINSHIP, p. 1-22. Voir cependant sur les donations mixtes infra n° 56.

¹⁸¹ MESSAGE n° 211.32; HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 1, n° 18; SCHLECHTRIEM, Uniforme sale Law, p. 34; HERBER/CZERWENKA, ad art. 1, n° 5; REINHART, ad art. 1, n° 2; CZERWENKA, p. 142; WINSHIP, p. 1-24, notamment note 49: «Soon after completion of the work on the draft sales Convention the UNCITRAL secretariat studied the problem of barter and barter-like transactions. The reports of the Secretariat examine the legal nature of these transactions and conclude that they do not constitute a single legal category which could be regulated by a single unified legal structure (...) That these studies were undertaken suggests that the commission did not believe barter transactions fell within the draft sales Convention».

¹⁸² Les règles sur les obligations du vendeur s'appliquent alors «*telles quelles*», et celles sur les obligations de l'acheteur «*par analogie*»: cf. TERCIER, n° 851. Voir par ailleurs en droit allemand le par. 515 BGB et en droit français l'art. 1707 CC, qui proposent des solutions similaires.

¹⁸³ TERCIER, n° 850; ATF 95 II 309 = JT 1970 I 243.

¹⁸⁴ Dans ce sens, HONNOLD, n° 561; AUDIT, p. 137; ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH, ad art. 1, n° 1; MASKOW in: BIANCA/BONELL ad art. 53 n° 2.5: «On the other hand, in genuine barter contracts both parties are sellers. Therefore, the Convention would not be necessarily excluded». Cf. également MESSAGE n° 211.32, plus

droit suisse, il n'y a aucune raison pour qu'il soit exclu du renvoi de l'article 237 CO si le contrat est international. Cette solution est particulièrement appréciable en droit international puisqu'elle évite l'épineux problème de la détermination de la prestation caractéristique en matière d'échange¹⁸⁵. Elle paraît d'autant plus simple que le contrat d'échange pur est rare, le paiement d'une soulte étant en général prévu pour équilibrer les valeurs des choses échangées. Des éléments de contrat de vente sont alors présents qui rendent difficile la qualification du contrat¹⁸⁶. Cette question n'a que peu de portée en droit interne, puisque les règles du contrat de vente sont applicables au contrat d'échange. En droit international, il serait du dernier ridicule d'appliquer les règles de la vente internationale à la partie du contrat concernée par le paiement de la soulte, et les règles de la vente interne par analogie pour la partie du contrat faisant l'objet de l'échange à proprement parler!

50. Des espèces de ventes faisant l'objet d'une réglementation particulière en droit suisse, seules la *vente sur saisie ou par autorité de justice* (art. 122 à 132 LP) et la *vente aux enchères* (art. 229 à 236 CO) sont expressément exclues du champ d'application du droit uniforme (art. 2 let. b et c CV).

La première est l'objet de dispositions de droit public nationales qui l'excluent d'office du processus d'unification du droit¹⁸⁷: la Convention de Vienne ne fait que suivre en cela la Convention de La Haye de 1955 (art. 1 al. 2 CLH-1955), celle de 1986 (art. 2 let. a CLH-1986), la Convention de 1964 portant loi uniforme (art. 5 let. d EKG, et art. 1 EAG), et la Convention de Genève sur la représentation en

modéré encore. Nuancé LURGER, Die Anwendung des Wiener UNCITRAL-Kaufrechtsübereinkommens 1980 auf den internationalen Tauschvertrag und sonstige Gegenschäfte, in: Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Vienne, 1991, pp. 414 ss.

¹⁸⁵ Répertoire de droit international privé, tome I, n° 55, p. 82.

¹⁸⁶ Les règles de la vente sont applicables au paiement de la soulte et celles de l'échange (soit en grande partie les règles de la vente par analogie selon l'art. 237 CO) à la livraison de l'objet. Si un telle scission du régime juridique du contrat n'est pas possible ou pas souhaitable, il faut lui appliquer les règles du contrat prédominant d'après l'intention des parties et la conception générale des affaires. Cf. à ce sujet ATF 81 II 221 = JT 1956 I 137; TERCIER, n° 849.

¹⁸⁷ Cf. LICHTSTEINER, p. 187; NEUMAYER/MING, ad art. 2, n° 6.

matière de vente internationale de marchandises (art. 3 let. e CGR). L'exclusion des ventes sur saisie ou par autorité de justice comprend les ventes de gré à gré de biens appartenant à une masse en faillite au sens de l'article 256 LP, ou les cas de réalisation anticipée au sens de l'article 124 alinéa 2 LP. De même les cas de liquidation de successions insolubles (art. 597 CC) sont-ils exclus du champ d'application du droit uniforme, les règles de la faillite étant applicables. Enfin, la vente du mobilier du pupille par l'autorité tutélaire (art. 400 CC) est également exclue du droit uniforme, ce type de vente étant une mesure prise par l'autorité publique¹⁸⁸.

L'exclusion totale de la vente aux enchères du droit uniforme est par contre une nouveauté par rapport aux Conventions antérieures¹⁸⁹: outre le fait que ce contrat soit l'objet de nombreuses dispositions impératives dans les différents droits nationaux¹⁹⁰, un problème particulier est posé par le fait que le vendeur ne connaît l'identité de son cocontractant qu'au moment de l'adjudication. Le caractère éventuellement international du contrat lui est donc totalement imprévisible jusqu'à ce moment: or, le droit uniforme n'a pas vocation à s'imposer accidentellement, ainsi que l'indique le principe de la reconnaissabilité de l'internationalité de l'article 1 alinéa 2 CV¹⁹¹. Exclue du champ d'application du droit uniforme, la vente aux enchères est donc restituée au système conflictuel, soit à la Convention de La Haye de 1955 s'il s'agit d'une vente aux enchères volontaire¹⁹², ou aux règles natio-

¹⁸⁸ Sur ces hypothèses, cf. WALTER, p. 319. Cet auteur ajoute que les cas de partages d'une succession au sens de l'art. 612 al 3 CC ne sont pas concernés par l'art. 2 CV, la vente n'ayant pas lieu «par autorité de justice» mais à la demande des héritiers. S'agissant d'une vente aux enchères, l'exclusion résulte cependant de l'art. 2 let. b CV.

¹⁸⁹ Cf. art. 3 al. 3 CLH-55; 5 EKG; 9 CLH-86; PELICHET, p. 159.

¹⁹⁰ REINHART, ad art. 2, n° 5.

¹⁹¹ LICHTSTEINER, p. 186; AUDIT, p. 29 n° 30; HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 2, n° 21.

¹⁹² Art. 3 al. 3 CLH-1955; voir à ce sujet DROZ, p. 667; PELICHET, p. 159; MESSAGE relatif à la CLH-55. Les ventes aux enchères sont en général conclues par l'intermédiaire d'un représentant direct (préposé aux enchères, notaire, huissier judiciaire), ce qui implique en outre l'application de l'art. 126 al. 2 LDIP. (La Convention de Genève sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises n'est en aucun cas applicable à la vente aux enchères: art. 3 al. 1 let. d CGR).

nales sur l'exécution forcée s'il s'agit d'une vente aux enchères par «*autorité de justice ou sur saisie*».

51. Les *ventes sur échantillon, ventes à l'essai et ventes à tempérament*, qui font également l'objet de dispositions particulières en droit suisse (art. 222 à 228 CO), sont par contre comprises dans le champ d'application de la Convention¹⁹³ et perdent ainsi en partie leur spécificité. Il faut cependant tempérer cette constatation à plus d'un titre:

- La réglementation de la vente à tempérament (vente par acomptes ou vente avec paiements préalables) est inscrite dans le cadre général de la protection des consommateurs¹⁹⁴. Cette *ratio legis* n'est pas compromise par le droit uniforme qui exclut expressément de son champ d'application les ventes de marchandises achetées pour un usage personnel, familial ou domestique (art. 2 let. a CV). Pour l'essentiel, les ventes à tempérament susceptibles d'entrer dans le champ d'application du droit uniforme sont celles qui ne sont que partiellement soumises aux articles 226a ss CO, au sens des articles 226m alinéa 4 et 227i CO¹⁹⁵.
- Un certain nombre des dispositions du droit interne suisse concernant ces ventes de nature particulière restent applicables en concours avec le droit uniforme, dans la mesure où elles concernent la validité du contrat (art. 226 e, 226 f, 226 i al. 2 in fine, 226 l, 227 d in fine, 227 e al. 1 et 3, 227 h al. 3 CO), à l'exception cependant des règles de forme (art. 226 a al. 2 et 3, 226 b, 227 a al. 2 CO), de conclusion du contrat (art. 225, 226

¹⁹³ MESSAGE, n° 211.32.

¹⁹⁴ TERCIER, n° 689.

¹⁹⁵ le concours entre les art. 226a ss. CO et le droit uniforme peut cependant être total, une vente soumise au droit uniforme ne réalisant pas nécessairement les conditions alternatives de l'art. 226m al. 4 CO: l'acheteur n'est pas forcément inscrit au registre du commerce (cf. art. 1 al. 3 CV); la marchandise doit être acquise pour un usage commercial (art. 2 let. a CV) mais le critère relevant n'est pas celui de la nature de la chose (cf. infra n° 61). Si le prix de vente global dépasse Frs 200.- ou la durée du contrat six mois, et si le contrat prévoit plus de quatre acomptes, le concours entre le droit uniforme et les art. 226a ss CO est total.

Par ailleurs tous les cas où le vendeur ne savait pas ou n'était pas sensé savoir que la marchandise était achetée pour un usage personnel, familial ou domestique tombent dans le champ d'application du droit uniforme.

b, 228 CO) ou des règles relatives à la nullité des clauses contractuelles dérogeant à des droits que le droit uniforme, contrairement au droit interne, ne confère pas aux parties (art. 226 c, 226 d al. 3 et 4 CO) : le droit uniforme ne concerne en effet pas la validité du contrat (art. 4 let. a CV) qui doit être déterminée selon le droit désigné par les règles de conflit du for, mais régit cependant de façon exhaustive la conclusion du contrat (art. 14 à 24 CV) et pose le principe de la liberté de la forme (art. 11 CV), sans que la Suisse n'ait fait de réserve à ce sujet (art. 12, 96 CV)¹⁹⁶. On ne saurait enfin reprocher aux parties de «déroger» à des règles qui ne sont plus applicables¹⁹⁷.

- Le droit uniforme reprend certains principes des dispositions particulières du droit suisse: ainsi l'article 35 alinéa 2 lettre c CV selon lequel les marchandises ne sont conformes au contrat que si elles possèdent les qualités d'une marchandise que le vendeur a présentée à l'acheteur comme échantillon ou modèle, correspond-il aux principes dégagés par la doctrine et la jurisprudence au sujet de l'article 222 CO¹⁹⁸. La règle de l'article 222 CO complète par ailleurs utilement le droit uniforme pour une question non régie par la Convention et donc soumise au droit national désigné par les règles de conflit¹⁹⁹.
- Enfin, la qualification du contrat dépend des stipulations particulières des parties, et les normes descriptives des articles 222ss CO (par exemple l'article 223 alinéa 1 CO pour qualifier une vente de vente à l'essai, ou l'article 226 a CO pour une qualification de vente par acomptes) restent utiles comme

¹⁹⁶ Quid cependant si une des parties au contrat est établie dans un Etat ayant émis une telle réserve? les règles conventionnelles instituant le principe de la liberté de la forme ne sont plus applicables et la question de la forme est soumise au droit national applicable selon les règles de conflit du for. Si ce droit national est le droit Suisse, les règles de formes relatives aux contrats de vente à tempérament redeviennent-elles applicables? Voir à ce sujet infra n° 102 et 103.

¹⁹⁷ Cf. infra n° 206.

¹⁹⁸ MESSAGE, n° 211.32; LICHTSTEINER, p. 223.

¹⁹⁹ La répartition du fardeau de la preuve, que prévoit l'art. 222 CO, est une matière non régie par le droit uniforme. Cf. HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 4, n° 5. Voir cependant AUDIT, p. 100, n° 102.

critère de qualification du contrat²⁰⁰, lorsque le droit national suisse doit être appliqué à titre supplétif.

52. Les pactes d'*emption*, de *préemption* et de *rééré* font l'objet de peu de dispositions en droit suisse, et uniquement en matière immobilière. S'ils portent sur une marchandise, ces droits sont soumis aux règles uniformes²⁰¹, puisqu'ils «*peuvent être considérés comme l'ensemble des prérogatives qui résultent pour leur titulaire de l'existence, entre lui et le promettant, d'une vente conditionnelle soumise (pour le droit de préemption, outre la conclusion de la vente avec le tiers) à la condition suspensive potestative que le titulaire déclare vouloir exercer son droit*»²⁰². Le droit suisse ne consacre de dispositions à ces pactes d'*emption* (art. 683, 959 CC, art. 216 CO), de *préemption* (art. 681, 682, 959 CC, art. 216 CO), ou de *rééré* (art. 683, 959 CC, 216 CO) que dans la mesure où ils portent sur une chose immobilière. En matière mobilière, le législateur s'en est remis à la liberté contractuelle des parties. Le fait que le droit uniforme leur soit applicable ne change donc guère la situation juridique (le cadre légal de la liberté des parties devenant l'article 6 CV), sinon en ce qui concerne la *conclusion* de ces pactes, régie par le chapitre II de la Convention de Vienne et non plus par les articles 1ss CO: il est souhaitable que ces pactes soient soumis aux mêmes règles de conclusion que le contrat de vente dans lequel ils s'intègrent (dans le cas par exemple d'un contrat de vente comprenant un pacte de *rééré*) ou auquel ils donneront lieu (par exemple le contrat de vente provoqué par l'exercice d'un droit d'*emption*).

²⁰⁰ MESSAGE, n° 211.32.

²⁰¹ SCHLECHTRIEM in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad Vor Art. 14-24, n° 9.

²⁰² STEINAUER, tome II, n° 1706. Ainsi que l'indique l'auteur, la nature juridique des droits d'*emption*, de *préemption* et de *rééré* est cependant contestée en droit suisse. En ce qui concerne l'applicabilité de la Convention de Vienne, il paraît logique que le pacte d'*emption*, de *préemption* ou de *rééré* soit soumis aux mêmes règles de conclusion du contrat que le contrat de vente auquel il se rapporte, ce qui plaide en faveur de la solution proposée par STEINAUER.

c. Contrats innommés et documents précontractuels

53. Le droit uniforme doit également être appliqué aux *contrats innommés*²⁰³ dans la mesure où la question posée au juge appelle l'application analogique du droit de la vente, et où les autres conditions d'application du droit conventionnel, non liées à la nature du contrat, sont réalisées²⁰⁴. Le droit de la vente n'étant pas directement applicable, le juge ne peut procéder à l'application directe de la Convention mais doit d'abord procéder au rattachement du contrat selon le principe de la prestation caractéristique ou celui de l'autonomie de la volonté des parties²⁰⁵. Si le droit ainsi désigné est le droit suisse²⁰⁶, le juge sera éventuellement amené, subsidiairement au respect de la *lex contractus*, des usages et de la partie générale du droit des obligations²⁰⁷, à appliquer par analogie et selon le pouvoir créateur que lui réserve l'article 1 CC, les solutions du droit uniforme: dans sa recherche d'une

²⁰³ HONNOLD, n° 60.4. La doctrine ne cite en général que le cas des contrats mixtes: cf. à ce sujet HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 1, n° 16; CZERWENKA, p. 141; REINHART, ad art. 1, n° 2; WINSHIP, n° 1-22; ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH, ad art. 1, n° 1 ; HERBER/CZERWENKA, ad art. 1, n° 4; HERRMANN in: Berner Tage, p. 92; HERBER, in: Berner Tage, p. 225; NEUMAYER/MING, ad art. 3, n° 5.

D'un point de vue théorique, l'application des règles du droit uniforme est aussi concevable en matière de contrat *sui generis*: chaque fois que le juge est amené à appliquer une règle du droit de la vente, même à titre analogique dans le cadre du complètement du contrat, il doit logiquement tenir compte du caractère international du contrat et considérer que les règles conventionnelles sont plus adéquates à son complètement que les règles du droit des obligations suisse.

L'art. 3 CV, relatif au contrat de fourniture d'ouvrage, traite expressément d'un cas de contrat mixte (cf. infra n° 54). Dans ce cas, l'application de la Convention résulte de son texte, interprété a contrario selon l'art. 7 CV, et non du droit national supplétif (NEUMAYER/MING, ad art. 3. n° 5).

²⁰⁴ HONNOLD, n° 60.4 : «in some situations tribunals may find that provisions of the Convention are helpful in solving comparable problems that fall outside its scope».

²⁰⁵ Ce qui n'est pas sans poser de nombreux problèmes: cf. à ce sujet SCHWANDER, *Innominatverträge*, pp. 506, 507.

²⁰⁶ Ou le droit d'un Etat contractant dans le cadre des règles de cet Etat relatives aux contrats innommés.

²⁰⁷ Sur cette démarche, cf. SCHÖNLE, *Vorbemerkungen zum Art. 184-551*, n° 49, 63, 67 et 69. Le respect de la *lex contractus* et des usages correspond aux art. 6 et 9

norme analogique²⁰⁸, le juge doit en effet tenir compte du caractère international du contrat et recourir aux règles uniformes plutôt qu'aux règles nationales désignées par les règles de conflit²⁰⁹.

La question se pose différemment en ce qui concerne les règles relatives à la conclusion du contrat: un contrat innommé est soumis en principe à la partie générale du Code des obligations²¹⁰. Un délicat problème d'interprétation se pose alors au juge qui *«doit résoudre (la question) de savoir si une lex specialis pourrait ou devrait être établie. Le juge ne doit donc pas simplement transposer mécaniquement les dispositions générales sur un contrat non réglé par la loi, mais apprécier dûment si elles sont conformes à sa nature»*²¹¹. La nature internationale du contrat doit alors être prise en compte, et fait apparaître le Chapitre II de la Convention de Vienne comme une lex specialis par rapport à la partie générale du Code des obligations.

54. L'applicabilité du droit uniforme à certains contrats mixtes ressort en outre de la Convention elle-même, qui, en son article 3 alinéa

CV. L'application des règles de la parties générale du droit des obligations ne suffit pas à résoudre les questions spécifiques posées par un contrat comportant des éléments de vente.

²⁰⁸ Sur le complètement du contrat innommé par la méthode analogique, cf. SCHLUEP, *Innominatverträge*, pp. 765 ss, notamment par. 105 III, p. 795; MEIER-HAYOZ in: FJS n° 1096 p. 3, n° 1134, p. 9, et n° 1135, p. 5; le même, in: *Berner Kommentar ad art. 1 ZGB*, n° 251 ss; TERCIER, *Des législateurs innommés*, p. 45; JÄGGI/GAUCH, ad art. 18 OR, n° 547 ss.

²⁰⁹ Cette application des règles conventionnelles par analogie ne fait cependant pas l'objet d'une obligation internationale, et dépend uniquement des principes de jurisprudence et de doctrine du droit national: cf. HONNOLD, n° 60.4.

L'admissibilité de l'application analogique du droit uniforme répond au critère de l'identité des états de faits: « Die lückenausfüllende Anwendung einer Rechtsnorm ist dann zulässig, wenn der zu entscheidende, nicht normierte Sachverhalt dem gesetzlich geregelten Tatbestand in den Punkten ähnlich ist, die für seine Wertung wesentlich sind » (SCHÖNLE, *Vorbemerkungen zum Art. 184-551*, n° 70). Si ce critère conduit le juge à appliquer les règles de la vente, il doit encore franchir l'étape supplémentaire de la prise en compte de l'internationalité et appliquer les règles du droit uniforme plutôt que les art. 184 ss CO.

²¹⁰ SCHÖNLE, *Vorbemerkungen zu Art. 184-551*, n°63-66; SCHLUEP, *Innominatverträge*, p. 797: «Einmal bleiben gemischte Verträge Verträge, so dass grundsätzlich der allgemeine Teil des OR anzuwenden ist»; MEIER-HAYOZ, in: FJS n°1134, p. 8, n° 2.

²¹¹ MEIER-HAYOZ, in: FJS n° 1134, p. 8, n° 2.

2, prévoit que les contrats «dans lesquels la part prépondérante de l'obligation de la partie qui fournit la marchandise consiste en une fourniture de main d'oeuvre ou d'autres services» ne lui sont pas soumis: a contrario les contrats dans lesquels une part *non prépondérante* des obligations de la partie qui fournit la marchandise consiste en une fourniture de main d'oeuvre ou de service, qui seraient qualifiés en droit suisse de contrats mixtes, sont soumis au droit uniforme²¹².

Le critère de la prépondérance est plus restrictif que le critère de la part essentielle de l'article 3 alinéa 1 CV²¹³. Il repose sur une interprétation quantitative²¹⁴ et factuelle²¹⁵. L'intérêt subjectif des parties n'est pas à prendre en considération²¹⁶. La question de la séparabilité du rapport contractuel en deux contrats distincts (un contrat de vente et un contrat de service) dont l'un échapperait au droit uniforme ne saurait par contre ressortir d'une interprétation du texte de la Convention, muette à ce sujet, mais relève du droit national applicable à titre supplétif²¹⁷.

²¹² HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 3 CV, n° 9; KAROLLUS, p. 24; GAUCH, in: Droit de la construction, p. 24; CZERWENKA, p. 144; NEUMAYER/MING, ad art. 3, n° 5; cf. par ailleurs la sentence arbitrale publiée in: Clunet 1992, p. 1005 ss (commentée par MAGNUS, p. 84) au sujet d'un contrat qui impliquait des obligations de vente et de montage et qui fut soumis au droit uniforme, l'obligation de montage étant accessoire.

²¹³ CZERWENKA, p. 144.

²¹⁴ AUDIT, p. 26; HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 3, n° 4: «Ange-sichts der in der -zumeist notwendigen- Schätzung dieses Wertanteils liegenden Unsicherheit wird man verlangen müssen, dass der Anteil der Dienstleistungen deutlich über 50% liegt». Voir cependant au sujet de la Convention de La Haye de 1986 PELICHET, p. 85. L'art. 3 al. 2 CV ne résout pas la question de l'éventuelle divisibilité de la relation contractuelle en deux contrats distincts, le premier étant un contrat de service soumis au droit national et le second un contrat de vente soumis à la Convention. Cette question relève du droit national applicable selon les règles du conflit du for: cf. DOCUMENTS OFFICIELS, p. 17; HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 3 n° 6.

²¹⁵ MESSAGE, n° 211. 32.

²¹⁶ KAROLLUS, p. 24.

²¹⁷ DOCUMENTS OFFICIELS, p. 17 (Commentaire du secrétariat, ad art. 3, n° 3); SCHLECHTRIEM, Uniform Sales Law, p. 32. Voir cependant HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 3 n° 6; NEUMAYER/MING, ad art. 3 n° 5; CZERWENKA, p. 146; HERBER in: Berner Tage, p. 225; intervention de LISCHER in: Berner Tage, p. 238; dubitatif HERRMANN in: Berner Tage, p. 92 qui conseille à juste titre aux parties de préciser leur volonté à cet égard.

55. L'article 3 alinéa 1 CV traite du cas particulier du *contrat de livraison d'ouvrage*, et déroge considérablement à la tradition juridique suisse à cet égard: de tels contrats ont en effet toujours été considérés comme des contrats d'entreprise lorsque le travail constituait l'essentiel de la prestation, ou lorsque l'ouvrage devait être effectué suivant les instructions de son destinataire²¹⁸. Le critère de délimitation de la Convention est au contraire celui de la fourniture dans une part essentielle des éléments matériels nécessaires à cette fabrication ou production²¹⁹. Il reprend en cela la formulation de l'article 6 EKG, presque identique à celle des Conventions de La Haye de 1985 (qui parle d'une part «*importante*») et de 1955 (qui ne définit pas la part de matière première déterminante)²²⁰. Une différence de qualification du contrat intervient donc entre le droit suisse national et le droit uniforme lorsque: 1.) la partie devant livrer l'ouvrage fournit une part prépondérante du matériel, et 2.) une part essentielle de sa prestation consiste en travail, ou l'ouvrage doit être exécuté selon les instructions précises de son destinataire. De tels contrats sont qualifiés de contrat d'entreprise en droit national suisse et de contrat de vente en droit uniforme.

²¹⁸ Tribunal fédéral, 1ère Cour civile, Lomaglio c. Houlmann in: S. J. 1979, p. 403; Tribunal fédéral, 1ère Cour civile, Oxydor, de Pietro c. Chedel et Perrinjaquet, in: S. J. 1973, p. 1 et les références doctrinales citées dans ces arrêts; SCHÖNLE, ad art. 184, n° 133; TERCIER, n° 2406; MESSAGE, n° 211.32; LICHTSTEINER, p. 188. En droit allemand, le par. 651 BGB soumet les contrats de livraison d'ouvrage aux dispositions relatives à la vente, sous réserve du cas où il s'agit de la production d'une chose non fongible, certaines dispositions du contrat d'entreprise étant alors applicables. En droit français, la jurisprudence tient compte des critères de la valeur respective du travail et de la matière, de la volonté des parties, et du rôle des parties dans la conception de la chose à fabriquer: cf. GUESTHIN/DESCHÉ, *Traité des contrats, La vente*, LGDJ 1990, pp. 71 ss. En droit autrichien, cf. KAROLLUS, p. 23. Ces disparités nationales rendaient indispensable la délimitation claire de l'art. 3 al. 1 CV.

²¹⁹ Cette «part essentielle» doit être estimée en terme de valeur et non en terme de quantité matérielle (HONNOLD, n° 59; HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 3, n° 2, NEUMAYER/MING, ad art. ad art. 3 n° 3; GAUCH in: *Droit de la construction*, p. 24). Quant à la première application de cette disposition par un tribunal suisse, cf. *Urteil des Zivilgerichts vom 21. 12. 1992, in Sachen W.T.GmbH gegen P. AG*, in: BJM 1993, p. 310.

²²⁰ PELICHET, p. 85; VISCHER, *Das Haager Abkommen*, p. 53.

Lorsque le droit suisse est désigné par les règles de conflit du for, se pose dès lors la question des règles applicables pour combler les lacunes de la Convention ou remplacer le droit uniforme partiellement exclu par les parties: le juge doit-il appliquer à titre completif ou substitutif²²¹ les règles du droit suisse de la vente, ou les règles du droit suisse de l'entreprise? Une qualification unique du contrat à travers les critères de l'article 3 CV serait certes préférable à une qualification dépendant de la question à résoudre: elle éviterait qu'une même lacune de la Convention soit comblée parfois avec les règles nationales sur la vente et parfois avec les règles nationales sur l'entreprise, et épargnerait au juge, notamment au juge étranger devant appliquer le droit suisse à titre supplétif, de devoir analyser le contrat selon des critères de qualification nationaux, alors même que le contrat est soumis pour l'essentiel à un droit international uniforme.

Pourtant, l'article 3 CV n'est applicable que dans les limites matérielles du droit uniforme et ne saurait s'imposer en droit interne. Il serait par ailleurs dommage de se priver par principe des règles nationales sur le contrat d'entreprise, parfois plus adéquates que les règles nationales sur la vente pour régler les questions échappant au droit uniforme: les questions touchant au droit à la réparation de l'article 36 alinéa 2 CV trouverons par exemple des réponses plus adéquates dans le droit suisse du contrat d'entreprise que dans le droit suisse du contrat de vente, qui ne connaît pas un tel moyen de droit²²². Le juge doit donc chercher dans le droit national la règle qui lui paraît la plus adéquate pour compléter le droit uniforme, ou s'y substituer, sans s'arrêter aux critères nationaux formels de délimitation entre types de contrat. La prise en compte trop rigoureuse de ces critères irait à l'encontre de l'effet bénéfique de l'uniformisation et de la souhaitable harmonisation entre le droit suisse interne et le droit uniforme²²³.

56. Conformément au principe de la prise en compte de l'internationalité du contrat dans la recherche d'une norme analogique applica-

²²¹ Sur ces concepts, cf. supra n° 7.

²²² Cf. ATF 95 II 119 ss; BECKER ad art. 206 CO, n° 1 et 5; KELLER/LÖRTSCHER, p. 91; OSER/SCHÖNENBERGER, ad art. 205 CO, n° 2; voir cependant GIGER, ad art. 205 CO, n° 40 ss.

²²³ On peut même souhaiter du point de vue de la systématique légale que cette harmonisation s'étende aux contrats internes. Sur le droit uniforme comme

ble aux contrats innommés, principe confirmé par l'article 3 alinéa 2 CV, les contrats de *location-vente* comme les contrats de *leasing avec droit d'achat* sont soumis au droit uniforme²²⁴. De la même façon, si les contrats de *donation* sont évidemment exclus du champ d'application de la Convention, la condition du paiement d'un prix faisant défaut²²⁵, les *donations mixtes* sont-elles soumises en partie aux règles du droit uniforme²²⁶. Dans la mesure où son rattachement partiel au contrat de vente, sujet à de nombreuses controverses en droit suisse²²⁷, est reconnu, le *contrat de soumission* doit être soumis à la même logique.

Si l'échange (supra n° 49) reste rare dans la pratique commerciale internationale, les *opérations de compensation* semblent connaî-

modèle pour le droit national, cf. HONNOLD, p. 58, n° 14; BUCHER E., in: Berner Tage, p. 49.

²²⁴ MESSAGE, n° 211.32; HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 1, n° 16; WINSHIP n° 1-22; REINHART, ad art. 1, n° 2; VOLKEN, p. 113, ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH ad art. 1, n° 1; HERBER/CZERWENKA, ad art. 1, n° 4; contra CZERWENKA, p. 146; NEUMAYER/MING, ad art. 3, n° 6.

Sur le contrat optionel en général, cf. PADOVICINI, p. 92, n° 7.

A noter que le contrat de leasing international fait lui-même actuellement l'objet d'un processus d'unification du droit. Voir à ce sujet SIEHR, Internationale Rechtsvereinheitlichung von Innominatverträge, p. 33.

²²⁵ WINSHIP, p. 1-22.

²²⁶ Les règles de la vente étant partiellement applicables: ATF 57 II 142 = JT 1931 I 450; ATF 84 II 247 = JT 1959 I 145; ATF 84 II 338 = JT 1959 I 130; ATF 98 II 352 = JT 1973 I 322; ATF 102 II 250 = JT 1977 I 258.

²²⁷ Voir notamment à ce sujet: SCHÖNLE, ad art. 184, n° 121; BUCHER E., Der Trödelvertrag, mit dem Augen Ulpian betrachtet, et PIOTET, Le contrat estimatoire, pp. 95 et 115. Cette controverse classique connaît un développement nouveau avec la question de l'applicabilité du droit uniforme au contrat de soumission.

Quant à la jurisprudence allemande relative aux Conventions de La Haye de 1964, cf. SCHLECHTRIEM/MAGNUS, ad art. 1 EKG, n° 11: «Kaufvertrag ist auch ein Vertrag, der als «Kommissionsabrede» bezeichnet wird und für der Käufer das Recht enthält, die nicht verkaufte Ware zurückgeben zu dürfen, solange der Weiterkauf nicht auf Provisionsbasis erfolgt, sondern zu einem Festpreis eingekaufte Ware vom Käufer selbständig weiterverkauft wird» (LG Münster, 25.08.77, 7b O 157/75).

Contra WINSHIP, p. 1-24: «A consignment arrangement under which the French supplier will take back unsold units might not be within the Convention because

tre un gain de faveur²²⁸. Ces opérations se présentent comme deux ventes indépendantes dont les prix respectifs font l'objet d'une compensation au sens de l'article 120 CO. Dans une telle construction, deux ventes distinctes sont économiquement liées mais juridiquement distinctes, et donc soumises respectivement au droit uniforme²²⁹.

Par leurs modalités particulières et leur caractère de longue durée, les *contrats de distribution exclusive* ou de *représentation exclusive*²³⁰ posent un problème: il convient en effet de distinguer le contrat cadre qui institue un rapport de collaboration de longue durée entre les parties, et les contrats de vente qui ont lieu en exécution du contrat cadre²³¹. Si ces derniers sont clairement soumis au droit uniforme²³², le contrat cadre présente des caractéristiques qui ne sont

title to the goods may not be transferred to the consignee and payment is conditional on resale».

²²⁸ RAJSKI JERZY, p. 103: «according to some estimates, countertrade accounted for 20-40 % of world trade in the years 1983-1985. By the year 2000, it may constitute as much as 50 % of world trade». Egalement JACQUET, p. 119. La pratique a développé de nombreux cas de figure (barter; barter-like; counterpurchase; buy-back; global arrangement; offset...) qu'il serait dommage d'exclure de l'effet simplificateur d'un droit international matériel unifié, alors qu'il ne s'agit en définitive que de modes de financements particuliers des ventes internationales. Sur cette idée, cf. KAPPUS, p. 25: «Umgekehrt ist wohl jede Art von Zahlungsmittel erfasst, also auch Verrechnungsvorgänge ohne körperliche Hingabe von Geldstücken».

²²⁹ MASKOW in: BIANCA/BONELL, ad art. 53, n° 2.5; HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 1, n° 14; HERBER/CZERWENKA, ad art. 1, n° 5; ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH, ad art. 1, n° 1; contra CZERWENKA, p. 141; KAPPUS, p. 25; LURGER, pp. 414 ss; KRITZER, p. 70, NEUMAYER/MING, ad art. 1, n° 2.

²³⁰ Les contrats de franchising, proches des contrats de distribution exclusive mais dont la nature s'apparente moins à celle d'un contrat de vente, font pour leur part l'objet d'un processus d'unification du droit au niveau international: cf. à ce sujet SIEHR, Internationale Rechtsvereinheitlichung von Innominatverträge, p. 41.

²³¹ SCHÖNLE, ad art. 184, n° 104.

²³² MEYER, p. 132 et 376. Au sujet des Conventions de 1964, voir l'abondante jurisprudence citée in: SCHLECHTRIEM/MAGNUS, ad art. 1 EAG, n° 10, et ad. Art. 1 EKG, n° 3: «Für die Anwendung des EKG bei Eigenhändlerverträgen kommt es nicht auf den Abschluss des Rahmenvertrages, sondern auf die in seiner Ausführung abgeschlossenen einzelnen Kaufverträge an»; REHBINDER, in: IPRax 1982, pp. 7 ss; MERTENS/REHBINDER, ad art. 1/2 EKG, n° 19. Il ne faut pas confondre le problème de l'applicabilité du droit uniforme et celui du rattachement

pas celles d'une vente mais celles d'un contrat de service²³³. En général, cette obligation de service est prépondérante par rapport à l'éventuelle obligation de livraison qui peut déjà être contenue dans le contrat cadre. Le droit uniforme n'est donc pas applicable en vertu de l'article 3 alinéa 2 CV²³⁴. Il peut cependant être applicable par analogie à une partie du contrat, lorsque l'application analogique des règles de la vente se justifie selon les règles nationales relatives aux contrats innommés²³⁵.

57. La pratique du commerce international a rendu usuel le recours à des *documents précontractuels*²³⁶ dont la nature juridique est souvent difficile à déterminer (accord de principe, lettre d'intention, clause «*subject to contract*» ou «*sans être contractuel*», etc...). Ces accords doivent-ils déjà être soumis aux règles du droit uniforme²³⁷?

ment accessoire des contrats d'exécution au droit applicable au contrat type. Cette problématique de droit international privé n'a d'impact sur l'applicabilité de la Convention que dans la mesure de la condition de réalisation de l'art. 1 al. 1 let. b CV.

²³³ MEYER, pp. 89 ss; KUHN, Moritz, Alleinvertriebsvertrag im Verhältnis zum Agenturvertrag, in: Festschrift für Max Keller, Schulthess, Zürich 1989, pp. 190 ss; BENEDICT, Martine, Le contrat de concession de vente exclusive, éd. pro schola, Lausanne 1975, p. 17 et 18; ENGEL, Contrats, p. 706.

²³⁴ Sur l'inapplicabilité du droit uniforme au contrat cadre, voir la jurisprudence citée in: SCHLECHTRIEM/MAGNUS, ad art. 8 EKG, n° 10: «Alleinvertreibe- und Provisionsabreden die im Zusammenhang mit Kaufverträgen geschlossen werden, regeln keine typischen Käufer- Verkäufer Pflichten, die die Anwendung des EKG begründen könnten»; REHBINDER, IPRax 1982, p. 7 ss

²³⁵ HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 1, n° 16 et SCHLECHTRIEM, in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, Vor Art. 14-24, n° 9: le contrat cadre doit notamment être soumis au droit uniforme lorsqu'il contient déjà une obligation de livraison ne dépendant pas de la conclusion d'un contrat de vente subséquent. En droit suisse, cf. SCHÖNLE, ad art. 184, n° 129.

Voir également l'OLG Frankfurt 17. 9. 1991, publié in: NJW 1992, p. 633, selon lequel un contrat de vente exclusive est soumis au droit uniforme, mais les règles nationales de forme restent applicables.

²³⁶ Voir à ce sujet: FONTAINE, Droit des contrats internationaux (chapitre I); FARNSWORTH, Negotiation of Contract and Precontractual Liability: General Report, qui présentent une large casuistique de ces documents.

²³⁷ Réponse affirmative: SCHLECHTRIEM in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, vor art. 14-24, n° 9; plus nuancé: BONELL, in: RIW 1990, pp. 693 ss., notamment I, 3;

Il s'impose en premier lieu de distinguer document précontractuel et contrat, ce dernier pouvant être incomplet ou conditionnel. La frontière est tracée par les critères de l'article 14 CV: le pré-contrat devient contrat de vente dès qu'il y a accord sur une «*proposition qui indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation (et qui) désigne les marchandises et, expressément ou implicitement, fixe la quantité et le prix*²³⁸ ou donne des indications permettant de le déterminer». Le droit uniforme, qui régit non seulement les effets du contrat mais également sa conclusion, intervient dès qu'une telle proposition parvient (au sens de l'article 24 CV) à un acheteur éventuel, soit à «*une ou plusieurs personnes déterminées*» au sens de l'article 14 CV²³⁹.

Certes les parties peuvent-elles déroger à l'article 14 CV, et au processus de conclusion des contrats prévu par le droit uniforme²⁴⁰, ainsi que le fait remarquer BONELL qui donne l'exemple de l'accord simultané des parties sur un contrat rédigé par un tiers, ou au contraire de contrats issus de longues négociations sans que le moment de la conclusion soit déterminable²⁴¹. Même si la procédure de conclusion des contrats prévue par la Convention (soit l'échange formel d'une offre et d'une acceptation) n'est pas impérative dans son déroulement chronologique, il est vain de chercher à appliquer le droit uniforme à des accords ou déclarations de volonté ne répondant pas aux critères de l'article 14 CV, soit la volonté de son auteur d'être lié, et une détermination des éléments de base du contrat. En effet, la question essentielle qu'implique ce type de document précontractuel, soit son

indécis: PADOVICINI, p. 92; Concernant les Conventions de La Haye de 1967, cf. MERTENS/REHBINDER, ad art. 1/2 EKG, n° 20, qui considèrent qu'une promesse de contracter est soumise à la loi uniforme dès lors que le contrat qu'elle concerne le sera.

²³⁸ Sur la fixation du prix, voir cependant BUCHER E., in: Mélanges Piotet, pp. 371 ss.

²³⁹ Dans ce sens: WEY, n° 86.

²⁴⁰ HONNOLD, n° 74; BONELL, in: RIW 1990, p. 696.

²⁴¹ BONELL, in: RIW 1990, p. 695, rappelle notamment qu'un projet avait été préparé par le secrétariat de la CNUDCI, selon lequel un contrat devait être considéré comme conclu même lorsque le moment exact de la conclusion du contrat n'est pas déterminable. Ce projet a été abandonné pour des raisons d'opportunité, et non par opposition à son contenu.

caractère obligatoire et les conséquences de son inexécution²⁴², ne trouve aucune réponse dans le droit uniforme. Plutôt que de soumettre ce problème à un peu prévisible et indéfinissable «*esprit de la Convention*» au sens de l'article 7 CV, il est préférable de considérer qu'il ne s'agit pas là d'une lacune du droit uniforme mais de l'une des limites de son champ d'application, et de s'en remettre au droit national applicable selon les règles de conflit du for.

B. Objet du contrat: du concept de marchandises

58. Alors que la Convention de La Haye de 1955, à l'instar des Conventions de 1964 portant loi uniforme, traite de la vente d'«*objets mobiliers corporels*», les Conventions internationales les plus récentes en matière de vente mobilière internationale, qu'il s'agisse de la Convention de Vienne, de la Convention de La Haye de 1985 ou de la Convention de Genève sur la représentation, recourent à l'expression de «*marchandises*». Il ne faut pas voir dans cette évolution terminologique un changement substantiel²⁴³ (la traduction anglaise, «*Goods*», ne fait pas la différence), mais plutôt la traduction d'une volonté générale d'éviter les expressions à forte connotation juridique, au profit d'expressions plus familières aux praticiens du commerce et moins susceptibles d'interprétations divergentes d'un Etat à l'autre²⁴⁴.

²⁴² Cf. DRAETTA, Precontractual documents in merger or acquisition negotiations, an overview of the international practice, in: RDAI n° 2, 1991, p. 230: «The general consensus is that the critical issue with respect to such documents centres around the difficulty of identifying the cases in which the letters of intent have a binding nature or other types of legal effects».

²⁴³ Cf. MESSAGE, n° 211.31, qui parle de «mise à jour terminologique»; DOCUMENTS OFFICIELS, p. 15; HERBER/CZERWENKA, ad art. 1, n° 7; Voir également PELICHET, p. 69; HEUZE, n° 5.; SCHÖNLE, ad art. 187, n° 17.

²⁴⁴ CZERWENKA, p. 167; KAHN, in: DPCI, p. 390; Voir également PELICHET, p. 68. Pour être moins juridique que la notion d'objets mobiliers corporels, la notion de marchandise est connue en droit suisse et utilisée notamment aux art. 7 al. 3 CO et 92 al. 2 CO. La définition qui en est donnée par la doctrine suisse correspond tout à fait à la notion de la Convention: «Sachgüter (...) die unmittelbar Gegenstand eines Handgeschäftes werden können» (Ernst KRAMER, Bruno SCHMIDLIN, in: (Berner) Kommentar zum schweizerischen Privatrecht,

59. Si les deux concepts de «*marchandises*» et «*d'objets mobiliers corporels*» sont très proches, le premier est néanmoins légèrement plus large que le second, puisque la Convention de Vienne admet dans son champ d'application la vente d'objets non corporels, tels que le gaz²⁴⁵ ou les programmes d'ordinateur²⁴⁶.

La vente de droits n'est cependant pas appréhendée par le droit uniforme²⁴⁷, pas plus que la vente d'entreprise²⁴⁸, qui comprend des objets immobiliers, des droits, et des valeurs immatérielles telles que la clientèle ou la réputation. Le moment pertinent pour la détermination du caractère mobilier de la chose vendue est celui de la livraison et non celui de la conclusion du contrat: ainsi la vente d'une récolte à venir ou d'un minerai à extraire est-elle une vente de marchandises au sens de la Convention²⁴⁹.

60. Pour être moins lourde de connotation juridique que la notion d'«*objets mobiliers corporels*», la notion de «*marchandises*» est néanmoins grevée d'une forte connotation commerciale et a longtemps été écartée des textes conventionnels de peur qu'elle impliquât dans l'esprit du public une distinction non souhaitable entre vente commer-

Band VI, 1. 1. Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1- 18 OR, Staempfli, Bern 1986, ad Art. 7 OR, n° 27).

²⁴⁵ Art. 2 let. f CV a contrario; KAHN, p. 391; HERRMANN, in : Berner Tage, p. 92; NEUMAYER/MING, ad art. 1, n° 3.

²⁴⁶ CZERWENKA, p. 148; HERBER/CZERWENKA, ad art. 2, n° 16; HERRMANN, in: Berner Tage, p. 92; KAROLLUS, p. 21; DIEDRICH, p. 451; FAKES, The application of the United Nation Convention on Contracts for the international Sales of Goods to Computer Software and Database Transactions, in: Software Law Journal 1990, pp. 583 ss.; Si le programme d'ordinateur a été spécialement conçu pour les besoins de l'acheteur, se pose néanmoins la question de l'art. 3 al. 1 CV.

²⁴⁷ KAROLLUS, p. 21; HONNOLD, n° 56: « It is clear that «Goods» governed by the Convention must be tangible, corporeal things, and not intangible right like those excluded by Article 2 (d) above- stocks, shares, investment securities and instrument evidencing debts, obligations or the right to payment».

²⁴⁸ HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 1, n° 24; HERBER/CZERWENKA, ad art. 1, n° 7; HERBER in: Berner Tage, p. 246; NEUMAYER/MING, ad art. 1, n° 3. Voir cependant le MESSAGE, n° 211.31 in fine, selon lequel l'entreprise pourrait être une marchandise au sens de la Convention si les valeurs immatérielles ou les biens immobiliers ne se trouvent pas au premier plan.

²⁴⁹ HERBER/CZERWENKA, ad art. 1, n° 7; HONNOLD, n° 56. Cette solution doit cependant être relativisée par la limite de l'art. 3 al. 2 CV.

ciale et vente civile²⁵⁰. Quelques scrupules d'inspiration plus littéraire se manifestaient par ailleurs à faire entrer dans ce concept de marchandises des objets d'ambition moins mercantile, comme les objets d'art²⁵¹.

Ces scrupules se sont tus lors de la Conférence diplomatique de Vienne (peut-être l'évolution du marché de l'art les rendait-ils désuets?), et l'absence de distinction entre vente civile et vente commerciale est affirmée par l'article 1 alinéa 3 CV, selon lequel le caractère civil ou commercial des parties ou du contrat ne sont pas pris en considération pour l'application de la Convention.

61. L'article 1 alinéa 3 CV doit cependant être mis en perspective avec l'article 2 lettre a CV selon lequel sont exclues de la Convention les ventes de marchandises achetées pour un usage personnel, familial ou domestique²⁵². Cette exclusion ne se rapporte pas à la *nature* de la chose, mais à son *affectation*: ainsi l'acquisition d'un appareil de photo entrera-t-elle dans le champ d'application de la Convention si l'acquéreur est un photographe, pas si c'est un simple amateur; de même l'acquisition de savons acquis pour les locaux d'une entreprise, d'un dictionnaire par un écrivain sont-ils des contrats appréhendés par la Convention²⁵³. Les marchandises non exclues du champ d'application de la Convention par l'article 2 lettre a CV ne sont pas exclusivement les marchandises acquises au fin de revente, mais toute marchandise

²⁵⁰ KAHN, in: DPCI, p. 390; CZERWENKA, p. 147; PELICHET, p. 69.

²⁵¹ VISCHER, Das Haager Abkommen, p. 54: «...da verschiedene Kaufgegenstände, wie z.B. Gemälde, nach üblichem Sprachgebrauch keine Waren sind».

²⁵² Selon KAHN, in: DPCI, p. 390, cette exclusion confirme que la Convention «s'adresse à des professionnels plutôt qu'à de simples particuliers». Cette remarque nous semble excessive si l'on entend par professionnels les commerçants: entrent dans le champ d'application de la Convention non seulement les ventes de marchandises destinées à être revendues, mais également toutes les acquisitions liées à une activité professionnelle, quelle qu'en soit la nature. En outre, l'art. 2 let. a CV ne concerne que l'acheteur: le vendeur peut tout à fait être un vendeur occasionnel, et pas du tout un vendeur professionnel.

²⁵³ Ces exemples sont empruntés à HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 2, n° 6. Le Message, n° 211.32, nous semble donc ambigu lorsqu'il utilise l'expression de «vente d'objet de consommation», car il laisse supposer à tort que certains objets seraient par nature des objets de consommation. Cette expression nous semble en outre encore plus inadéquate que le terme de «marchandises» pour désigner par exemple une oeuvre d'art. La nature de la chose peut cependant jouer un rôle dans la reconnaissabilité de son affectation.

utilisée de façon professionnelle²⁵⁴, comme des machines de bureau acquises par un avocat ou des sièges destinés à la salle d'attente d'un médecin. L'acquisition d'œuvres d'art entre dans le champ d'application de la Convention non seulement lorsque l'acheteur a pour dessein de revendre l'œuvre, mais également lorsqu'il l'acquiert aux fins d'exposition payante, ou même s'il s'agit simplement de décorer le hall d'entrée d'une société²⁵⁵. Lorsque la marchandise est affectée à un double emploi professionnel et personnel (par exemple une camionnette acquise pour effectuer des livraisons mais également utilisée pour les besoins familiaux de son propriétaire), son acquisition doit être considérée comme entrant dans le champ d'application de la Convention²⁵⁶.

Comme pour le critère de l'internationalité, la reconnaissabilité de l'affectation réservée aux marchandises faisant l'objet du contrat de vente joue un rôle déterminant. Le moment pertinent de cette reconnaissabilité est celui de la conclusion du contrat²⁵⁷. La charge de la preuve incombe à l'acheteur pour ce qui est de l'affectation réelle des biens, et au vendeur pour ce qui est de son ignorance justifiée de cette affectation²⁵⁸.

62. La Convention définit par ailleurs le concept de marchandises de façon négative, par les exclusions de l'article 2 lettres d, e, et f CV, posant ainsi, comme pour le concept de vente, des «borderlines»²⁵⁹. La formulation de ces exclusions est cependant maladroite, trop large, trop étroite, ou sujette à confusion:

²⁵⁴ Commentaire du secrétariat ad art. 2, n° 2 in: Documents Officiels, p. 17; AUDIT, p. 28.

²⁵⁵ Voir par exemple DOCUMENTS OFFICIELS, p. 395: l'exemple discuté par les délégués est celui de l'acquisition d'un Goya par un musée des Pays-Bas. Également NEUMAYER/MING, ad art. 2, n° 3.

²⁵⁶ KAROLLUS, p. 26; HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 2, n° 8; CZERWENKA p. 152, qui rappelle que l'idée selon laquelle l'exclusion de l'art. 2 let. a CV valait aussi dans les cas de double emploi si l'emploi personnel, familial ou domestique était prépondérant a été rejetée lors de l'élaboration de la Convention.

²⁵⁷ HERBER/CZERWENKA, ad art. 2, n° 6; ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH, ad art. 2, n° 3; HONNOLD, n° 50; NEUMAYER/MING, ad art. 2, n° 4.

²⁵⁸ AUDIT, p. 29; CZERWENKA, p. 150.

²⁵⁹ WINSHIP, p. 1-25.

- L'exclusion de l'article 2 lettre c CV, concernant les navires, bateaux, aéroglisseurs et aéronefs, est trop large par rapport à sa ratio legis, qui est la prise en compte du statut particulier réservé à certaines catégories de ces véhicules par les droits nationaux²⁶⁰, qui les traitent souvent en biens immobiliers, et prévoient des procédures particulières d'enregistrement. Contrairement à la Convention de La Haye de 1955 et aux Conventions de 1964 portant loi uniforme²⁶¹, la Convention de Vienne ne précise cependant pas que l'exclusion se limite aux navires, bateaux et aéronefs *enregistrés*. Cette réserve a été supprimée de la Convention car les conditions d'enregistrement étant différentes d'un Etat à l'autre, une même marchandise pouvait être soumise à cette formalité dans l'Etat du vendeur et pas dans celui de l'acheteur²⁶². Par sa formulation générique, l'article 2 lettre c CV comprend à première vue non seulement les véhicules destinés aux transports commerciaux, mais également des véhicules de plaisance tels un voilier, une planche à voile, un planeur, un ULM ou un Deltaplane²⁶³. Une interprétation téléologique de l'article 2 lettre e CV permet cependant d'abstraire de l'exclusion prononcée par cette disposition les véhicules ne faisant l'objet d'aucune immatriculation, pas plus dans l'Etat du vendeur que dans celui de l'acheteur²⁶⁴. Les éléments

²⁶⁰ WINSHIP, p. 1-25; KAHN, in: DPCI p. 391; CZERWENKA, p. 153; MESSAGE, n° 211.31.

²⁶¹ Art. 1 al. 2 CLH-1955; art. 5 let. b EKG.

²⁶² AUDIT, p. 30.

²⁶³ PLANTARD, p. 325; KAHN, in: DPCI, p. 391; AUDIT, p. 30; HONNOLD, n° 54; HEUZE, p. 77.

²⁶⁴ Cf. MESSAGE, n° 211.31: «la Convention ne saurait avoir pour but d'exclure de son champ d'application tous les bateaux, même les canots et les bateaux à rames». Dans ce sens également CZERWENKA, p. 153; HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 2, n° 33; ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH, ad art. 2, n° 7; REINHART, ad art. 2, n° 7. Plus restrictif HERBER/CZERWENKA ad art. 2, n° 13. La solution proposée par le message de se «reporter aux règles du droit national», sans préciser de quel droit national il s'agit, est à notre avis insuffisante, en ce qu'elle réintroduit le problème qui a conduit à la formulation générique de l'art. 2 let. e CV: il faut donc en tout cas tenir compte des deux droits nationaux du vendeur et de l'acheteur. Comme le fait remarquer HONNOLD, n° 54, même une telle solution est cependant critiquable sous l'angle du principe de l'interpréta-

- de construction des navires, bateaux, aéroglisseurs et aéronefs (par exemple des moteurs d'avions) sont par contre des marchandises soumises au droit uniforme²⁶⁵.
- L'exclusion des monnaies (art. 2 let. c CV) est également exprimée en termes trop génériques, seule la vente de monnaies ayant cours légal devant être exclue du champ d'application de la Convention²⁶⁶. Il serait arbitraire de traiter différemment les collectionneurs de monnaies anciennes et les collectionneurs d'armes ou d'autres antiquités.
 - L'exclusion des ventes d'électricité (art. 2 let. f CV) est au contraire trop étroite: si les contrats de vente d'énergie présentent des particularités qui rendent le droit uniforme peu adéquat²⁶⁷, cette exclusion aurait dû concerner également les ventes de gaz ou de pétrole²⁶⁸.
 - Enfin, l'exclusion des ventes de titres ne doit en aucun cas être comprise comme l'exclusion de tous les contrats de vente impliquant un transfert de documents: même si le titre est représentatif de la marchandise, il n'est pas l'objet de la vente²⁶⁹. La Convention de La Haye de 1955 apportait cette précision (art. 1 al. 2 in fine CLH-1955). Elle ressort dans la Convention de Vienne des articles 30, 34 et 58 CV, selon lequel le transfert des documents se rapportant à la marchandise fait partie des obligations du vendeur.

tion uniforme de l'art. 7 al. 1 CV. HOYER, in: HOYER/POSCH, p. 39, fait enfin remarquer à juste titre que dans la plupart des cas, ces véhicules légers sont de toute façon exclus du champ d'application de la Convention par l'art. 2 let. a CV.

²⁶⁵ MAGNUS, p. 84, citant un arrêt hongrois non publié; HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 2, n° 35.

²⁶⁶ La traduction allemande («Zahlungsmittel») est à cet égard plus précise. Cf. HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 2, n° 30; ERDEM, n° 180; CZERWENKA, p. 152; HERBER/CZERWENKA, ad art. 2, n° 12. Contra PLANTARD, p. 325.

²⁶⁷ AUDIT, p. 30; KAHN, in: DPCI, p. 391 y voit pour sa part une «réminiscence des Conventions de 1964, qui visaient expressément les meubles corporels»

²⁶⁸ WINSHIP, p. 1-25; HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 2, n° 37; CZERWENKA, p. 154; NEUMAYER/MING, ad art. 2, n° 9.

²⁶⁹ MESSAGE, n° 211.31; HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 2, n° 28; HERBER/CZERWENKA, ad art. 2, n° 11; CZERWENKA, p. 152; REINHART, ad art. 2, n° 6; NEUMAYER/MING, ad art. 2, n° 7; HOYER, in: HOYER/POSCH, p. 38, qui rappelle

63. On peut donc regretter un certain manque de précision de la Convention quant à la notion de marchandises, puisque cette notion n'est définie que de façon négative, à travers une liste d'exclusions dont la formulation est contestable, et qui relève plus de concessions arrachées en fin de conférence²⁷⁰ que d'un réel progrès par rapport aux Conventions de La Haye de 1964.

C. Conclusion

64. Alors que la Convention de Vienne apporte une clarification utile quant au concept d'internationalité, elle n'est en rien révolutionnaire en ce qui concerne la notion de vente de marchandises.

Fondamentalement, le concept de vente de la Convention équivaut à celui de l'article 184 CO (n° 47 à 48). Sont incluses dans ce concept générique les ventes à tempérament dans la mesure où l'exclusion de l'article 2 lettre a CV ne les concerne pas. De même, les pactes d'emption, de préemption et de réméré sont soumis aux droit uniforme et en particulier à ses règles sur la conclusion du contrat. Les ventes aux enchères et les ventes sur saisie ou par autorité de justice sont abandonnées au système conflictuel (n° 49 à 52).

L'application par analogie du droit uniforme aux contrats internationaux innommés s'impose au juge dans la mesure où l'application analogique des règles de la vente est justifiée. Le droit uniforme le prévoit notamment en son article 3 alinéa 2 pour les contrats mixtes présentant des éléments de service dans une part non prépondérante (n° 53 à 57).

Le concept de «*marchandises*» correspond à la définition du droit suisse d'une chose mobilière, mais comprend des choses non corporelles. Il se définit par ailleurs à travers les exclusions de l'article 2 lettres a, d, e et f CV (n° 58 à 63).

qu'une proposition autrichienne avait été formulée à ce sujet, qui n'a malheureusement pas été retenue.

²⁷⁰ Cf. WINSHIP, p. 1-25.

IV. DROIT CONVENTIONNEL OU DROIT ETRANGER: LE ROLE DU FACTEUR PERSONNEL

A. Le facteur personnel

a. *Fonction des critères d'application personnels dans la délimitation des sources*

65. Le facteur personnel, lié à l'établissement des parties, est en premier lieu l'élément de détermination de l'internationalité du contrat. Puisque la Convention de Vienne n'est pas universelle, ce critère personnel intervient également comme facteur d'application de la Convention à un contrat international.

Ces critères d'application «*ratione personae*» de l'article 1^{er} de la Convention n'affectent pas la délimitation entre le droit national suisse et le droit conventionnel, mais permettent de trancher l'éventuelle alternative de l'application des règles conventionnelles ou de l'application d'un droit étranger.

66. L'article 1^{er} de la Convention prévoit en effet un double mécanisme d'application des règles conventionnelles selon le facteur personnel: un mécanisme d'application «*autonome*» et un mécanisme d'application dépendante. Si les Etats où sont établies les parties sont des Etats contractants, la Convention est applicable en vertu de son article 1 alinéa 1 lettre a (application autonome); si par contre l'une au moins des parties est établie dans un Etat non contractant, la Convention n'est applicable que si les règles de conflit du for désignent le droit d'un Etat contractant, conformément à l'article 1 alinéa 1 lettre b CV (application dépendante); dans le cas contraire, le droit national de l'Etat étranger non contractant désigné par la règle de conflit est applicable.

Comme pour la détermination de l'internationalité du contrat, les critères d'application *ratione personae* de la Convention se basent sur la notion factuelle de l'établissement²⁷¹, précisée par l'article 10 CV.

²⁷¹ Sur cette notion, cf. supra n° 31 ss.

67. Les critères de rattachement personnels de la Convention interviennent donc lorsqu'il s'agit de trancher le *conflit éventuel entre un droit national étranger et les règles conventionnelles*, mais n'interviennent pas dans les rapports entre le droit national suisse et la Convention de Vienne.

Un aperçu de ce système de rattachement personnel et des problèmes liés aux possibilités de réserves offertes aux Etats contractants met en lumière la complexité de la casuistique se présentant au juge chargé de mettre en oeuvre le droit conventionnel, et permet de mieux discerner le sinueux tracé des frontières entre les différentes sources du droit de la vente internationale²⁷².

b. Application «autonome» des règles conventionnelles: une autonomie relative

68. La Convention est applicable de façon autonome lorsque les parties sont établies dans deux Etats contractants (art. 1 al. 1 let. a CV).

Cette autonomie tient en ce que l'application des règles conventionnelles intervient indépendamment de toute règle de conflit: le juge doit appliquer le droit uniforme comme droit directement applicable, et non comme droit désigné par une règle de conflit²⁷³.

69. Un problème de hiérarchie entre les différentes Conventions internationales ratifiées par la Suisse se pose néanmoins, qui vient relativiser cette autonomie d'application du droit uniforme de la vente: certes la Convention de Vienne a-t-elle le pas sur la loi fédérale sur le droit international privé, et donc sur l'article 118 alinéa 1 LDIP qui

²⁷² Frontières formant un véritable «labyrinth of rules», selon McLACHLAN, p. 610: voir notamment les conclusions pessimistes de DELAUME, cité par l'auteur. (Les germanophones utilisent pour leur part l'expression de «Mehrspurigigkeit»: cf. KAUFMANN-KOHLER, p. 263)

²⁷³ HERBER/CZERWENKA, ad art. 1, n° 16: «In den Fällen des Abs 2 Buchst a ist das Kaufü ohne Berücksichtigung der Regeln des internationalen Privatrechts stets anzuwenden»; HONNOLD, n° 77; Cette autonomie inspire à PELICHET, p. 36, l'image d'une Convention s'appliquant «en l'air, détachée de tout ordre juridique dans lequel normalement une loi est insérée (...) une espèce de *lex mercatoria* codifiée». Pour sa part PLANTARD, p. 317, met en garde les usagers de la Convention contre la tentation de raisonner toujours par référence aux règles de conflit de loi.

réserve la Convention de La Haye de 1955²⁷⁴. Lorsque les deux parties au contrat sont établies dans des Etats parties à la Convention de La Haye de 1955, les règles de conflit de cette Convention²⁷⁵ ont cependant préséance sur les règles du droit uniforme, ainsi que l'indique l'article 90 CV²⁷⁶. Dans cette hypothèse, la Convention de Vienne ne serait plus applicable de façon autonome, mais uniquement en tant que droit applicable selon les règles de conflit.

70. La Convention de La Haye de 1955 désignant en général le droit de l'Etat où est établie l'une des parties (art. 3 CLH-1955), cette question peut paraître fort théorique dès lors que les deux parties sont établies dans des Etats contractants²⁷⁷. L'article 4 de la Convention de

²⁷⁴ Art. 1 al. 2 LDIP. Voir par ailleurs l'art. 90 CV, selon lequel les accords internationaux traitant d'une matière régie par la Convention de Vienne n'y dérogent qu'à condition que les parties au contrat aient leur établissement dans des Etats parties à cet accord.

²⁷⁵ Il convient de souligner à ce sujet que la Convention de La Haye de 1955 a un caractère «self-executing» contrairement à ce que laisse entendre l'art. 7 de la Convention. Elle peut donc s'appliquer indépendamment du renvoi de l'art. 118 al. 1 LDIP. Voir à ce sujet VON OVERBECK, *Juge interne et Conventions de droit international privé*, p. 19 n° 15; DROZ, p. 664, 669; VISCHER, *das Haager Abkommen*, p. 55; MESSAGE concernant la Convention de La Haye de 1955, p. 1046: «La cause nous paraît entendue: la Convention, en dépit de ce que son article 7 pourrait faire accroire, deviendra chez nous du droit fédéral par le seul fait de la ratification, sans qu'elle ait besoin d'y être intégrée par une loi spéciale».

²⁷⁶ HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 90, n° 6; WINSHIP, pp. 1-41 ss.; CONETTI, pp. 83 ss.; CZERWENKA, p. 163; HERBER/CZERWENKA, ad art. 90, n° 3; NEUMAYER/MING, ad art. 1, n° 6. Contra CARBONE in: BIANCA, p. 343; VEKAS, p. 342, 343. Ce dernier auteur considère pour sa part que les règles de conflit sont inapplicables quelle qu'en soit la source lorsque le droit uniforme est applicable de façon autonome, puisque dans ce cas, il n'y a justement pas de conflit de loi. Cette argumentation séduisante ne tient pas compte du fait que les règles de conflit peuvent désigner le droit d'un Etat tiers, ou que le droit uniforme peut être «désuniformisé» par les différentes réserves des Etats contractants.

Le fait que l'art. 90 CV concerne la Convention de La Haye de 1955 ressort clairement des travaux préparatoires: cf. l'intervention de PELICHET in DOCUMENTS OFFICIELS, p. 465.

²⁷⁷ CONETTI, p. 85; VEKAS, p. 343, note 18; HONNOLD, n° 45.2 et 46.2. Les règles de rattachement objectif de la Convention de La Haye de 1955 renvoient en général au droit de l'un des Etats parties à la Convention de Vienne.

La Haye de 1955 peut cependant poser un problème: cette disposition prévoit en effet que *«la loi interne du pays où doit avoir lieu l'examen des objets mobiliers corporels délivrés en vertu de la vente est applicable en ce qui concerne la forme et les délais dans lesquelles doivent avoir lieu l'examen et les notifications relatives à l'examen, ainsi que les mesures à prendre en cas de refus des objets»*. Le droit applicable à cette matière peut donc être le droit d'un Etat non partie à la Convention de Vienne, si la vérification de la marchandise doit avoir lieu en un autre lieu que celui de l'établissement du vendeur ou de l'acheteur: si un contrat entre un vendeur français et un acheteur suisse prévoit que la marchandise doit être vérifiée en Belgique, le droit applicable à cette vérification selon la Convention de La Haye de 1955 est le droit belge. Lorsque le juge suisse est tenu, conformément à l'article 90 CV, d'appliquer prioritairement l'article 4 de la Convention de La Haye de 1955 et non l'article 1 CV, les règles de la Convention de Vienne sur la vérification de la marchandise et les mesures à prendre en cas de refus des objets²⁷⁸ ne sont pas applicables, quand bien même les deux parties sont établies dans des Etats parties à la Convention de Vienne²⁷⁹.

71. L'article 90 CV ne visant pas que les Conventions passées mais également les Conventions à venir, des problèmes identiques pourraient se présenter si la Suisse ratifiait d'autres Conventions comportant des règles de conflit en matière de vente internationale. La Convention de La Haye de 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises comme la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles connaissent

²⁷⁸ En particulier les art. 38 CV (forme et délai de la vérification), 39 CV et pour cette question 27 CV (forme et délai de la notification des défauts), 85, 86, 87 et 88 CV (mesures à prendre en cas de refus des objets).

²⁷⁹ Sur l'hypothèse où les règles de conflit désignent le droit d'un Etat tiers, voir HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM ad art. 90 CV, n° 7; WINSHIP, p. 1-43; CONETTI, p. 85; HONNOLD, p. 83; KINDLER, in: RIW 1988, p. 779; CARBONE, p. 522. Sur le problème posé par l'art. 4 CLH-55 dans le contexte du droit uniforme, cf. l'arrêt autrichien publié in: RdW 1992, 239, et KAROLLUS, UN-kaufrecht: Hinweise für die Vertragspraxis, in: (österreichische) Juristische Blätter 1993, pp. 23 ss.

cependant toutes deux une règle de désistement permettant d'éviter ce problème de conflit entre Conventions internationales²⁸⁰.

c. Application dépendante des règles de la Convention: une logique autonome

72. L'article 1 alinéa 1 lettre b CV pose le principe de l'application dépendante de la Convention: lorsque les règles de conflit du for désignent le droit d'un Etat contractant, les règles conventionnelles sont applicables et non le droit national²⁸¹. Ce système d'application dépendante de la Convention rationalise la scission du droit de la vente mobilière au sein de l'ordre juridique des Etats contractants: à un contrat de vente internationale entrant dans le champ d'application matériel de la Convention, le juge d'un Etat contractant appliquera soit le droit étranger d'un Etat non contractant, soit les règles conventionnelles, mais en aucun cas, hors celui du choix délibéré des parties²⁸², son droit national. Le concept de la coexistence au sein de l'ordre juridique des Etats contractants d'un droit de la vente internationale et d'un droit de la vente interne est ainsi sauvegardé.

L'application «*dépendante*» des règles conventionnelles peut s'imposer également au juge d'un Etat non contractant, selon les modalités de ses règles de rattachement, dans la mesure où celles-ci

²⁸⁰ La Convention de La Haye de 1986 prévoit expressément en son art. 23 let. a qu'elle ne portera pas atteinte à l'application de la Convention de Vienne. PELICHET, p. 37, y voit un éventuel conflit négatif de Conventions: voir à ce sujet supra n° 16. Plus généralement la Convention de Rome de 1980 prévoit en son art. 21 qu'elle ne porte pas atteinte à l'application des Conventions internationales auxquelles un Etat est ou sera partie. L'adhésion de la Suisse à cette Convention par la Suisse ne changerait donc en rien la situation, la Convention de La Haye de 1955 restant prioritairement applicable: cf. KAUFMANN-KOHLER, p. 263; LOEWE, ad art. 90, n° 3. Voir par ailleurs CONETTI, p. 84; MCLACHAN, p. 612.

²⁸¹ Les règles du droit international privé applicables sont celles du for (ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH ad art. 1, n° 6.2; NEUMAYER/MING, ad art. 1, n° 7; KAROLLUS, p. 33). La détermination du droit applicable y est soumis dans toute l'étendue de son processus, y compris la prise en compte d'un éventuel renvoi (LOEWE, p. 22; KAROLLUS, p. 33 NEUMAYER/MING, ad art. 1, n° 7. Voir cependant HEUZE, p. 95; HERRMANN in: Berner Tage, p. 88; HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 1, n° 41; LÜDERITZ, ad art. 1, n° 14).

²⁸² Sur l'autonomie de volonté des parties, voir infra n° 107 ss.

désignent le droit d'un Etat contractant. L'article 1 alinéa 1 lettre b CV devient alors applicable comme droit étranger désigné par les règles de conflit du for²⁸³.

73. En droit international privé suisse, les règles de conflit applicables sont essentiellement les dispositions de la Convention de La Haye de 1955, que l'article 118 alinéa 1 LDIP réserve. Ces dispositions désignent le «*droit interne*» de l'Etat où est établi le vendeur en général, et l'acheteur dans certains cas. Cette mention du droit interne, destinée à éviter le problème classique du renvoi en droit international privé²⁸⁴, ne doit en aucun cas être interprétée comme une exclusion du droit conventionnel au profit du droit national. Non seulement une telle interprétation ne correspondrait-elle pas à la volonté des auteurs de la Convention de 1955, mais encore rendrait-elle impossible l'application dépendante de la Convention de Vienne en Suisse. Rien n'interdit par ailleurs de considérer que les règles conventionnelles, par leur caractère de règles matérielles directement applicables, font parties du «*droit interne*» des Etats contractants, même si leur but est de régler une situation internationale^{285,286}.

74. Le domaine de la loi applicable selon la Convention de La Haye de 1955 ne concerne pas la capacité des parties, le transfert de propriété

²⁸³ Cf. infra n° 93.

²⁸⁴ VON OVERBECK, p. 72 n° 80.

²⁸⁵ Sensibles à l'ambiguïté de cette notion de «*droit interne*», les auteurs des Conventions de La Haye de 1986 et de Rome de 1980 y ont renoncé, quitte à consacrer une disposition spéciale à l'exclusion du renvoi (art. 14 CLH-1986 et 15 CR). Voir à ce sujet PELICHET, p. 178.

²⁸⁶ Alors que les Etats parties aux Conventions de La Haye de 1964 s'obligeaient à intégrer la loi uniforme dans leur législation (art I EKG), La Convention de Vienne est directement applicable (sinon dans les Etats comme les pays Scandinaves où même les traités dits «*self executing*» doivent faire l'objet d'une procédure de transformation en règle de droit interne; cf. ERDEM, n° 77). Elle est donc devenue partie intégrante du droit national suisse dès sa ratification par la Suisse. Selon les propres termes du Tribunal fédéral, un tel traité international «*constitue une source du droit fédéral*»: ATF 88 (1962) I 86. Cf. MESSAGE, n° 7: «*Dans les limites de son champ d'application, la Convention de Vienne remplacera ou complétera le droit interne. Ses règles s'appliqueront directement aux particuliers*»; HERBER/CZERWENKA, Einführung, n° 3; REINHART, Einleitung, n° 19; ERDEM, p. 15, n° 71 ss; VOLKEN, pp. 82 ss.

et les effets de la vente à l'égard des tiers (art. 5 CLH-1955). Le problème de l'application dépendante des règles conventionnelles à ces questions ne se pose cependant pas, puisque la Convention de Vienne ne concerne pas ces domaines, qui sont donc laissés au système conflictualiste (art. 4 CV).

La forme du contrat n'est pas soumise aux règles de conflit de la Convention de La Haye de 1955 (art. 5 ch. 2 CLH-1955), alors qu'elle fait l'objet de dispositions de la Convention de Vienne. L'application de ces dispositions selon l'article 1 alinéa 1 lettre b CV dépend donc de l'article 124 LDIP qui consacre le principe du droit le plus favorable au contrat²⁸⁷ (art. 124 al. 1 et 2 LDIP). Si l'un des Etats dont le droit est alternativement désigné par cette disposition a adopté le droit uniforme, le principe de la liberté de la forme de la Convention l'emporte sur les règles d'un droit plus restrictif. L'hypothèse de l'article 124 alinéa 3 LDIP suppose que le droit applicable au contrat ne soit pas le droit uniforme, puisque celui-ci ne «*prescrit pas le respect d'une forme déterminée*». Dans un tel cas, le droit applicable au contrat est déterminé par les règles de la Convention de La Haye de 1955 qui régit ainsi indirectement la question de la forme du contrat.

75. Il n'est enfin pas sans intérêt de se demander si l'article 1 alinéa 1 lettre b CV, qui pose le principe de l'application dépendante de la Convention, s'applique lui-même de façon autonome ou de façon dépendante. Certains Etats ayant ratifié la Convention à l'exclusion de cette disposition particulière (Etats réservataires au sens de l'article 95 CV), le juge suisse devrait renoncer à appliquer l'article 1 alinéa 1 lettre b CV s'il a au préalable appliqué une règle de conflit désignant le droit d'un tel Etat²⁸⁸.

L'article 1 alinéa 2 LDIP donne la réponse²⁸⁹: le juge doit d'abord examiner si la Convention de Vienne est applicable avant de recourir, le cas échéant, aux règles de conflit nationales. Il doit donc en premier lieu examiner l'article 1 alinéa 1 lettre b CV (à défaut

²⁸⁷ Voir à ce sujet PATOCCHI, Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel, p. 23 ss n° 33-40 (et pp. 31 ss, n° 48-52 en ce qui concerne la Convention de Rome de 1980); MESSAGE du Conseil fédéral concernant la LDIP, n° 282.3; SCHNYDER, Das neue IPR-Gesetz, p. 113.

²⁸⁸ Cf. infra n° 85 ss.

²⁸⁹ Cf. SCHWANDER, n° 595: «Ein Konflikt zwischen Normen des Staatsvertragsrechts und des Bundesgesetzes kann daher normlogisch gar nicht entstehen».

d'application autonome de la Convention), et ne recourir aux règles de conflit que pour vérifier si les conditions de l'article 1 alinéa 1 lettre b CV sont remplies. En ce sens peut-on considérer cette disposition comme une norme d'application autonome²⁹⁰. Les règles de conflit de la Convention de La Haye de 1955 doivent bien entendu être réservées lorsque les deux parties sont établies dans des Etats parties à cette Convention, conformément à la hiérarchie des Conventions établie par l'article 90 CV²⁹¹. Mis à part ce problème de conflit entre Conventions, la logique de l'application dépendante de la Convention est une logique autonome: le droit international privé n'intervient pas comme préalable à l'application de la Convention, mais comme réalisation de l'une des conditions alternatives de l'article 1 CV.

d. Application d'un droit national étranger par un juge suisse

76. De façon générale, le juge suisse devra recourir aux règles de conflit, et appliquer le cas échéant un droit étranger, lorsqu'une matière n'est pas réglée par la Convention de Vienne (art. 2 CV, 4 CV, 5 CV notamment), ou réglée de façon lacunaire (art. 7 CV). Avant même d'entrer plus en détail dans les limites matérielles de la Convention, il convient d'examiner dans quel cas le juge suisse sera amené à appliquer le droit étranger en lieu et place des règles conventionnelles régissant la matière.

77. Dans les limites du domaine d'application matériel de la Convention de Vienne, l'application par un juge suisse d'un droit national

²⁹⁰ CZERWENKA, p. 162 «Diese Norm stellt sich, wie oben ausgeführt, als «Abgrenzungsnorm», nicht dagegen als Kollisionsnorm dar. Die in ihr angeordnete Verweisung auf IPR integriert das Kollisionsrecht in das Sachrecht, verändert dagegen nicht ihren Rechtscharakter. Daraus folgt, dass sich *die Anwendung des Uebereinkommens nicht aus der kollisionsrechtlichen Verweisung ergibt, sondern aus Art. 1 Abs. 1 Buchst b CISG selbst*»; WEY, p. 26 n° 70; PELICHET, p. 39; LASLO RECZEI, p. 518; Cette conception de l'art. 1 al. 1 let. b CV comme norme d'application autonome exclut toute problématique de renvoi, le juge n'ayant pas à se demander si l'Etat dont le droit est désigné appliquerait lui-même la Convention de Vienne. Contra LOEWE, ad art. 1, p. 22; McLACHAN, p. 614 hyp.iii);

²⁹¹ Cf. supra n° 69; CZERWENKA p. 164 «Ein Konventionenkonflikt kann also mit Art. 1 Abs 1 Buchst b CISG nicht verhindert werden».

étranger en lieu et place des règles conventionnelles ne peut intervenir que dans trois hypothèses:

- le vendeur est établi dans un Etat étranger non partie à la Convention, et la commande n'a pas été reçue par le vendeur, son représentant, agent ou commis-voyageur dans l'Etat où est établi l'acheteur (art. 3 al. 1 CLH-1955 et art. 1 al. 1 let. b CV a contrario);
- l'acheteur est établi dans un Etat étranger non partie à la Convention, et la commande a été reçue par le vendeur, son représentant, agent ou commis-voyageur dans l'Etat où est établi l'acheteur (art. 3 al. 2 CLH-1955 et art. 1 al. 1 let. b CV a contrario);
- les parties ont élu le droit étranger, à l'exclusion de la Convention (art. 6 CV, et art. 2 CLH-1955).

78. Doivent en outre être réservées:

- Les règles étrangères relatives à la vérification de la marchandise, lorsque celle-ci se trouve dans un Etat non partie à la Convention de Vienne, si l'une des parties au moins est établie dans un Etat non contractant (application dépendante de la Convention) et si les deux parties sont établies dans des Etats parties à la Convention de La Haye de 1955 (Règle de conflit de Conventions de l'article 90 CV)²⁹².
- Les règles de forme d'un Etat étranger²⁹³ non contractant dans l'hypothèse où tout Etat contractant est exclu des critères de rattachement alternatifs de l'article 124 LDIP.
- La prise en compte par le juge suisse des éventuelles réserves d'un Etat étranger contractant réservataire, qui peut être considérée comme une application du droit étranger en ce sens que le droit uniforme n'est plus applicable tel qu'il est en vigueur en Suisse, mais affecté d'une volonté législative étrangère.

79. L'application du droit étranger répond alors aux règles générales en la matière (notamment l'article 16 LDIP), et en cas d'incertitude quant à son contenu, le droit uniforme peut être appliqué à titre de droit

²⁹² Cf. supra n° 69.

²⁹³ En ce qui concerne un Etat contractant réservataire au sens de l'art. 96 CV, cf. infra n° 98 ss.

de substitution²⁹⁴. Conformément à l'article 16 alinéa 2 LDIP, le droit suisse s'applique si le contenu du droit étranger ne peut pas être établi. S'agissant d'un contrat de vente internationale, le droit suisse est le droit uniforme.

80. Le droit uniforme peut également intervenir en qualité de codification des usages internationaux, dans la mesure de l'effet juridique que le droit étranger accorde aux usages²⁹⁵, ou de la possibilité pour un juge ou un arbitre de se détourner du droit national applicable au profit de principes et d'usages à caractère universel²⁹⁶. Ainsi de nombreuses sentences arbitrales de la Chambre de Commerce Internationale se réfèrent aux dispositions de la Convention non en vertu de ses règles d'application mais en raison de sa «*valeur de consensus*». Dans l'affaire 6281 en 1989, l'arbitre s'est ainsi référé aux articles 74 à 77 CV alors que la loi yougoslave était applicable, en relevant la valeur de «*loi universelle*» du droit uniforme²⁹⁷. Dans d'autres sentences arbitrales, la valeur d'usage commercial international a été reconnu aux articles 38 à 40 CV (défaut de conformité) et 19 CV (notion de contre-offre)²⁹⁸. L'utilisation des Conventions internationales par les arbitres est d'ailleurs encouragée par la Chambre de commerce internationale comme facteur d'unification de la pratique arbitrale, parallèlement aux usages non codifiés²⁹⁹.

²⁹⁴ Sur l'application du droit uniforme comme «Ersatzrecht», cf. KREUZER, in: NJW, p. 1943, en particulier pp. 1947 ss; WEY, n° 75, p. 76.

²⁹⁵ Cf. SCHWANDER, n° 563, p. 260: en droit international privé suisse, le juge peut recourir aux usages internationaux dans trois cas: 1. Lorsque le droit national s'y réfère expressément, les usages constituant alors du droit positif (en matière de vente, voir les art. 184, 188, 189, 211, 213, 224, 225 CO. Sur le principe, cf. ATF 91 II 356). 2. Lorsque les parties ont intégré ces usages dans leur contrat (ATF 50 II 13; 91 II 358; 94 II 157). 3. Dans le cadre du complètement des lacunes du contrat (GAUCH/SCHLUEP, n° 1256).

²⁹⁶ Sur le droit uniforme comme codification de la «lex mercatoria», cf. KAPPUS, p. 177 et in: RIW, p. 794; PELICHET, p. 36; AUDIT, p. 198; SIEHR, Parteaautonomie, p. 501 et MOULY, p. 405. Contra HEUZE n° 129 qui considère que se serait trahir la volonté des parties que d'appliquer la Convention dans un cas où ses conditions d'application ne sont pas réalisées.

²⁹⁷ J.D.I 1991, p. 1054

²⁹⁸ Affaires 5713 et 6795, citées in: J.D.I 1991, p. 1058.

²⁹⁹ Observations in: J.D.I 1991, p. 1059.

Les règles d'application *ratione personae* de la Convention de Vienne ne sont donc pas le facteur exclusif de son application.

B. La prise en compte des réserves étrangères par le juge suisse

a. Réserves prévues par le droit uniforme

81. La Suisse a ratifié la Convention de Vienne sans émettre de réserve. Pour autant, les réserves émises par les Etats contractants étrangers ne sont pas sans effet sur l'application du droit conventionnel en Suisse. Cet effet, loin d'être homogène, dépend de la nature de la réserve étrangère.

Cinq types de réserve sont envisageables, aucune autre réserve n'étant admise que celles qui sont expressément autorisées par la Convention³⁰⁰ (art. 98 CV):

- une réserve au sens de l'article 92 concernant la IIème ou la IIIème partie de la Convention;
- une réserve au sens de l'article 93 CV limitant l'entrée en vigueur de la Convention à certaines entités au sein d'un Etat fédéral;
- une réserve au sens de l'article 94 CV permettant aux Etats au bénéfice d'une unification ou d'un rapprochement légal régional en matière de vente mobilière de préserver ce régime juridique au détriment du droit uniforme;
- une réserve au sens de l'article 95 CV concernant l'article 1 alinéa 1 let. b CV;
- une réserve au sens de l'article 96 CV concernant la forme des actes juridiques liés au contrat de vente.

82. Certaines réserves ne concernent l'application de la Convention en Suisse que dans la mesure de la détermination du concept d'Etat contractant au sens de l'article 1er CV. Ainsi l'article 93 CV permet-il aux Etats fédéraux au sein desquels le droit des contrats n'est pas unifié de déclarer que la Convention ne s'applique qu'à certaines de ses

³⁰⁰ Outre ces réserves, des déclarations peuvent être émises, comme la déclaration allemande concernant l'interprétation par l'Allemagne d'une réserve au sens de l'art. 95 CV. Cf. HERBER/CZERWENKA, ad art. 98, n° 2.

unités territoriales. L'application de la Convention au sens de l'article 1 alinéa 1 lettre a ou b CV dépend donc de l'établissement de l'une des parties au contrat dans cette unité territoriale.

Alors que l'article 93 CV prévoit l'hypothèse d'une pluralité de régimes juridiques au sein d'un même Etat, l'article 94 CV prévoit au contraire l'hypothèse d'une identité de régimes juridiques entre des Etats contractants (art. 94 al. 1 CV) ou entre un Etat contractant et des Etats tiers (art. 94 al. 2 CV). Dans un tel cas, cette coopération légale n'est pas compromise par la Convention de Vienne qui ne s'applique pas lorsque les parties au contrat sont établies dans des Etats participant à ce régime juridique commun. Un juge suisse saisi d'un litige dont les deux parties sont établies dans des Etats bénéficiant de ce régime juridique voisin ou identique devra l'appliquer, à l'exclusion du droit uniforme³⁰¹.

83. D'autres réserves ont au contraire pour effet d'amputer le texte conventionnel de certaines de ses dispositions, et donc d'en altérer le contenu. Ainsi une réserve au sens de l'article 95 CV ampute-t-elle la Convention de l'article 1 alinéa 1 lettre b CV, une réserve au sens de l'article 92 CV affecte-t-elle une partie entière de la Convention, une réserve au sens de l'article 96 CV exclut-elle de la Convention toute disposition de l'article 11, de l'article 29 ou de la deuxième partie de la Convention autorisant une autre forme que la forme écrite pour les actes juridiques liés au contrat de vente. Ces réserves ne concernent plus la seule qualité d'Etat contractant des Etats réservataires, mais bien la substance même du droit uniforme. Leurs effets sur l'application de ce droit uniforme dans un Etat contractant non réservataire comme la Suisse mérite donc un examen plus approfondi.

84. De façon générale, la question de l'effet d'une réserve pour un Etat non réservataire s'inscrit dans la problématique plus générale de l'effet réciproque des réserves en droit international public. L'article 21 alinéa 1 lettre b de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (ci après CVDT) prône cette réciprocité: *«Une réserve établie à l'égard d'une autre partie (...) modifie les dispositions (du traité) dans la mesure (prévue par cette réserve) pour cette autre*

³⁰¹ HEUZE, n° 117; HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 94 n° 9; voir cependant CZERWENKA, p. 140; HERBER/CZERWENKA, ad art. 94 n° 8.

partie dans ses relations avec l'Etat auteur de la réserve»³⁰². Lors des travaux de l'Institut de droit international en la matière, cette règle a cependant été considérée comme sommaire, et peu adéquate pour les traités intéressant le droit privé, en particulier les traités portant uniformisation internationale du droit privé matériel³⁰³. La règle en la matière est plutôt celle de la non réciprocité³⁰⁴.

D'ailleurs l'article 21 CVDT ne prévoit d'effet réciproque que «*dans la mesure prévue par (la) réserve*». C'est donc essentiellement au texte même de la réserve qu'il faut se rapporter, l'effet des réserves étant chaque fois expressément spécifié par le texte conventionnel:

- Un Etat réservataire au sens de l'article 95 CV n'est «*pas lié par l'article 1 alinéa 1 lettre b CV*»³⁰⁵.
- Un Etat réservataire au sens de l'article 92 CV n'est pas un «*Etat contractant*» pour la partie de la Convention concernée par la réserve,
- Une réserve au sens de l'article 96 CV implique que les règles uniformes affectées par cette réserve «*ne s'appliquent pas*».

³⁰² Sur l'effet réciproque des réserves en général, cf. HORN Franck, *Reservation and interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, TMC Asser Instituut, North Holland 1988.

³⁰³ Cf. *Annuaire de l'Institut de droit International* 1982 vol. 59-II (Session de Dijon), *Le champ d'application des règles de conflit ou de droit matériel uniforme prévues par des traités* (rapporteur: A. E. VON OVERBECK), p. 152: «Pour le rapporteur, la réglementation de la Convention de Vienne (sur le droit des traités) est des plus sommaires et, comme le confirment plusieurs auteurs, convient mieux aux traités de nature politique qu'à ceux intéressant le droit international privé et, surtout, portant uniformisation du droit matériel».

³⁰⁴ *Annuaire de l'institut de droit International* 1982 vol. 59-II (Session de Dijon), p. 172, au sujet précisément d'une réserve au sens de l'art. 95 CV.

³⁰⁵ Cette réserve est une parfaite illustration de l'inadéquation de l'art. 21 CVDT pour résoudre les problèmes posés par les réserves du droit uniforme: selon l'art. 95 CV, un juge américain (Etat réservataire) n'appliquera pas la Convention à un contrat entre un vendeur établi aux Etats-Unis et un acheteur établi en Belgique (Etat non contractant). Il appliquera par contre la Convention à un contrat entre un vendeur établi aux Etats-Unis et un acheteur établi en Suisse (Etat contractant) en vertu de l'art. 1 al. 1 let. a CV. Peut-on dès lors parler d'une réserve américaine «à l'égard» de la Suisse au sens de l'art. 21 al. 1 CVDT?

b. Prise en compte par le juge suisse d'une réserve au sens de l'article 95 CV

85. Une difficulté apparaît lorsque l'une des parties est établie dans un Etat réservataire au sens de l'article 95 CV et que les règles de conflit du for désignent le droit de cet Etat. L'article 95 CV permet en effet aux Etats contractants de se déclarer non liés par l'article 1 alinéa 1 lettre b CV. Pour le juge de cet Etat, l'effet de cette réserve est clair: il ne devra appliquer les règles de la Convention que lorsque les parties au contrat sont établies dans deux Etats contractants³⁰⁶. La question s'est cependant posée en doctrine de l'impact d'une telle réserve sur l'application de la Convention par le juge d'un Etat tiers, lorsque le droit de l'Etat réservataire est applicable selon le droit international privé du for³⁰⁷.

86. Si les parties sont établies dans deux Etats contractants (réservataires au sens de l'article 95 CV ou pas), la Convention est applicable en vertu de l'article 1 alinéa 1 lettre a CV, et la question d'une éventuelle réserve au sens de l'article 95 CV ne se pose pas. Un juge suisse devant se prononcer sur un contrat entre deux parties établies l'une en Suisse et l'autre aux Etats-Unis appliquera les règles conventionnelles en application de l'article 1 alinéa 1 lettre a CV, applicable tant en Suisse qu'aux Etats-Unis. La réserve américaine concernant l'article 1 alinéa 1 lettre b CV n'a donc aucune conséquence³⁰⁸.

³⁰⁶ La situation est cependant moins claire pour le juge d'un Etat réservataire si ses règles de conflit désignent le droit d'un Etat contractant non réservataire. Voir à ce sujet AUDIT, p. 24; PLANTARD, p. 320; SIEHR, pp. 587, 605; WINSHIP, p. 1-31 let.c; VEKAS, p. 345 let. c; PELICHET, pp. 41, 44; HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM ad art. 95 n° 4; EVANS in: BIANCA/BONELL, ad art. 95 n° 3; HONNOLD, pp. 90 ss; PÜNDER, p. 871: Le juge d'un Etat réservataire qui doit appliquer le droit d'un Etat étranger en vertu de ses règles de droit international privé doit appliquer les règles de ce droit étranger applicables à la cause (cf. art. 13 LDIP), et donc le droit uniforme s'il est applicable à la cause selon ce droit étranger.

³⁰⁷ Notamment: STOFFEL, in: SJZ, pp. 169, 173; SIEHR, p. 602; VEKAS, p. 345; WINSHIP, p. 1-27; PELICHET, p. 40; VOLKEN, p. 95; HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 95 CV, n° 4, EVANS in: BIANCA/BONELL, ad art. 95, n° 3.4; HONNOLD, p. 93; NEUMAYER/MING, ad art. 1, n° 8.

³⁰⁸ PLANTARD, p. 319; VEKAS, p. 342, n° 2; WINSHIP, p. 1-32; HONNOLD, p. 87, 89; SCHLECHTRIEM, in: PJA, p. 345.

Telle sera la situation qui se présentera le plus fréquemment au juge suisse: ses propres règles de compétence (for ordinaire de l'établissement du défendeur en Suisse³⁰⁹) et les règles de rattachement objectif du droit international privé suisse (droit de l'établissement du vendeur³¹⁰) impliquent qu'un juge suisse soit en général appelé à se prononcer sur un contrat soumis selon les règles de conflit suisses au droit d'un Etat étranger réservataire au sens de l'article 95 CV lorsque l'une des parties est établie en Suisse et l'autre partie dans l'Etat (contractant) réservataire. L'autonomie de la volonté des parties, tant en ce qui concerne le for qu'en ce qui concerne le droit applicable³¹¹, de même que l'existence de fors autres que celui de l'établissement d'une partie (for du lieu d'exécution³¹² ou for du séquestre³¹³ par exemple) peuvent néanmoins conduire à ce que le juge suisse soit confronté à une situation plus complexe.

87. Si l'une des parties est établie dans un Etat non contractant, la Convention ne peut plus être appliquée selon son mécanisme d'application autonome. Si le juge compétent est celui d'un Etat contractant non réservataire, doit-il appliquer la Convention, lorsque le droit applicable selon ses règles de conflit est le droit d'un Etat contractant réservataire? Un juge suisse appelé à se prononcer au sujet d'un litige entre des parties établies respectivement aux Etats-Unis (pays contractant réservataire) et en Angleterre (pays non contractant), et arrivant à la conclusion que le droit américain est applicable en vertu des règles de conflit suisses, devra-t-il appliquer la Convention de Vienne conformément à l'article 1 alinéa 1 lettre b CV, ou le droit national américain? En d'autres termes, la réserve américaine s'impose-t-elle au juge suisse?

88. Dans une logique conflictuelle, on pourrait considérer que le droit suisse, dont les règles de conflit désignent un droit étranger, se

³⁰⁹ Art. 113 al. 2 LDIP.

³¹⁰ Art. 118 al. 1 LDIP; art. 3 CLH-1955.

³¹¹ Art. 5 al. 1 LDIP et art. 17 de la Convention de Lugano concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 16 décembre 1988 (ci-après Convention de Lugano).

³¹² Art. 113 LDIP et art. 5 de la Convention de Lugano.

³¹³ Art. 4 LDIP; art. 52 LP; art. 57 al. 1 de la loi d'organisation judiciaire Genevoise; voir cependant art. 3 14^{ème} tiret de la Convention de Lugano.

«*désintéresse*» du litige et que le juge suisse doit donc appliquer la Convention comme le droit étranger applicable selon les règles de conflit. Le juge suisse devrait donc se mettre dans la position d'un juge de l'Etat étranger, et tenir compte de la réserve³¹⁴.

Un tel raisonnement néglige cependant le fait que la Convention s'impose au juge suisse préalablement à toute règle de conflit (art. 1 al. 2 LDIP), l'article 1 alinéa 1 lettre b CV devant être considéré par le juge comme une norme d'application autonome³¹⁵. La Convention de Vienne ne s'applique pas comme droit étranger, mais comme droit universel dès lors que ses propres conditions d'application sont réunies. Confronté à un contrat de vente internationale, le juge doit appliquer en premier lieu l'article 1^{er} de la Convention, et ne doit recourir aux règles de conflit que pour examiner si la condition de l'article 1 alinéa 1 lettre b CV est réalisée. C'est ajouter à cette disposition une condition supplémentaire, non justifiée par son texte, que d'exiger que le droit international privé désigne le droit d'un Etat contractant *non réservataire*. Si, conformément au texte de l'article 1 alinéa 1 lettre b CV, le droit international privé suisse conduit au droit d'un Etat contractant, la Convention est applicable indépendamment de l'éventuelle réserve de cet Etat contractant étranger³¹⁶: le juge suisse n'applique pas la

³¹⁴ Dans ce sens: VEKAS, p. 345, n° 3 let. b.: «Das Gericht eines Vertragsstaates wendet zwar das Abkommen an, jedoch nur dann, wenn und soweit es im Staat des anzuwendenden Rechts gilt.»; WINSHIP, p. 1-27, qui rappelle cependant le rejet lors de la conférence de Vienne d'une version alternative de l'art. 95 CV proposée par la Tchécoslovaquie qui résolvait la question dans le même sens: «This Convention does not apply if the rules of international private law lead to the application of the law of a State making a declaration under the preceding paragraph unless places of business of the parties to the contract are in different Contracting States.»; EVANS in: BIANCA/BONELLI, ad art. 95, n° 3.4; HONNOLD, n° 47 (Example 1 H); SCHLECHTRIEM, p. 346; PÜNDER, p. 871; HEUZE, n° 118; FOUCHARD in: CV et incoterms, p. 155; MOULY in: CV et Incoterms, p. 58; ERDEM n° 153; BONELLI, in: La vendita internazionale, p. 96; VOLKEN in: COLLOQUE DE LAUSANNE, p. 36; DORE, p. 537; LÜDERITZ ad art. 1, n° 12; MAGNUS, p. 82; QUINONES ESCAMEZ, p. 153; NEUMAYER/MING, ad art. 1, n° 47.

³¹⁵ Cf. supra n° 75.

³¹⁶ Dans ce sens: SIEHR, p. 602 let. b: «Verweist also das IPR eines Nichtvorbehaltsstaates auf das Recht eines Vorbehaltsstaates, so haben die Gerichte des Nichtvorbehaltsstaates nach Art. 1 I lit. b UN-WKG das UNkaufrecht und nicht das autonome Sachrecht des Vorbehaltsstaates anzuwenden. Als Begründung für diese Antwort genügt eigentlich der Hinweis darauf, dass *die nach Art. 1 I lit. b UN-WKG notwendigen Bedingungen erfüllt sind.*»; PLANTARD, p. 320 ch.

Convention comme droit étranger, mais comme son propre droit susceptible de s'appliquer en vertu de l'article 1 alinéa 1 lettre b CV.

89. Cette interprétation est d'ailleurs confirmée par le libellé de l'article 95 CV, selon lequel l'Etat réservataire *n'est pas lié* par l'article 1 alinéa 1 lettre b CV. Par opposition au texte de l'article 92 CV, selon lequel un Etat contractant réservataire au sens de cette disposition «*ne sera pas considéré comme un Etat contractant au sens de l'article premier de la Convention*» pour la matière visée par la réserve, la formulation de l'article 95 CV souligne le fait qu'une réserve au sens de cette disposition n'a d'effet que pour l'Etat qui en fait la déclaration. Si les auteurs de la Convention avaient voulu qu'une réserve au sens de l'article 95 CV ait pour effet que les Etats réservataires soient considérés comme des Etats non contractants au sens de l'article premier de la Convention, on ne voit pas pour quelle raison ils n'auraient pas employé la formulation très claire à laquelle ils ont eu recours à l'article 92 alinéa 2 CV. C'est donc une interprétation doublement «*contra legem*» que l'interprétation selon laquelle la Convention n'est pas applicable au sens de l'article 1 alinéa 1 lettre b CV lorsque le droit international privé du for désigne le droit d'un Etat réservataire au sens de l'article 95 CV:

- premièrement parce que l'article 1 alinéa 1 lettre b CV ne précise pas qu'il doit s'agir d'un Etat contractant «*non réservataire*»,
- deuxièmement parce que la formulation de l'article 95 CV ne permet pas de considérer que les conséquences d'une réserve au sens de cette disposition sont identiques à celles d'une réserve au sens de l'article 92 CV.

90. Plus fondamentalement, c'est le statut même du droit uniforme qui est en jeu: le droit uniforme n'est pas seulement le droit national des Etats contractants, mais un droit à ambition universelle, dont la vocation est de transcender la logique territoriale. Les premières Conven-

2; STOFFEL, in: SJZ p. 173 et in: Cedidac p. 28; HERBER, p. 101; LOEWE, p. 16; CZERWENKA, p. 159; HERBER/CZERWENKA, ad art. 1, n° 19; HERRMANN in: Berner Tage, p. 89; KAROLLUS, p. 31; PELICHET, p. 39; PILTZ, in: NJW p. 619; SACERDOTI, pp. 741 ss; KINDLER, in: RIW 1988, p. 778; CARBONE, p. 523 et in: BIANCA, ad art. 95; VON OVERBECK, Annuaire de l'institut de droit international 1982, vol. 59 II, p. 172: «La solution contraire reviendrait à donner à la réserve un curieux effet de réciprocité contraire aux tendances actuelles».

tions de 1964 devaient s'appliquer indépendamment de toute logique de rattachement, dès que le juge d'un Etat contractant était saisi d'un contrat de vente internationale³¹⁷. Le caractère impérialiste de ce système a conduit les auteurs de la Convention de Vienne à poser une règle alternative de rattachement du contrat au droit uniforme³¹⁸: l'article 1 alinéa 1 lettre a ou l'article 1 alinéa 1 lettre b. Certains Etats exigent un lien plus fort du contrat avec le droit uniforme, en excluant le rattachement de l'article 1 alinéa 1 lettre b par une réserve au sens de l'article 95 CV. Pour les Etats qui n'ont pas fait cette réserve, la réalisation d'une des hypothèses de la règle alternative de rattachement du contrat au droit uniforme demeure suffisante pour que le droit uniforme soit applicable. La question de savoir si le juge de l'Etat contractant désigné par les règles de droit international privé du for appliquerait lui-même cette Convention n'est pas relevante.

91. Le juge suisse n'aurait à tenir compte d'une réserve au sens de l'article 95 CV que si la Suisse était elle-même un Etat réservataire, ou si le législateur suisse lui en avait fait l'injonction, comme c'est le cas en Allemagne³¹⁹. Ainsi un juge allemand saisi d'un contrat conclu entre un vendeur établi en Chine (pays contractant réservataire au sens de l'article 95 CV) et un acheteur établi en Angleterre (pays non contractant) sera-t-il contraint par ses règles de droit international privé (par. 28 EG-BGB en l'absence d'une élection de droit) et par cette déclara-

³¹⁷ Cf. supra n° 5, sur le caractère «absolu» des lois uniformes de 1964.

³¹⁸ Ou, selon l'expression de NEUMAYER/MING, ad art. 1, n° 4, une «relation déterminée par l'article 1er al. 1 avec un ou plusieurs Etats contractants». C'est à chaque Etat contractant de déterminer quelle est son exigence quant à l'intensité de cette relation.

³¹⁹ Voir l'art. 2 de la loi allemande relative à la Convention de Vienne, «Gesetz zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf sowie zur Änderung des Gesetzes zu dem Übereinkommen vom 19. Mai 1956 über den Beförderungsvertrag im internationalen Strassengüterverkehr (CMR)» vom 5. Juli 1989 (BGBl. II. S. 586), et la réserve Allemande apportée à la Convention de Vienne; HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 1, n° 45; SCHLECHTRIEM in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, VertragsG ad art. 2; REINHART ad art. 1, n° 8: «Mit dieser Regelung will die Bundesrepublik Deutschland die Entscheidung BGHZ 96, 313, zum Haager Einheitlichen Kaufrecht unterlaufen, derzufolge Vorbehalte, die von anderen Vertragsstaaten eingelegt wurden, für die inländischen Gerichte unbeachtlich sind».

tion allemande d'appliquer le droit interne chinois, alors que l'Allemagne partage avec la Chine un droit commun de la vente internationale! En l'absence d'une telle injonction de son législateur, le juge suisse n'a pas à tenir compte des réserves des Etats étrangers³²⁰ et pourra, dans cet exemple, appliquer le droit uniforme qui lui est certainement plus familier que le droit interne chinois.

92. Un problème supplémentaire se pose cependant si les parties au contrat sont établies dans des Etats parties à la Convention de La Haye de 1955. Cette Convention est, au sens de l'article 90 CV, un «*accord international déjà conclu qui contient des dispositions concernant les matières régies par la présente Convention (de Vienne)*», qui a donc le pas sur la Convention de Vienne³²¹. Le juge suisse serait dès lors tenu d'appliquer en premier lieu les règles de conflit de la Convention de La Haye de 1955. Celles-ci désignant le droit de l'Etat réservataire, le juge suisse ne pourrait appliquer les règles conventionnelles exclues dans une telle situation selon ce droit³²².

Cette hypothèse extrêmement formaliste par sa très rigoureuse appréciation de la hiérarchie des Conventions et par les conséquences artificielles qui en découlent, ne se présentera probablement pas en pratique, puisqu'aucun des Etats ayant ratifié la Convention de La Haye de 1955 n'est à ce jour un Etat partie à la Convention de Vienne

La jurisprudence allemande applique la Convention selon cette déclaration d'interprétation (Cf. les décisions publiées in: Iprax 1991, p. 401; NJW 1991, 3102; NJW 1992, 633; MAGNUS, p. 82). Cette jurisprudence ne peut cependant s'imposer dans les Etats qui n'ont pas fait de déclaration similaire à la déclaration allemande.

Selon HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad Vor Artt. 1-6, n° 36, la compatibilité de cette déclaration avec le texte de l'art. 1 CV serait douteuse.

³²⁰ Cette interprétation logique des art. 1 al. 1 let. b CV et 95 CV est d'ailleurs confirmée par l'interprétation historique de la Convention. Voir à ce sujet PELICHET, pp. 40, 44.

³²¹ Voir supra n° 69 et 75.

³²² Il ne s'agit pas d'un renvoi (cf. art. 14 LDIP), mais de la détermination des règles matérielles applicables au sein de l'ordre juridique étranger désigné par les règles de conflit du for (art. 13 LDIP). Le juge du for doit en effet appliquer les règles matérielles qu'appliquerait le juge de l'Etat dont le droit est applicable. Voir LALIVE, Cours général de droit international privé, p. 226; SCHNYDER, p. 29; SCHWANDER, n° 333 et 404; KEGEL, pp. 317 ss, AUDIT, p. 24 au sujet du juge d'un Etat tiers.

et réservataire au sens de l'article 95 CV. Le problème ne se poserait pas si la Suisse ratifiait la Convention de La Haye de 1986 ou la Convention de Rome de 1980, ces deux Conventions contenant des règles de désistement en faveur de la Convention de Vienne³²³.

93. Pour mieux cerner la position d'un juge suisse par rapport à une réserve étrangère au sens de 95 CV, il est intéressant de la comparer avec celle du juge d'un Etat non contractant. L'éventuelle application des règles conventionnelles par le juge d'un Etat non contractant relève de l'interprétation par le juge du for de ses propres règles de conflit et ne saurait comporter de réponse uniforme. En principe, le droit conventionnel étant partie intégrante du droit de chacun des Etats contractants, le juge d'un Etat non contractant dont les règles de conflit désignent le droit d'un Etat contractant devrait appliquer les règles conventionnelles³²⁴.

Cet Etat contractant peut cependant être un Etat réservataire au sens de l'article 95 CV. Se pose donc à nouveau la question de l'impact d'une telle réserve sur l'application de la Convention par le juge d'un Etat tiers, mais sous un jour nouveau: le juge de l'Etat non contractant ne peut plus appliquer l'article 1 alinéa 1 lettre b CV directement, comme une norme de son propre droit, mais uniquement en tant que norme d'un droit étranger désigné par les règles de conflit. Il ne saurait donc appliquer l'article 1 alinéa 1 lettre b CV si cette disposition est exclue de ce droit étranger par une réserve au sens de l'article 95 CV, et devra dès lors appliquer le droit national étranger à l'exclusion de la Convention³²⁵.

³²³ Art. 23 let. a CLH-1986; art. 21 CR.

³²⁴ VEKAS, p. 344, III, 2, b; SIEHR, p. 610, n° 1; PLANTARD, p. 321; HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 1, n° 40; AUDIT, p. 24 n° 23; CONETTI, p. 84; THIEFFRY, in: DPCI, p. 374; HOPT, p. 1331; NEUMAYER/MING, ad art. 1, n° 7; Voir par ailleurs l'abondante jurisprudence allemande citée par MAGNUS p. 82, note 16 (les tribunaux allemands appliquant la Convention avant son entrée en vigueur en Allemagne, soit comme juge d'un Etat non contractant dont les règles de conflit désignent le droit d'un Etat contractant).

³²⁵ AUDIT, p. 24, n° 3; VEKAS, p. 345, n° 3; PLANTARD, p. 321; ERDEM, n° 153; VON OVERBECK, in: Kaufrecht und Obligationrecht, p. 110.

Contra: SIEHR, p. 611 n° 1 let. a: «Ein Nichtvertragsstaat hat nämlich eine solche Erklärung (Vorbehalt nach Art. 95 UN-WKG) nicht abgegeben».

94. Cet exemple met a contrario en lumière l'ordre dans lequel doit procéder le juge suisse confronté à un contrat de vente internationale: sauf Convention internationale contraire au sens de l'article 90 CV, il doit d'abord examiner les règles d'application *ratione personae* de la Convention et n'avoir éventuellement recours aux règles de conflit de la loi sur le droit international privé que pour examiner si la condition de l'article 1 alinéa 1 lettre b CV est réalisée. Seul le juge d'un Etat non contractant doit procéder selon une démarche inverse, c'est-à-dire recourir d'abord à ses règles de conflit et examiner éventuellement les règles d'application de la Convention comme normes de droit étranger. Du sens de cette démarche dépendra l'effet à accorder à une réserve étrangère au sens de l'article 95 CV.

c. Prise en compte par le juge suisse d'une réserve au sens de l'article 92 CV

95. L'article 92 CV permet aux Etats contractants de ne ratifier la Convention que partiellement, en se déclarant non lié par sa deuxième partie (formation du contrat) ou par sa troisième partie (effets du contrat). Cette réserve renoue avec la logique dualiste qui avait conduit en 1964 à l'adoption des deux lois uniformes distinctes de La Haye. Tout en consacrant l'unité du régime juridique du contrat, la Convention de Vienne laisse la porte ouverte à la solution contraire³²⁶.

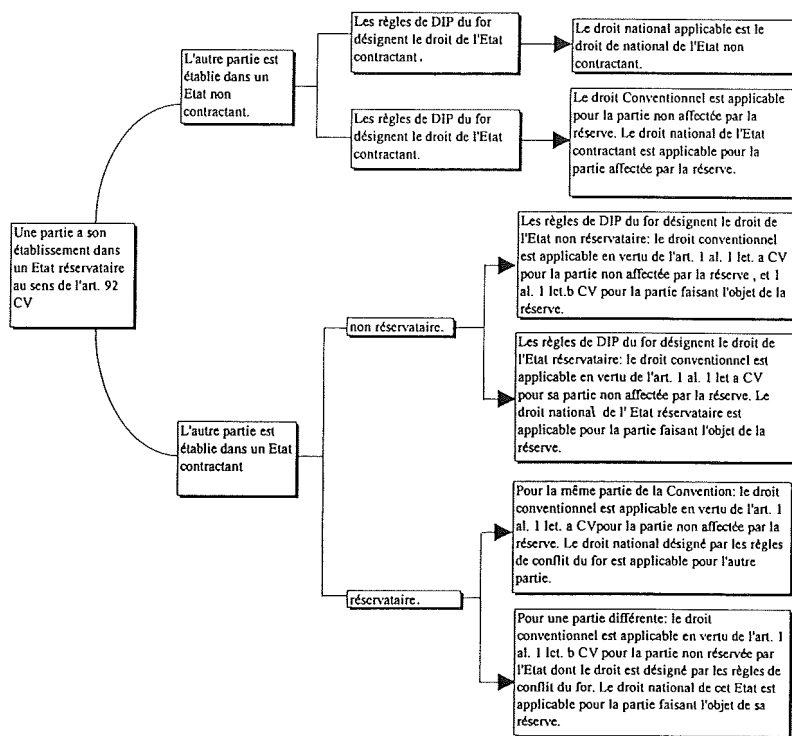
L'effet de la réserve fait l'objet de l'article 92 alinéa 2 CV: l'Etat réservataire ne sera pas considéré comme un Etat contractant pour la partie affectée par la réserve. Si l'une des parties au contrat est établie dans un Etat réservataire au sens de l'article 92 CV, *le juge chargé d'examiner les conditions de l'article 1 CV est donc lié par cette logique dualiste, qu'il s'agisse d'un juge de l'Etat réservataire ou non*. Il lui faut en effet procéder à cet examen en deux étapes:

- La partie de la Convention non affectée par la réserve est applicable en vertu de l'article 1 alinéa 1 lettre a CV si l'autre partie au contrat est établie dans un Etat contractant, ou en vertu de l'article 1 alinéa 1 lettre b CV si l'autre partie est établie dans un Etat non contractant et si les règles de conflit du for désignent le droit de l'Etat contractant réservataire, ou d'un Etat contractant tiers.

³²⁶ AUDIT, p. 9 n° 6; HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 92, n° 1; EVANS in: BIANCA/BONELL, ad art. 92 n° 1.1.

- La partie de la Convention affectée par la réserve n'est en aucun cas applicable en vertu de l'article 1 alinéa 1 lettre a CV (puisque l'Etat réservataire est réputé Etat non contractant pour cette partie), mais éventuellement en vertu de l'article 1 alinéa 1 lettre b CV si les règles de conflit du for renvoient au droit d'un Etat contractant³²⁷ (soit en général le droit de l'Etat où est établie l'autre partie). Si par contre les règles de conflit du for désignent le droit de l'Etat réservataire, c'est son droit national qui s'applique à l'exclusion de la partie de la Convention faisant l'objet de la réserve³²⁸.

96. La tâche du juge peut évidemment se compliquer si l'autre partie est également établie dans un Etat réservataire au sens de l'article 92 CV, et la situation devient alors si casuistique que seule une approche graphique en permet une claire appréhension:



³²⁷ AUDIT, p. 9 n° 6; PLANTARD, p. 364 ; HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 92, n° 3; EVANS in: BIANCA/BONELL, ad art. 92 n° 2.3; HEUZE, n° 117.

³²⁸ HONNOLD, p. 85; HEUZE, n° 117.

97. La dernière hypothèse de ce tableau (Parties établies dans deux Etats ayant émis une réserve pour une partie différente de la Convention) est cependant hautement improbable, aucun Etat n'ayant émis une réserve concernant la troisième partie de la Convention, et aucune réserve de ce type n'étant à prévoir³²⁹. On laissera aux amateurs de monstres juridiques le soin de combiner cette casuistique avec celle qu'offre l'éventualité d'autres réserves, au sens des articles 95 ou 96 CV.

d. Prise en compte par le juge suisse d'une réserve au sens de l'article 96 CV

98. Les réserves des articles 92 CV et 96 CV ont ceci de commun que leurs effets sont prévus par la Convention elle-même, ce qui exclut les épineux problèmes d'interprétation que l'article 95 CV réserve aux usagers de la Convention.

Les deux réserves sont en outre similaires quant à leur objet, sinon quant à leur importance: dans les deux cas, il s'agit pour un Etat de se déclarer non lié par certaines dispositions matérielles de la Convention (par opposition à la disposition d'application de la Convention que vise l'article 95 CV), c'est-à-dire de faire usage de ce «*procédé chirurgical qui ampute le traité de certaines dispositions*» selon l'heureuse métaphore de G. DROZ³³⁰.

De la similitude quant aux objets pouvait-on attendre la similitude quant aux effets. Or, les auteurs de la Convention ont curieusement opté pour deux solutions différentes, mettant en évidence s'il en était besoin le caractère problématique de ces réserves.

99. L'article 96 CV permet aux Etats contractants d'exclure de la Convention certaines dispositions relatives à la forme des actes juridi-

³²⁹ AUDIT, p. 9, n° 6; PLANTARD, p. 364. Voir cependant HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 92, n° 6; EVANS in: BIANCA/BONELL, ad art. 92 n° 2.4.

³³⁰ Par opposition au procédé «thérapeutique» que sont les facultés: DROZ, Réserves, p. 383. Pour rester dans la terminologie médicale, on pourrait souligner la différence entre les réserves des art. 92 et 96 CV et la réserve de l'art. 95 CV en voyant dans cette dernière l'amputation non pas d'un membre de la Convention mais de l'un de ses organes vitaux, puisque c'est bien l'application de la totalité de la Convention qui est en jeu.

ques³³¹, dans la mesure où ces dispositions dérogent aux exigences de forme écrite de leurs législations.

La conséquence d'une telle réserve n'est pas que l'Etat réservataire doit être considéré comme un Etat non contractant pour les dispositions affectées par la réserve, ce qui laisserait la porte ouverte au mécanisme d'application de la Convention de l'article 1 alinéa 1 lettre b CV. La solution retenue par les auteurs de la Convention et exprimée aux articles 12 et 96 CV est beaucoup plus radicale: dès lors qu'une des parties a son établissement dans un Etat réservataire, les dispositions affectées par la réserve *ne s'appliquent pas*, quel que soit le juge chargé de se prononcer. En ce sens la réserve de l'article 96 CV a-t-elle pour effet d'exclure les dispositions de la Convention concernées par la réserve, sans que cette exclusion dépende du for.

Le juge d'un Etat non réservataire devant se prononcer au sujet d'un contrat de vente dont l'une des parties est établie dans un Etat réservataire doit donc considérer que la question de la forme des actes juridiques est une question non réglée par la Convention et recourir à la solution de la règle de conflit³³²; si cette règle désigne le droit du for, il s'agit du droit national du for, à l'exclusion des règles conventionnelles³³³.

100. Ainsi un juge suisse saisi de la question de la validité formelle d'un contrat dont l'une des parties est suisse et l'autre établie dans un Etat réservataire appliquera l'article 124 LDIP qui pose le principe du droit le plus favorable au contrat. Si l'un des droits faisant l'objet du

³³¹ La réserve ne peut porter sur la forme d'autres actes juridiques que ceux mentionnés à l'art. 12 CV. Voir à ce sujet DESSEMONTET, p. 53; KRITZER, p. 144.

³³² HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 96 n° 3; RAJSKI in: BIANCA/BONELL ad art. 96 n° 2.2; WEY, p. 475; NEUMAYER/MING, ad art. 96, n° 2.

³³³ WEY, p. 478; RAJSKI in: BIANCA/BONELL, ad art. 96 n° 2.2; contra SCHLECHTRIEM in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 12 n° 3. Ces derniers auteurs considèrent que les règles conventionnelles s'appliquent à nouveau lorsque les règles de conflit désignent le droit d'un Etat contractant non réservataire. Cette interprétation ne correspond cependant pas à la lettre des art. 12 et 96 CV, et est contredite par la différence de formulation des art. 92 et 96 CV: l'art. 96 CV prévoit en effet que les dispositions faisant l'objet de la réserve *ne s'appliquent pas* dès lors qu'une des parties au contrat est établie dans l'Etat réservataire. Ce texte clair ne permet pas d'introduire une exception à cette inapplicabilité dans les cas de l'art. 1 al. 1 let. b CV, ce qui reviendrait à accorder à une réserve au sens de l'art. 96 CV le même effet qu'à une réserve au sens de l'art. 92 CV.

rattachement alternatif de l'article 124 LDIP (droit applicable au contrat ou droit du lieu de conclusion s'il s'agit d'un contrat entre présents, droit de l'un des Etats où sont établies les parties s'il s'agit d'un contrat entre absents)³³⁴ est le droit suisse, le juge suisse admettra la validité d'un contrat de vente non écrit conformément au principe de la liberté de la forme de l'article 11 CO. Doit être réservée l'hypothèse de l'article 124 alinéa 3 LDIP selon laquelle seul le droit applicable au contrat est relevant. Les parties pouvant librement choisir ce droit en matière de vente mobilière (art. 118 alinéa 1 LDIP, 2 CLH-1955), cette disposition n'est guère contraignante.

101. La réserve de l'article 96 CV a donc pour le juge suisse un effet à la fois radical et limité: radical en ce qu'elle interdit au juge d'appliquer les règles conventionnelles relatives à la forme des actes juridiques, et limité en ce que le principe du droit le plus favorable de la loi de droit international privé suisse lui permet le plus souvent d'appliquer la solution suisse de la liberté de la forme, similaire à la solution conventionnelle.

102. Quid cependant lorsque la solution suisse relative à l'exigence de forme des actes juridiques n'est pas similaire à la solution conventionnelle? La question se pose en relation avec les contrats de vente à tempérament subordonnés en droit suisse à l'exigence de la forme écrite portant sur un nombre déterminé de stipulations (art. 226 a al. 2 et 3, art. 226 b CO pour la vente par acompte, art. 227 a al. 2 CO pour la vente avec paiement préalable)³³⁵. Un contrat de vente mobilière internationale entre un vendeur établi en Suisse et un acheteur établi dans un Etat réservataire au sens de l'article 96 CV est-il soumis à ces exigences formelles?

³³⁴ MESSAGE concernant la LDIP, n° 282.3; KNOEPFLER, Le contrat dans le nouveau droit international privé suisse, p. 102.

³³⁵ La portée pratique de cette question est cependant limitée par le fait que la plupart des contrats de vente à tempérament entrant dans le champ d'application matériel de la Convention (art. 2 CV) correspondent aux contrats non soumis à cette exigence de forme en vertu de l'art. 226m al. 4 CO et 227i CO.

La question peut cependant se poser de façon plus générale chaque fois que le droit national applicable est le droit d'un Etat contractant non réservataire mais plus restrictif en matière de forme que la Convention.

103. L'effet de cette réserve est l'inapplicabilité de l'article 11 CV. La question de la forme du contrat est donc soumise au droit national applicable selon les règles de droit international privé du for. En droit international privé suisse, le contrat est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions fixées par le droit de l'un des Etats où se trouvent les cocontractants (art. 124 al. 2 LDIP), sous réserve de la clause d'exception en faveur du droit régissant le contrat (art. 124 al. 3 LDIP; soit in casu le droit suisse en application des articles 118 alinéa 1 LDIP et 3 alinéa 1 CLH-1955). Le droit de l'Etat réservataire étant supposé restrictif quant à la forme des contrats, le droit national suisse est appelé à régir cette question. Deux thèses peuvent alors s'affronter:

- Le droit suisse étant applicable à l'exclusion des règles conventionnelles, il convient d'appliquer la règle topique du droit suisse et non la règle générale de l'article 11 CO. Telle est la logique de l'article 13 LDIP selon lequel le droit national étranger (mais à plus forte raison le droit national suisse) désigné par la loi de droit international privé comprend toutes les dispositions *applicables à la cause*. Le contrat pouvant être qualifié en droit suisse de vente à tempérament, il ne sera valable quant à la forme que s'il satisfait aux conditions de validité formelle propre à ce type de contrat en droit suisse.
- Face à cette solution formaliste qui, par le jeu d'une réserve étrangère réintroduit une exigence formelle à laquelle le législateur suisse a renoncé en matière internationale en ratifiant la Convention de Vienne, il est préférable de considérer que si le droit conventionnel n'est plus applicable en ce qui concerne la question de la forme, il reste de façon générale le régime juridique applicable au contrat. Il doit donc être tenu compte du fait que le droit conventionnel n'a pas retenu la distinction du droit suisse entre vente ordinaire et vente à tempérament. Cette distinction ne doit dès lors pas être réintroduite dans la détermination de la règle de droit suisse applicable à la question de la forme, la règle générale de l'article 11 CO devant seule être prise en considération.

Cette solution ne heurte pas le but de protection des consommateurs que poursuivent les dispositions formelles régissant la vente à tempérament en droit suisse: Les ventes régies par la Convention de Vienne ne comprennent pas les ventes de marchandises achetées pour un usage personnel, familial ou domestique. On ne saurait d'ailleurs

faire dépendre la protection des consommateurs en Suisse de l'aléa d'une réserve étrangère au sens de l'article 96 CV !

C. Conclusion

104. Le facteur personnel, facteur d'application essentiel de la Convention tant que celle-ci ne sera pas universelle, n'intervient pas dans le cadre de la délimitation entre le droit interne suisse et les règles conventionnelles, mais entre le droit conventionnel applicable en tant que partie intégrante du droit suisse et le droit étranger (n° 65 à 71). Lorsque l'une des parties au contrat est établie dans un Etat non contractant, la logique conflictuelle s'impose à nouveau et la Convention est applicable comme règle du droit suisse lorsque le droit suisse est applicable. En vertu de la hiérarchie des sources, la logique conflictuelle n'intervient cependant pas directement mais uniquement lorsqu'elle est appelée par l'article 1 alinéa 1 lettre b CV, ou lorsqu'elle découle d'un accord international prioritaire au sens de l'article 90 CV (n° 72 à 75).

Lorsque le droit d'un Etat non contractant est applicable, le droit uniforme peut cependant intervenir à titre de droit de substitution (n° 79) ou en sa qualité de codification des usages internationaux (n° 80).

105. La prise en compte d'une réserve étrangère par le juge d'un Etat non réservataire comme le juge suisse ne répond à aucune logique uniforme, les auteurs de la Convention ayant adopté autant de solutions qu'il y a de réserves. Sur un plan théorique, trois solutions au moins sont envisageables:

- Soit le juge de l'Etat non réservataire n'a pas à tenir compte de la réserve étrangère, qui ne s'adresse qu'au juge de l'Etat réservataire. C'est à notre avis le cas d'une réserve au sens de l'article 95 CV, sauf dans le cas exceptionnel où une Convention de droit international privé a priorité sur la Convention de Vienne en application de l'article 90 CV (n° 85 à 94).
- Soit le juge de l'Etat non réservataire doit considérer l'Etat réservataire comme un Etat non contractant pour les dispositions conventionnelles faisant l'objet de la réserve, et recourir alors au mécanisme d'application de l'article 1 alinéa 1 lettre b

CV. Tel est l'effet d'une réserve au sens de l'article 92 CV (n° 95 à 97).

- Soit enfin l'exclusion des règles conventionnelles par la réserve s'impose-t-elle même au juge de l'Etat non réservataire, dès lors qu'une des parties au contrat est établies dans un Etat réservataire. Cette solution est celle que prévoient expressément les articles 12 et 96 CV (n° 98 à 103).

106. La complexité de ce système de réserves n'est guère de nature à faciliter la tâche des juges chargés d'appliquer la Convention, ni à assurer la prévisibilité du droit applicable par les parties. Elle se justifie néanmoins par la nécessité d'une large acceptation de la Convention par la communauté internationale, condition primordiale de l'unification du droit de la vente internationale, et ses effets pervers ne manqueront pas d'être atténués en pratique par le pouvoir correcteur de l'autonomie de la volonté des parties.

V. AUTONOMIE DE LA VOLONTE ET LIBERTE CONTRACTUELLE DES PARTIES

A. Dualité de l'article 6 CV

107. La variété des critères d'application de la Convention de Vienne, la complexité des combinaisons éventuelles de ces critères, la véritable mosaïque juridique qui peut résulter de la coexistence du droit uniforme, des diverses Conventions comportant des règles de conflit en matière de contrat de vente, des règles de droit international privé nationales et des droits matériels nationaux, sont des facteurs propres à effrayer les praticiens de la Convention de Vienne, plus soucieux de sécurité juridique que de subtilités doctrinales: «*peu nous importe la loi, pourvu que nous sachions à laquelle obéir*³³⁶».

Le principe de l'autonomie de la volonté, qui permet de substituer aux incertitudes d'un juridisme excessif la sécurité d'un choix dépourvu d'ambiguïté, peut apparaître aux plus pessimistes comme la bouée de sauvetage des parties menacées de noyade dans un océan de règles de droit: «*This abundance of international agreements on a single subject is not, therefore, conducive to simple solutions. Under the circumstances, the parties to international sales of goods would be well advised not to rely on the Conventions and to solve issues of applicable law in the orthodox form of appropriate stipulations*»³³⁷. Lors des conférences consacrées à l'élaboration du droit uniforme, le gouvernement suisse s'est d'ailleurs toujours montré le fervent partisan de l'autonomie de la volonté³³⁸. Ce souci de liberté contractuelle ne témoigne d'aucune méfiance à l'égard du droit uniforme: si les parties sont certes libres d'exclure la Convention de Vienne, elles peuvent également faire usage de leur liberté pour en assurer l'application dans

³³⁶ JULIOT DE LA MORANDIERE, cité par VISCHER, «Das Haager Abkommen», p. 65.

³³⁷ DELAUME, Tome I booklet 2, p. 30.

³³⁸ Voir à ce sujet, WINSHIP, p. 1-33: «As the swiss government noted in its pre-conference comments on the 1978 UNCITRAL draft, traders, who are generally wary of being subjected to unfamiliar rules, should instead feel reassured by the non mandatory or enabling statute nature of the Convention. (A/CONF.97/8. Add 2, p. 7)».

les cas où la réalisation de ses conditions objectives d'application est douteuse.

L'expérience des Conventions de 1964 portant loi uniforme confirme l'extrême importance pratique de l'autonomie de la volonté des parties, puisqu'une jurisprudence abondante s'articule autour de l'article 3 EKG qui en consacrait le principe³³⁹.

108. Le principe de la pleine autonomie de la volonté des parties est exprimé à tous les niveaux de la hiérarchie des textes applicables à la vente internationale: article 116 LDIP, article 2 CLH-1955, article 7 CLH-1986, article 3 CR, article 6 CV.

L'originalité de l'article 6 CV est d'être à l'image de la double nature de la Convention de Vienne: à la fois droit international (régissant une situation internationale) et droit matériel (apportant directement des solutions propres), le droit conventionnel exprime par l'article 6 CV la liberté des parties sous son double aspect de liberté contractuelle quant au contenu du contrat, notion de droit interne, et de libre choix du droit applicable, notion de droit international privé³⁴⁰. En prévoyant que les parties peuvent «*exclure l'application de la présente Convention*», l'article 6 CV se présente comme une règle de conflit négative³⁴¹ relevant de la liberté des parties de choisir le droit applicable à leur contrat. En les autorisant à «*déroger à l'une quelconque des dispositions (de la Convention)*» ou à en «*modifier les effets*», il se fait l'équivalent en droit conventionnel uniforme de l'article 19 CO³⁴².

109. La dualité de l'article 6 CV pose un problème d'interprétation de la *lex contractus* lorsque les parties ont exclu certaines dispositions

³³⁹ Voir l'abondante jurisprudence mentionnée in: SCHLECHTRIEM/MAGNUS, ad art. 3 EKG, pp. 123-153; WITZ, p. 108; PILTZ, p. 39.

³⁴⁰ Sur cette distinction, voir KELLER/SCHLAEPFER, p. 5, n° 12; SCHWANDER, Zur Rechtswahl im IPR des Schuldvertragsrechts, p. 474; SCHULZE, p. 15; KELLER/SIEHR, Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts, p. 369.

Sur la dualité de l'art. 6 CV, voir CONETTI, p. 85: «...auf Grund des Art. 6 der Wiener Konvention geben, der den Parteien die Möglichkeit einräumt, ganz oder teilweise die Anwendung der Konvention auszuschliessen, sei es im Sinne der *Vertragsfreiheit*, sei es im Sinne der *Freiheit der Rechtswahl im IPR*».

³⁴¹ Caractère négatif renforcé par le fait que l'exclusion de la Convention par les parties n'implique pas de choix alternatif. Voir à ce sujet BONELL, Uniform Law and party autonomy: What is wrong with the current approach? p. 434 n° 2.

³⁴² LICHTSTEINER, p. 191.

de la Convention, sans y substituer expressément les règles d'un droit national, ou des dispositions contractuelles matérielles. Cette exclusion partielle doit-elle être comprise dans un sens conflictualiste et impliquer un recours au droit national applicable selon les règles de conflit, ou au contraire dans un sens matériel, les parties ayant souhaité exclure certaines obligations prévues par la Convention? Ainsi une disposition contractuelle selon laquelle «*les articles 35 à 43 CV sont inapplicables*» implique-t-elle une suppression de la garantie du vendeur en cas de défaut, ou au contraire l'exclusion par les parties des règles uniformes en matière de garantie, au profit d'un autre système légal (le cas échéant les articles 197ss CO)?³⁴³

110. La nature de la norme écartée par les parties peut donner un élément de réponse: s'il s'agit d'une norme sans équivalent dans le droit national applicable selon les règles de conflit (par exemple l'article 68 CV concernant le transfert des risques en cas de vente en cours de transport, qui ne connaît pas d'équivalent en droit suisse), ou au contraire d'une règle qui y trouve son équivalent exact (par exemple l'article 38 CV qui correspond substantiellement à l'article 202 alinéa 1 CO), cette norme a été exclue par les parties en raison de sa substance et non de sa source: à défaut dans les deux cas d'une solution de rechange proposée par le droit national, la volonté des parties ne peut être d'exclure de façon «*conflictualiste*» la Convention au profit du droit national supplétif.

Dans les autres cas, seule la règle d'interprétation de la volonté des parties selon le principe de la confiance de l'article 8 CV peut apporter une réponse à ce délicat problème, et non, comme le proposent certains auteurs³⁴⁴, le principe du comblement des lacunes de

³⁴³ Cette problématique propre à la dualité de l'art. 6 CV, est la face négative (se situant dans le contexte de l'*exclusion* d'un droit) du problème plus classique (se situant dans le contexte du *choix* d'un droit) de la distinction entre «*Kollisionsrechtliche Verweisung*» et «*materiellechtliche Verweisung*»: voir à ce sujet SCHULZE, p. 16: «*Es ist eine Auslegungsfrage, ob die Parteien mit ihrer Verweisung auf ein bestimmtes Recht dieses zum Vertragsstatut oder lediglich zum Vertragsinhalt machen wollen*». Ainsi, dans un arrêt du 20 juin 1948, publié in: ATF 74 II 81 = JT 1949 I 47, le Tribunal fédéral a-t-il estimé qu'une clause d'un contrat de transport selon laquelle le transport était régi par les dispositions de la loi allemande sur la navigation intérieure constituait une simple intégration de cette loi dans le contrat, soumis au droit suisse.

³⁴⁴ HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 6, n° 10 et 25; BONELL in: BIANCA/BONELL ad art. 6 n° 3.2.2; LICHTSTEINER, p. 191; WEY, p. 147.

l'article 7 CV: on ne saurait en effet parler de lacune de la Convention alors que des dispositions matérielles existent, qui ont été écartées par les parties. D'ailleurs, les différentes clefs de comblement des lacunes de l'article 7 CV sont inadéquates ou inutiles: il est aventureux d'aller chercher un «*esprit de la Convention*» qui serait différent de ses dispositions expresses; la bonne foi dans le commerce international ne saurait impliquer d'autres solutions que celle d'une bonne application du principe de la confiance selon l'article 8 CV; enfin l'application des règles du droit national désigné par les règles de droit international privé préjuge du caractère conflictuel de l'exclusion partielle de la Convention par les parties, alors que leur volonté n'était pas forcément de soumettre à un droit de substitution la question faisant l'objet de la clause d'exclusion.

On ne saurait donc que conseiller aux parties d'éviter les incertitudes inhérentes à l'application du principe de la confiance en précisant leur volonté d'exclure les règles conventionnelles dans un sens matériel ou conflictuel.

111. La seule limite expressément apportée par la Convention à la liberté contractuelle des parties est celle de l'article 12 CV, qui rappelle les effets d'une réserve au sens de l'article 96 CV. Le caractère impératif de l'article 12 CV n'est cependant contraignant pour les parties que dans la mesure où:

- l'une des parties est établie dans un Etat réservataire au sens de l'article 96 CV,
- le droit international privé du for prévoit une règle de rattachement impérative en matière de forme, et
- le droit national désigné par cette règle de rattachement impérative comprend une règle impérative en matière de forme.

Ce faisceau d'impérativité (impérativité de la réserve au sens de l'article 96 CV, impérativité de la règle de rattachement, impérativité de la règle de forme du droit national) est rare dans un contexte où prévalent la liberté contractuelle et le principe de l'autonomie de la volonté. En aucun cas l'article 12 CV ne peut être contraignant pour les parties si le for est en Suisse, puisque par la conjugaison des articles 116 LDIP, 118 alinéa 1 LDIP, 2 CLH-1955 et 124 alinéa 1 et 3 LDIP, les parties jouissent en matière de vente mobilière d'une pleine liberté formelle³⁴⁵.

³⁴⁵ Cf. également CZERWENKA, p. 172; art. 9 al. 2 CR; art. 11 CLH-1986

112. La validité de la clause d'exclusion ou de dérogation n'est pas régie par le droit uniforme, qui déclare expressément ne pas concerner la validité du contrat ni celle de ses clauses³⁴⁶. Elle est donc soumise au droit national applicable selon les règles de conflit³⁴⁷, qu'il s'agisse d'une dérogation matérielle à la Convention ou d'une exclusion de type conflictualiste: dans ce deuxième cas, la clause d'exclusion doit être traitée comme une clause d'élection de droit (élection par défaut si l'exclusion n'est pas complétée par l'élection d'un droit national de substitution), régie par la loi déclarée applicable par les parties (expressément³⁴⁸ ou par défaut) en vertu de l'article 2 alinéa 3 CLH-1955.

113. La large autonomie de la volonté des parties permet d'envisager une riche casuistique. En rapport avec l'application de la Convention, il faut distinguer l'exclusion de la Convention par les parties, le choix du droit d'un Etat contractant ou non contractant, le choix exprès de la Convention, et enfin la référence des parties à un système normatif privé.

B. Casuistique

a. Exclusion de la Convention

114. La proposition avait été envisagée que le droit uniforme ne fût applicable que comme droit choisi expressément ou tacitement par les parties³⁴⁹: Ce système de l'«*opting in*»³⁵⁰ aurait certes simplifié le texte de la Convention en en supprimant toutes les règles d'application objectives. C'eût été cependant reléguer le droit uniforme au rang de

³⁴⁶ Sur cette question en général, cf. infra IIème partie, ch. III.

³⁴⁷ BONELL in: BIANCA/BONELL, ad art. 6, n° 3.3; CONETTI, p. 85.

³⁴⁸ Le choix exprès d'un droit de substitution étant alors soumis aux éventuelles limitations des règles de droit international privé du for en matière d'élection de droit par les parties. Le cas échéant, la nullité du choix d'un droit de substitution n'entraîne pas la nullité de la clause d'exclusion de la Convention. Voir à ce sujet HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 6 n° 14; BONELL in: BIANCA/BONELL ad art. 6, n° 3.3.1.

³⁴⁹ Mentionné par WITZ, p. 107.

³⁵⁰ Correspondant à la réserve de l'art. V de la Convention portant loi uniforme sur la vente internationale d'objets mobiliers corporels: «Chaque Etat peut (...) déclarer qu'il n'appliquera la loi uniforme qu'aux contrats dont les parties ont,

conditions générales de type INCOTERMS, dont l'utilité pratique n'est plus à démontrer mais dont la valeur normative ne saurait se comparer à celle d'une Convention internationale bénéficiant de la légitimité de ratifications étatiques. Par sa ratification, le droit uniforme devient partie intégrante du droit de l'Etat ratifiant: la légitimité de l'application du droit uniforme se suffit de cette ratification étatique, sans exiger de surcroît la ratification privée des parties. Cette solution eût enfin exclu l'application de la Convention dans tous les cas où les parties n'expriment pas de volonté particulière quant au droit applicable.

115. La solution négative de l'«*opting out*», qui permet aux parties d'exclure la Convention lorsqu'elle serait objectivement applicable, correspond mieux au caractère étatique des règles uniformes et, par la fréquence d'application qu'elle implique en pratique, à l'ambition d'uniformisation du droit de la vente internationale. Ce système influe fortement sur la façon dont un juge doit tenir compte de la volonté des parties: il s'agit de déterminer s'il existe une *réelle volonté des parties d'exclure le droit conventionnel*. Dans tous les autres cas, notamment ceux où les parties n'ont rien convenu ou même pas eu conscience de l'existence de la Convention, cette dernière doit s'appliquer si ses conditions d'application objectives sont réalisées³⁵¹.

116. La logique de l'exclusion plutôt que du choix de la Convention n'a rien de contraignant pour les parties puisqu'il n'existe aucune limite temporelle à leur liberté d'exclure le droit uniforme. Cet accord peut survenir même après l'introduction de la cause en justice³⁵². Dans

en vertu de l'art. 4 de la loi uniforme, choisi cette loi comme régissant le contrat». Le Royaume Uni et la Gambie avaient fait usage de cette possibilité. Ces deux Etats n'ont pas ratifié la Convention de Vienne, preuve s'il en était besoin que le système de l'«*opting in*» ne permet pas au droit uniforme d'entrer dans les habitudes commerciales d'un Etat.

³⁵¹ REINHART, ad art. 6 CV, n° 4; WITZ p. 109; SCHLECHTRIEM/MAGNUS, ad art. 3 EKG, n° 10.

³⁵² BONELL in: BIANCA/BONELL ad art. 6 CV, n° 3.1; REINHART, Dix ans de jurisprudence, p. 431, note 41 et 42; HERBER/CZERWENKA, ad art. 6, n° 4; WITZ, p. 107; ERDEM, n° 211; NEUMAYER/MING, ad art. 6, n° 2; SCHLECHTRIEM/MAGNUS, ad art. 3 EKG, n° 5. La Convention de La Haye de 1955 admet également l'élection de droit «tardive», ce qui évite un conflit entre les deux Conventions: cf. TC VD, 23 février 1979, SPRL Glico, cité in: Répertoire de droit international privé, Tome I, p. 73 n° 16; CZERWENKA, p. 65; VISCHER, das Haager Abkommen, p. 60.

l'hypothèse où les parties n'avaient pas prévu de droit applicable lors de la conclusion du contrat, ou pas eu conscience de l'existence de la Convention, elles peuvent toujours remédier à cette imprévision lorsque la question du droit applicable se pose concrètement: en aucun cas l'application du droit uniforme ne peut aller à l'encontre de la volonté commune des parties.

117. Même si le texte de la Convention ne mentionne pas la possibilité d'une exclusion tacite de la Convention, celle-ci est incontestée en doctrine^{353,354} et correspond à une conception généralement admise en

De façon plus générale, voir les art. 116 al. 3 LDIP; 3 al. 2 CR; 7 al. 2 CLH-1986; Répertoire de droit international privé, Tome I, p. 32 n° 53 et la jurisprudence citée; SIEHR, *Die Parteiautonomie im internationalen Privatrecht*, pp. 495, 496; PELICHET, p. 121; MESSAGE concernant une loi fédérale sur le droit international privé, n° 282.22. Pour une approche historique de la jurisprudence du Tribunal fédéral sur la question, cf. BENEDICT Martine, *Le contrat de concession de vente exclusive*, Ed. Pro Schola, Lausanne 1975, p. 80. Le principe est qu'une élection de droit peut avoir lieu au plus tard devant le juge du fond, les droits des tiers étant réservés. La Convention de Vienne n'étant pas applicable en ce qui concerne les effets du contrat envers les tiers (art. 4 CV) et la Convention de La Haye de 1955 restant silencieuse à ce sujet, la règle de l'art. 116 al. 3 LDIP relative à la protection des tiers s'applique également aux cas d'exclusion tardive de la Convention.

Une élection de droit (et, partant, une exclusion de la Convention) peut-elle avoir lieu en appel? Si tel ne peut évidemment pas être le cas en appel extraordinaire, la Cour de justice de Genève semble en admettre le principe en cas d'appel ordinaire dans son arrêt publié in: S.J. 1974 p.91, c. 2.

³⁵³ BONELL in: BIANCA/BONELL ad art. 6, n° 2.3; n° 3.1; HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 6, n° 12; REINHART, ad art. 6, n° 3 ss; ERDEM, n° 215; HONNOLD, n° 77; HEUZE, n° 98; DOCUMENTS OFFICIELS, p. 264; MESSAGE n° 211.33; NEUMAYER/MING, ad art. 6, n° 3.

³⁵⁴ La volonté tacite des parties ne résulte d'aucun critère absolu: cf. KELLER/KREN KOSTKIEWICZ ad art. 116 in: IPRG Kommentar, Herausgeber Heini, Keller, Siehr, Vischer, Volken, Schultess Poligraphischer Verlag, Zürich 1993, n° 62-82, et KNOEPFLER, *Le contrat international en droit suisse*, in: RDAI 1988, pp. 413, 418. Les indices classiques sont la langue du contrat, le lieu de conclusion ou d'exécution, le domicile ou le siège des parties, la monnaie du paiement, la référence à certaines institutions caractéristiques d'un ordre juridique, ou une clause de prorogation de for: cf. ATF 100 II 34; 111 II 175; SCHULZE, pp. 44 ss; Répertoire de droit international privé, p. 32. En ce qui concerne ce dernier indice, voir en général PELICHET p. 114 et plus spécialement en ce qui concerne la Convention de Vienne HONNOLD n° 77.

droit international privé (et exprimée notamment aux articles 116 alinéa 2 LDIP, 2 alinéa 2 CLH-1955, 7 alinéa 1 CLH-1986, 3 CR, 3 EKG)³⁵⁵.

Faut-il voir une différence substantielle entre l'exclusion tacite de l'article 6 CV et la règle de l'article 2 alinéa 2 CLH-1955 qui exige que l'élection de droit non expresse résulte «*indubitablement*» du contrat³⁵⁶? S'il fallait voir dans l'article 2 alinéa 2 CLH-1955 une conception de l'accord tacite plus sévère que dans l'article 6 CV, ressurgirait le problème de la hiérarchie des deux Conventions au sens de l'article 90 CV³⁵⁷. Il semble à la vérité qu'une exigence de rigueur soit généralement admise quant à l'acceptation d'une élection de droit tacite: l'article 116 alinéa 2 LDIP et l'article 3 alinéa 1 CR exigent que l'élection de droit ressorte «*de façon certaine*» du contrat, et l'article 7 alinéa 1 CLH-1986 qu'elle en résulte «*clairement*». C'est dans cette même optique que l'article 6 CV ne mentionne pas la possibilité d'un accord tacite des parties, non pour supprimer cette possibilité mais parce que les auteurs de la Convention craignaient que «*la référence à une exclusion implicite n'encourageât les tribunaux à admettre, sur des bases insuffisantes, que l'application de la Convention avait été complètement écartée*» par les parties³⁵⁸.

Il serait peu réaliste d'exiger que les juges se livrassent à de sémantiques études quant à la différence entre l'indubitable et la certitude, la certitude et la clarté, la clarté et les bases suffisantes. Dans un souci de cohérence globale, il est suffisant de considérer que la Convention de Vienne et la Convention de La Haye de 1955 se rejoignent dans l'injonction faite au juge ou à l'arbitre de ne pas admettre trop facilement un accord tacite des parties quant au droit

³⁵⁵ Voir notamment SIEHR, Die Parteiautonomie, p. 494 et les différentes dispositions légales étrangères citées en marges; Répertoire de droit international privé, tome I, p. 32 n° 52; HONNOLD, n° 77.

³⁵⁶ Sur cette notion, voir VISCHER, Das Haager Abkommen, p. 58, n° 3; CZERWENKA, p. 65.

³⁵⁷ Cf. supra n° 69; CONETTI, p. 85: «Im zweiten Fall muss auch die Vorschrift der Konvention von 1955 berücksichtigt werden, derzufolge die Wahl der Parteien in einer ausdrücklichen Vertragsklausel festgelegt sein oder aber dem Vertrag sinhalt mit Sicherheit entnommen werden können muss».

³⁵⁸ WITZ, p. 108; WINSHIP, p. 1-34; HONNOLD, n° 76; DOCUMENTS OFFICIELS, p. 18, ad art. 5 n° 2.

applicable³⁵⁹. Dans les deux textes en tout cas, la volonté hypothétique des parties ne saurait être prise en compte par le juge ou l'arbitre³⁶⁰.

118. Le souci d'uniformisation du droit de la vente n'est guère compatible avec la logique du «*dépeçage*» du contrat, soit de la possibilité de n'exclure que partiellement la Convention. Cette possibilité est cependant réservée aux parties par le texte même de l'article 6 CV³⁶¹.

Si, par principe, l'autonomie de la volonté des parties implique la possibilité de choisir plusieurs droits pour les différents aspects du contrat, cette solution «*laisse planer beaucoup d'incertitudes pour délimiter précisément le champ d'application des différentes lois nationales*»³⁶². Cette incertitude est renforcée en ce qui concerne la Convention de Vienne par l'incertitude, liée à la dualité de l'article 6 CV, quant à la volonté des parties d'exclure partiellement la Convention au profit d'un droit de substitution, ou au contraire sans qu'un droit national ne se substitue aux règles conventionnelles écartées.

³⁵⁹ PELICHET insiste cependant sur la différence à ce sujet entre la Convention de La Haye de 1955 qui exige l'indubitable, et la Convention de La Haye de 1986 selon laquelle l'élection de droit doit résulter clairement des termes du contrat ou du comportement des parties. L'enjeu de cette question est essentiellement de savoir si une élection de for peut être interprétée comme un indice de la volonté tacite des parties d'élire le droit du for. Voir également HEUZE, n° 24.

³⁶⁰ Cette notion s'abstrait de la volonté réelle des parties et ne se base que sur des éléments objectifs. Voir à ce sujet HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 6, n° 13; REINHART, ad art. 6 n° 3; SCHLECHTRIEM/MAGNUS, ad art. 3 EKG, n° 6; HONNOLD, n° 77; NEUMAYER/MING, ad art. 6, n° 3. Contra PELICHET, p. 75, hyp. 1. De façon plus générale, voir KNOEPFLER, in: Ceditac, p. 86; SIEHR, Die Parteiautonomie p. 494; SCHWANDER, Zur Rechtswahl, p. 481; MESSAGE concernant une loi fédérale sur le droit international privé, n° 282.22; ATF 79 II 295; 89 II 214; 89 II 265; 91 II 248; 91 II 442; en droit Allemand, FIRSCHING, p. 267.

³⁶¹ HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 6, n° 2.6; REINHART, ad art. 6 n° 6; WITZ, p. 110. De façon générale, la doctrine admet cette notion de dépeçage des contrats en droit international privé: cf. KNOEPFLER in: Ceditac, p. 87; SCHWANDER, Zur Rechtswahl, n° 39, p. 499; VISCHER, Das internationale Vertragsrecht, n° 19, 24 ss.

³⁶² LESGUILLON tome I Div.2, art. 14.

Enfin, il est douteux que la Convention de La Haye de 1955 soit aussi libérale en matière de dépeçage du contrat³⁶³. Si l'on opte pour une interprétation stricte et historique de ce texte (contre une interprétation plus évolutive), un conflit pourrait se présenter entre les deux Conventions sur cette question, qui devrait être réglé selon l'article 90 CV, soit de façon trop casuistique pour être satisfaisante.

119. L'exclusion de la Convention par les parties n'implique pas le choix d'un droit de substitution³⁶⁴. En l'absence d'une volonté expresse ou tacite des parties à ce sujet, ce droit de substitution est déterminé par le juge du for selon les règles de rattachement objectif de sa loi de droit international privé. Si cette règle de rattachement objectif désigne le droit d'un Etat contractant, le droit national de cet Etat s'applique, à l'exclusion des règles conventionnelles³⁶⁵.

Cette situation a été critiquée très vivement en raison de l'incertitude qu'elle comporte quant au droit applicable au contrat³⁶⁶. Pour les parties au contrat, cette incertitude n'est pourtant guère préjudiciable dans la mesure où une nouvelle élection de droit, plus précise, leur est possible en tout temps.

b. Le choix du droit d'un Etat contractant

120. Lorsque deux parties établies chacune dans un Etat contractant différent concluent un contrat de vente de marchandises comportant une élection de droit en faveur du droit d'un Etat contractant (par exemple le droit suisse), la Convention de Vienne, partie intégrante du

³⁶³ CZERWENKA, p. 65; PELICHET, p. 119, et la doctrine citée par l'auteur. Cette restriction ne correspond certes pas à l'évolution du droit en la matière: la Convention de La Haye de 1986 admet le dépeçage (art. 7 al. 1 3^{ème} phrase, ce principe ayant été adopté à une forte majorité lors de la conférence: cf. CONFERENCE DE LA HAYE de droit international privé, p. 724) comme la Convention de Rome (art 3 al. 1 in fine CR; KAUFMANN-KOHLER, p. 265).

³⁶⁴ BONELL in: BIANCA/BONELL, ad art. 6, n° 3.2; HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 6, n° 9 et 10, BONELL, Uniform law and Party autonomy: What is wrong with the current approach?; ERDEM, n° 212; HONNOLD, n° 75; NEUMAYER/MING, ad art. 6, n° 2.

³⁶⁵ SIEHR, p. 600; SCHLECHTRIEM/MAGNUS, ad art. 3 EKG, n° 3 et 5.

³⁶⁶ BONELL, Uniform Law and Party autonomy: What is wrong with the current approach?

droit désigné par les parties, est applicable dans la mesure de son champ d'application matériel:

- En premier lieu en vertu de l'article 1 alinéa 1 lettre a CV les parties étant établies dans des Etats contractants.
- En second lieu en vertu de l'article 1 alinéa 1 lettre b CV: les règles de droit international privé consacrant le principe de l'autonomie de la volonté mènent à l'application du droit d'un Etat contractant³⁶⁷.

121. En particulier, la référence au droit national ne peut être considérée comme une exclusion tacite de la Convention, puisque celle-ci est incluse dans ce droit national. Peu importe que les parties aient envisagé ou non l'application de la Convention: la référence à un droit national ne saurait en soi être considérée comme un indice de leur volonté d'exclure la Convention³⁶⁸. Plusieurs arguments permettent en effet de réfuter une telle interprétation:

³⁶⁷ Il n'y a aucune raison limiter les «règles de droit international privé» au sens de l'art. 1 al. 1 let. b CV aux règles de rattachement objectif: HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 1, n° 38; PLANTARD, p. 321; LÜDERITZ, ad art. 1, n° 9. Voir cependant NEUMAYER/MING, ad art. 1, n° 9; dubitatif HERRMANN in: Berner Tage, p. 89.

³⁶⁸ Cf. OLG Düsseldorf 8. 1. 1993 in: IPRax 1993, p. 412: l'élection, même tardive, du droit allemand implique l'application de la Convention. Au sujet de cet arrêt, cf. MAGNUS, p. 84: «Wie schon die Rechtsprechung unter dem EKG sah das OLG Düsseldorf in der Wahl deutschen Rechts keinen Ausschluss des CISG. Vielmehr war es als Teil der deutschen Rechtsordnung anzuwenden, der speziell für internationale Käufe gilt». Voir par ailleurs BONELL in: BIANCA/BONELL, ad art. 6 n° 2.3.3; HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 6 n° 16; REINHART, ad art. 6 n° 4, et Dix ans de jurisprudence, pp. 430 ss; HERBER/CZERWENKA, ad art. 6, n° 15; LACASSE, p. 38; SAMSON, p. 930; THIEFFRY in: DPCI, p. 372; ad; AUDIT, p. 39 n° 43; SIEHR, p. 600, b.1; CARBONNE, p. 528; McLACHLAN, p. 614 (iv); WITZ, p. 109; PLANTARD, p. 439; WINSHIP, p. 1-35, note 75; SCHLECHTRIEM, p. 344; STOFFEL in: SJZ, p. 173 et in: Ceditac, p. 32 avec quelques réserves; MESSAGE n° 211. 33 in fine; SCHLECHTRIEM/MAGNUS, ad art. 3 EKG, notamment n° 1, et en particulier Landsgericht Bonn, 21 avril 1982, RDU 1982 p. 397; PÜNDER, p. 873; DETZER, n° 1.3.1 b; HEUZE, n° 105, note 230, plus dubitatif n° 98.

Contra: VEKAS, p. 346: «In solchen Fällen ist es eher zu vermuten, dass die Parteien mit der Rechtswahl das UN-Uebereinkommen über Art. 6 abbedingen und das interne Recht des betroffenen Staates gelten lassen wollen (Derogationsvermutung)»; HOPT, p. 1332; WEY, n° 163, HONSELL, p. 39; NEUMAYER/MING, ad art. 6, n° 5; voir également les interventions de LOEWE, NEUMAYER et SCHULTZ in:

- Selon l'article 1 alinéa 1 lettre b CV, la Convention est applicable lorsque les règles de droit international privé mènent à l'application de la loi d'un Etat contractant. Rien ne permet de considérer que les «*règles de droit international privé*» au sens de cette disposition ne comprennent pas les règles de rattachement subjectif³⁶⁹. Lorsque la règle de l'autonomie de la volonté conduit au droit d'un Etat contractant, le droit uniforme se déclare donc lui-même applicable et toute interprétation contraire serait dès lors une interprétation «*contra legem*».
- Comme le font remarquer certains auteurs³⁷⁰, il convient avant tout de déterminer la volonté des parties selon l'article 8 CV. La question ne se pose cependant qu'en l'absence d'une volonté claire des parties d'exclure la Convention. Or, le principe de l'«*opting out*» retenu par les auteurs de la Convention, implique qu'en l'absence d'un tel accord, qui ne peut être admis par le juge que sur la base d'«*éléments suffisants*», le droit uniforme est applicable.
- En vertu de l'article 13 LDIP, la désignation d'un droit étranger comprend toutes les dispositions qui, d'après ce droit, sont applicables à la cause. La désignation par les parties du droit d'un Etat contractant comprend donc le droit uniforme qui, d'après le droit désigné par les parties, est applicable à la cause. Le risque que les parties n'aient pas prévu l'application du droit uniforme³⁷¹ est le risque général d'une évolution du droit choisi, que les parties supportent si elle ne prévoient pas de clause «*gel*

COLLOQUE DE LAUSANNE, p. 36; MERTENS/REHBINDER, ad art. 3 EKG, n° 9; dubitatif: HERRMANN, in: Berner Tage, p. 95. Voir également le débat à ce sujet in: DOCUMENTS OFFICIELS, p. 266, 267.

³⁶⁹ HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 1, n° 38; CZERWENKA, p. 160; WITZ, p. 110; PÜNDER, p. 873, DOCUMENTS OFFICIELS, p. 16.

³⁷⁰ Notamment HOPT, p. 1332; LACASSE, p. 38; HERBER/CZERWENKA, ad art. 6, n° 10; HEUZE, p. 82; HERRMANN in: Berner Tage, p. 94; SIEHR, p. 600; SCHLECHTRIEM in: PJA, p. 344; NEUMAYER/MING, ad art. 6, n° 5.

Il ne faut pourtant pas transformer le système de l'«*opting out*» en une exigence d'«*opting in*», comme semblent le faire NEUMAYER/MING, ad art. 6, n° 5 (p. 90).

³⁷¹ Voir les arguments de DABIN, in: DOCUMENTS OFFICIELS, p. 267; NEUMAYER/MING, ad art. 6, n° 5.

de droit)³⁷²: le droit uniforme constitue en effet une évolution du droit national des Etats contractants en matière de vente internationale.

- Enfin, s'il existe un réel accord des parties quant à une exclusion de la Convention, celles-ci peuvent toujours le confirmer au plus tard devant le juge du fond.

122. La référence à des dispositions particulières d'un droit national (par exemple: «*Les articles 197ss du Code des obligations suisse*») est plus ambiguë lorsque ces dispositions concernent des matières régies par le droit uniforme: la preuve d'une volonté tacite des parties d'exclure totalement la Convention ne saurait cependant se suffire d'une telle référence puisque l'exclusion de la Convention peut être partielle³⁷³. La question ne se posera que lorsque les parties ne seront plus d'accord quant au droit applicable au jour du procès, puisque dans le cas contraire une simple confirmation de l'accord des parties quant à l'exclusion de la Convention pourra clore le débat. Une grande prudence s'impose donc en général quant à l'admission d'une exclusion tacite de la totalité de la Convention par les parties lors de la conclusion du contrat.

123. Si une telle élection de droit est le fait de parties dont l'une au moins n'est pas établie dans un Etat contractant, se pose le problème supplémentaire des Etats réservataires au sens de l'article 95 CV. La Convention n'est en effet plus applicable en vertu de l'article 1 alinéa 1 lettre a CV. Les conditions de l'article 1 alinéa 1 lettre b CV doivent donc être vérifiées et la situation juridique revêt la forme alternative suivante:

³⁷² Cf. VISCHER, *Veränderungen des Vertragsstatuts*, p. 549, et *General Course*, p. 139. Selon l'art. 8 de la résolution de l'Institut de droit international relative à l'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées, publiée in: *Annuaire de l'Institut de droit international*, Session de Bâle 1991, vol. 64 II (1992), p. 383- 387, la loi faisant l'objet de la clause «gel de droit» est considérée comme étant matériellement incorporée dans le contrat.

Dans cette optique, une clause «gel de droit» relative à un droit national avant l'entrée en vigueur de la Convention de Vienne impliquerait donc une dérogation matérielle à la Convention au sens de l'art. 6 CV.

³⁷³ WITZ, p. 110; MESSAGE, n° 211.33; HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 6, n° 18 y voit cependant un indice d'exclusion.

- La loi désignée par les parties est la loi d'un Etat contractant non réservataire (par exemple le droit suisse): le juge d'un Etat contractant non réservataire (par exemple le juge suisse) appliquera la Convention en application de l'article 1 alinéa 1 lettre b CV; le juge d'un Etat contractant réservataire (par exemple le juge américain) appliquera en principe la Convention comme droit étranger désigné par ses propres règles de droit international privé consacrant le principe de l'autonomie de la volonté.
- La loi désignée par les parties est la loi d'un Etat contractant réservataire (par exemple le droit américain): le juge d'un Etat contractant non réservataire (par exemple le juge suisse) ne tiendra en principe pas compte de la réserve (américaine) et appliquera la Convention conformément à l'article 1 alinéa 1 lettre b CV, étant réservés les cas déjà mentionnés et tout à fait exceptionnels où il doit tenir compte de la réserve étrangère³⁷⁴. Le juge de l'Etat réservataire (par exemple le juge américain) appliquera le droit national interne désigné par les parties, à l'exclusion du droit conventionnel uniforme³⁷⁵.

124. L'application de la Convention par désignation du droit d'un Etat contractant par les parties suppose en toute hypothèse que les conditions d'application de la Convention auxquelles ne supplée pas l'élection de droit soient remplies: ainsi l'élection du droit suisse en relation avec un contrat de vente de titres n'entraînera-t-elle pas l'application des règles conventionnelles, exclues en vertu de l'article 2 lettre d CV. De même une telle élection ne rendrait-elle pas le droit uniforme applicable si elle est le fait de parties établies toutes deux en Allemagne, le contrat n'étant pas «*international*» au sens de la Convention.

³⁷⁴ Cf. supra n° 92.

³⁷⁵ Sur cette casuistique, voir PLANTARD, p. 322 et 323; SIEHR, p. 600 et 605; VOLKEN in: COLLOQUE DE LAUSANNE, p. 36; MESSAGE n° 211.33: «Même lorsque les parties font une élection de droit en faveur d'un droit matériel national, elles n'excluent pas forcément l'application de la Convention. Cela est encore plus vrai si le droit choisi est celui d'un Etat contractant qui n'a pas fait de réserve au sujet de l'art. 1 al. 1 let. b CV». L'expression «Cela est encore plus vrai» manque certes de précision, mais fait sans doutes référence à cette approche casuistique.

125. Lorsque les parties sont établies dans des Etats réservataires au sens de l'article 94 alinéa 1 CV, ou si l'une des parties est établie dans un Etat réservataire au sens de l'article 94 alinéa 2 CV et l'autre dans un Etat non contractant, l'élection du droit d'un Etat contractant non réservataire emporte l'application de la Convention, même si le for est en l'Etat réservataire, dans la mesure de la validité d'une telle élection de droit selon le droit international privé du for. Ce «*retour*» au droit conventionnel peut sembler contraire au texte de l'article 94 CV qui en prononce clairement l'inapplicabilité. La ratio legis de l'article 94 CV est cependant de préserver les harmonisations régionales du régime juridique de la vente. Lorsqu'un tel régime juridique harmonisé au niveau régional n'est de toute façon pas applicable en raison d'une élection de droit valable des parties en faveur d'un droit tiers, il serait contraire au but de l'article 94 CV de considérer qu'une réserve au sens de cette disposition s'oppose à l'application du droit uniforme³⁷⁶.

126. Le choix du droit d'un Etat contractant comporte-t-il également le droit uniforme lorsque ce choix a eu lieu avant l'entrée en vigueur de la Convention dans cet Etat?

En pratique, la question se pose surtout dans le cas où les parties utilisent des contrats pré-rédigés, en particulier des conditions générales. En vertu de l'article 100 alinéa 2 CV, le droit conventionnel ne s'applique en effet qu'aux contrats conclus après l'entrée en vigueur de la Convention dans l'Etat contractant visé à l'article 1 alinéa 1 lettre b CV (soit l'Etat dont le droit est choisi par les parties), et pour ce qui est de la formation du contrat, aux contrats conclus à la suite d'une proposition intervenue après cette entrée en vigueur (art. 100 al. 1 CV). S'agissant d'un contrat ponctuel, on imagine mal que l'élection de droit précède la conclusion du contrat. Quoi qu'il en soit, le principe général selon lequel l'élection de droit des parties comprend les éventuelles évolutions de ce droit³⁷⁷ doit être respecté et plaide pour l'application des règles uniformes même dans cette hypothèse.

³⁷⁶ Sur cette question, cf. EVANS in: BIANCA/BONELL, ad art. 94 n° 3.1; HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 94 CV, n° 10; KAROLLUS, p. 35.

³⁷⁷ Voir notamment VISCHER, *Veränderungen des Vertragsstatuts*, p. 549, *Das internationale Vertragsrecht*, p. 25, et *General Course*, p. 140. Les considérations précédentes relatives à la portée de l'élection du droit d'un Etat contractant permettent également d'écarter l'idée selon laquelle une telle élection de droit antérieure à l'entrée en vigueur de la Convention doit être interprétée comme une clause «gel de droit».

En particulier, l'argument de l'habitude des parties au sens de l'article 9 CV doit être écarté dans ce contexte: le fait que les parties aient pris l'habitude, avant l'entrée en vigueur du droit uniforme, de l'application d'un droit national interne à leurs relations contractuelles ne peut impliquer une exclusion contractuelle de la Convention au sens de l'article 6 CV: Les parties n'ont en effet pas pu prendre l'habitude d'exclure une Convention qui n'était pas encore en vigueur.

c. Le choix du droit d'un Etat non contractant

127. Le choix du droit d'un Etat non contractant par des parties établies dans des Etats contractants constitue une exclusion expresse du droit uniforme par les parties au sens de l'article 6 CV³⁷⁸.

Si l'une au moins des parties au contrat n'est pas établie dans un Etat contractant, la Convention n'est pas applicable (et n'a donc pas besoin d'être exclue), ni les conditions de l'article 1 alinéa 1 lettre a CV ni celles de l'article 1 alinéa 1 lettre b CV n'étant remplies. La volonté des parties d'exclure la Convention doit être respectée même si leur élection de droit en faveur d'un Etat non contractant est nulle³⁷⁹.

Si par contre l'Etat non contractant dont le droit a été choisi par les parties adhère par la suite à la Convention, cette évolution du droit choisi s'impose aux parties dans les limites de l'article 100 CV, et sous réserve d'une «*clause gel de droit*» expresse³⁸⁰.

128. Les règles du droit uniforme peuvent intervenir malgré le choix par les parties du droit d'un Etat non contractant en leur qualité d'usages codifiés de la vente internationale, dans la mesure du statut accordé à ces usages par le droit national applicable (par exemple lorsque le droit national élu se réfère expressément aux usages)³⁸¹.

³⁷⁸ HERRMANN, p. 94; HEUZE, n° 106, note 231, et n° 108. Le choix du droit d'un Etat non contractant peut cependant s'accompagner du choix du droit uniforme: cf. HEUZE, n° 106 à 109. Le droit de l'Etat non contractant est alors le droit national supplétif.

³⁷⁹ BONELL in: BIANCA/BONELL, ad art. 6, n° 3.2; HERBER/CZERWENKA, ad art. 6, n° 16; HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 6, n° 14; NEUMAYER/MING, ad art. 6, n° 4.

³⁸⁰ Cf. supra n° 121.

³⁸¹ Cf. supra n° 80.

Si par ailleurs le contenu du droit étranger choisi par les parties n'est pas déterminable, un juge suisse peut appliquer le droit suisse à titre du substitution (art. 16 al. 2 LDIP). Il doit alors prendre en compte le caractère international du contrat et appliquer le droit uniforme, qui est le droit suisse applicable en matière de vente internationale de marchandises³⁸², à moins que l'élection de droit des parties puisse être interprétée comme une exclusion tacite de la Convention (opting out).

d. Le choix de la Convention

129. L'élection du droit d'un Etat contractant par les parties comporte en principe l'élection du droit uniforme. Les parties peuvent cependant en prévoir expressément l'application. Cette solution a sur la première l'avantage de lever toute ambiguïté quant à une éventuelle exclusion tacite de la Convention par les parties, et de contourner l'épineuse question de la réserve de l'article 95 CV³⁸³.

Dans l'hypothèse où la Convention aurait été applicable objectivement (en vertu de l'article 1 alinéa 1 lettre a CV ou en vertu de l'effet conjugué des règles de rattachement objectif du droit international privé du for et de l'article 1 alinéa 1 lettre b CV), la référence des

³⁸² Cf. supra n° 79.

³⁸³ Cette hypothèse n'est cependant pas prévue par la Convention elle-même ainsi que l'explique HONNOLD, n° 80: «A provision regulating the effect of agreements to apply the Convention was not included because of the drafting problem posed by divergent domestic approaches to what rules were «mandatory». In short, courts facing this issue will not be subject to a binding rule of the Convention. Instead, the point of reference will be domestic rules on the contractual freedom of the parties, derived from domestic law and applicable international Conventions». Cf. également HONNOLD, *Documentary History*, p. 321. Ces difficultés ont conduit à l'abandon de la traduction dans la Convention de Vienne du principe de l'art. 4 EKG, qui fut pourtant souvent appliqué en pratique, ainsi que le rappelle REINHART, ad art. 6 n° 9: «Sie (diese Möglichkeit) wurde von den Parteien im Bereich des Haager Kaufrechts in vielen Fällen genutzt, wenn sie sich beim Abschluss eines internationalen Kaufvertrages weder auf das Recht des Verkäuferlandes noch auf das des Landes des Käufers einigen konnten».

Sur le choix de la Convention par les parties, cf. KAHN, in: DPCI, p. 394 qui considère un tel choix comme une solution «commode et efficace»; MOULY, in: CV et Incoterms, p. 406, qui donne un modèle de clause d'élection de la Convention; KRITZER, p. 102; BONELL in: BIANCA/BONELL, *Introduction*, p. 15, n° 2.3; HONNOLD, *Documentary history*, p. 61, n° 48.

parties au droit uniforme est une simple confirmation de la situation juridique objective. Le droit conventionnel n'étant pas exhaustif, un droit supplétif doit être déterminé soit par les règles de rattachement objectif du droit international privé du for, soit par une élection de droit supplétive des parties³⁸⁴. Dans le premier cas, ce droit supplétif ne peut être que le droit d'un Etat contractant (puisque, par hypothèse, les conditions de l'article 1 alinéa 1 lettres a ou b sont réalisées). Rien n'empêche par contre les parties de choisir à titre supplétif le droit d'un Etat non contractant. Cette situation s'apparenterait alors à celle d'un «*dépeçage du contrat*»³⁸⁵, puisque celui-ci serait soumis selon la matière à deux droits rattachés à des ordres juridiques différents.

130. Plus complexe est la situation juridique lorsque le choix du droit uniforme intervient dans un cas où la Convention n'est pas applicable objectivement, soit parce que les conditions de l'article 1 alinéa 1 lettre a ou b CV ne sont pas réalisées, soit parce qu'il s'agit d'un contrat qui n'est pas international au sens de la Convention, soit encore parce que ce contrat n'est pas une vente de marchandises au sens de la Convention³⁸⁶.

La base légale de l'autonomie de la volonté des parties n'est plus alors l'article 6 CV³⁸⁷, mais les règles du droit national applicable, soit en Suisse l'article 19 CO pour la liberté contractuelle matérielle des parties et les articles 116 alinéa 2 LDIP, 118 alinéa 1 LDIP et 2 de la Convention de La Haye de 1955 en ce qui concerne la liberté des parties de choisir le droit applicable à leur contrat.

131. S'agit-il en effet d'une élection de droit au sens du droit international privé ou de l'incorporation dans le contrat des règles de la Convention, soumise à la limite des dispositions impératives du droit national applicable? La question se pose essentiellement lorsque le droit applicable au contrat est le droit d'un Etat non contractant et que

³⁸⁴ Election de droit dont la base légale n'est alors plus l'art. 6 CV, mais l'art. 2 CLH-1955, par renvoi de l'art. 118 al. 1 LDIP. Voir à ce sujet PELICHET, p. 180 n° 2, qui considère pour ces raisons qu'un tel choix (de la Convention) serait en soi regrettable.

³⁸⁵ Sur cette notion cf. supra n° 118 et HEUZE, n° 108, qui pose le problème du cas où le for n'admet pas le dépeçage.

³⁸⁶ Sur ces trois hypothèses, cf. HONNOLD, n° 81, 82, 83.

³⁸⁷ BONELL in: BIANCA/BONELL ad art. 6, n° 3.5; HONNOLD, n° 80.

certaines dispositions impératives de ce droit sont contraires aux dispositions du droit uniforme. Le fait de considérer le choix de la Convention par les parties comme une simple intégration matérielle de ses règles dans le contrat implique le respect des normes impératives du droit national applicable, et donc, le cas échéant, la nullité des règles conventionnelles «*contractualisées*»³⁸⁸. Dans une optique conflictuelle au contraire, le droit national applicable selon les règles de conflit n'intervient qu'à titre supplétif et ne peut porter préjudice à l'application des règles conventionnelles valablement élues par les parties³⁸⁹.

Certains auteurs excluent le caractère conflictuel d'un tel choix en considérant que le droit international privé permet aux parties de choisir une loi nationale et non une Convention internationale³⁹⁰. Pourtant, le droit uniforme est une partie du droit national de chaque Etat ayant ratifié la Convention³⁹¹, et s'il est possible d'opter pour la Convention en choisissant le droit suisse (ou le droit de n'importe quel Etat contractant) il doit être possible d'opter directement pour la Convention.

132. Une élection de droit implique cependant la désignation des dispositions qui, d'après ce droit, sont *applicables à la cause* (article 13 LDIP). Or, au sein des ordres juridiques qui intègrent la Convention de Vienne coexistent deux droits de la vente dont l'application au

³⁸⁸ Par sa réserve des «dispositions impératives de la loi qui aurait été applicable si les parties n'avaient pas choisi la loi uniforme», la loi uniforme de 1964, en son art. 4, optait pour la solution de l'intégration matérielle, comme le confirment MERTENS/REHBINDER ad art. 4 EKG p. 104 n° 4: «Die Wahl des EKG hat nur die Wirkung einer materiellrechtlichen Verweisung». Pour une solution identique concernant la Convention de Vienne, voir HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM ad art. 6 n° 5, REINHART ad art. 6 n° 9; AUDIT, p. 41, let. b; LOEWE, ad art. 6.

³⁸⁹ Dans la limite générale des art. 17 et 18 LDIP. Cf. cependant LOEWE, in: COLLOQUE DE LAUSANNE, p. 19: «...le tribunal d'un Etat qui lui-même a accepté la Convention ne pourrait prétendre que dans des situations très exceptionnelles que l'application d'une disposition de la Convention à des relations ne tombant pas dans le champ d'application de celle-ci est contraire à son ordre public».

³⁹⁰ AUDIT, p. 40; SIEHR, p. 600 et 611; BONELL in: BIANCA/BONELL, ad art. 6 n° 3.5.2; HEUZE, n° 126.

³⁹¹ Depuis la première ratification de la Convention de Vienne, le problème ne se pose donc plus en ces termes, le droit uniforme étant devenu un droit national. Voir à ce sujet PELICHET, p. 180 n° 2; HONNOLD, n° 83 in fine.

niveau interne dépend de la nature du contrat, soit de son internationalité ou de son objet. La liberté conférée aux parties par l'article 116 LDIP ou 2 CLH-1955 les autorise à choisir la loi applicable à leur contrat, mais pas à sélectionner au sein de cet ordre juridique les dispositions qui leur semblent adéquates, indépendamment du champ d'application matériel de ces dispositions³⁹². En d'autres termes, le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé autorise les parties à réaliser de par leur propre volonté la condition de l'article 1 alinéa 1 lettre b CV, mais pas à suppléer pour autant au défaut des autres conditions d'application de la Convention.

133. La prorogation de la Convention de Vienne ne doit donc être considérée comme une élection de droit que *lorsque les parties auraient pu parvenir au même résultat en choisissant le droit d'un Etat contractant*. Tel est notamment le cas lorsque les parties au contrat sont établies dans des Etats non-contractants, ou que les règles de rattachement objectif désignent le droit d'un Etat non-contractant.

Lorsqu'au contraire les règles du droit uniforme ne sont matériellement pas applicables à la cause, soit parce que le contrat ne répond pas au critère d'internationalité de la Convention, soit parce qu'il est exclu de son champ l'application en raison de l'article 2 CV, le choix de la Convention doit être considéré comme une incorporation des règles conventionnelles dans le contrat, soumise aux limites de la liberté contractuelle matérielle que le droit national applicable au contrat reconnaît aux parties³⁹³.

134. Cette optique ne comporte pas forcément une restriction à la liberté des parties ainsi que l'illustre l'exemple du contrat de consommation: L'article 2 CV exclut du champ d'application matériel de la Convention les contrats portant sur des marchandises achetées pour un usage personnel, familial ou domestique. Si un tel contrat contient une

³⁹² SCHNYDER, Das neue IPR-Gesetz, p. 29: «Verweist eine Kollisionsnorm des IPR-Gesetzes auf in- oder ausländisches Recht, so ist dieses in dem Umfang und in der Weise anzuwenden, wie die betreffende Rechtsordnung (lex causae) das tut»; du même, die Anwendung des zuständigen fremden Sachrechts im Internationalen Privatrecht, Zurich 1981, p. 126; KREUTZER, in COLLOQUE DE LAUSANNE, p. 5; SCHULZE, p. 15.

³⁹³ HEUZE, n° 127; HONNOLD, n° 81; SCHLECHTRIEM, Uniform Sales Law, p. 36; WINSHIP, p. 1-33; AUDIT, p. 41; KRITZER, p. 103; NEUMAYER/MING, ad art. 6, n° 9.

clause le soumettant aux règles de la Convention de Vienne, ces dernières devront être considérées comme valablement intégrées au contrat dans les limites des règles impératives de protection des consommateurs du droit national applicable. Considérée comme une élection de droit, une telle clause de prorogation de la Convention serait exclue par l'article 120 alinéa 2 LDIP³⁹⁴.

135. Le problème apparaît sous une lumière très différente si l'on considère que le droit uniforme n'est que l'expression d'une «*lex mercatoria*» supra-nationale, et que la prorogation de la Convention est un appel à l'application de cette source juridique dégagée de la contingence des ordres juridiques nationaux. Cette conception correspond à l'un des buts avoués du père spirituel du droit de la vente internationale, le juriste allemand Ernst RABEL, qui souhaitait parvenir à une codification de la «*lex mercatoria*», afin de lui donner un cadre légal et un contenu certain: «...*Er hielt (Rabel) entgegen, es sei geradezu eine «Hauptaufgabe der Vereinheitlichung», einen «gesetzlichen Unterbau unter eine Häufung von Vorschriften zu legen, die bisher in einem rechtlosen Raum schweben»*»³⁹⁵. D'ores et déjà, des tribunaux arbitraux appliquent les règles conventionnelles comme codification des usages internationaux, indépendamment de leurs conditions d'application formelles³⁹⁶. Pourquoi dès lors les parties ne pourraient-elles pas à leur tour proroger le droit uniforme en tant que tel, indépendamment de tout droit national? Cette question ouvre la porte à celle du statut de la *lex mercatoria* en droit suisse, et de la possibilité pour les parties de proroger un droit non étatique. L'ampleur des controverses à ce sujet³⁹⁷ nous conduiraient hors de notre

³⁹⁴ Ce problème peut également se poser de façon plus générale si le droit international privé du for limite la liberté des parties de choisir le droit applicable à leur contrat par l'exigence d'un «lien raisonnable». Cf. à ce sujet HONNOLD, n° 83.

³⁹⁵ REINHART, *Entspräche das Kaufrecht der Vereinten Nationen den Erwartungen Ernst Rabels?* p. 359. Sur le droit Uniforme comme «*lex mercatoria*» codifiée, voir par ailleurs supra n° 17.

³⁹⁶ Cf. supra n° 80.

³⁹⁷ De nombreux auteurs considèrent que l'art. 116 LDIP exclut le choix d'un droit non étatique. Cf. à ce sujet VISCHER, *Das internationale Vertragsrecht*, pp. 23, 24 et *General Course*, p. 136, n° 2; ANTON HEINI, *Die Rechtswahl im Vertragsrecht und das neue IPR-Gesetz*, in: *Festschrift Moser, zurich 1987*, p. 72; SCHWANDER, p. 259; KNOEPFLER, *Le contrat dans le nouveau droit international privé suisse*,

sujet. La question ne se pose d'ailleurs que si le droit uniforme n'est matériellement pas applicable à la cause, puisque dans tous les autres cas l'élection du droit uniforme doit être considérée comme l'élection valable d'un droit étatique.

136. Enfin, le choix du droit uniforme peut prêter à confusion si les parties ne précisent pas de quel droit uniforme il s'agit: sans précision supplémentaire, un tel choix emporte l'application des règles de la Convention de Vienne même s'il a été fait sous l'empire de la Convention de 1964 portant loi uniforme, à condition que le contrat ait été conclu après l'entrée en vigueur du droit uniforme au sens de l'article 100 CV. Une telle hypothèse implique donc que l'élection de droit ait précédé l'offre ou la conclusion du contrat, par exemple en cas de contrats successifs au bénéfice d'une élection de droit préalable.

En vertu de l'article 99 alinéa 3 CV, la ratification de la Convention par un Etat entraîne la dénonciation de la Convention de 1964. Le principe général de la potentialité évolutive du droit élu par les parties au contrat doit s'appliquer, qui emporte l'application des nouvelles règles uniformes. La désignation expresse de la Convention de 1964 portant loi uniforme pourra cependant s'interpréter, selon les circonstances, comme une clause «*gel de droit*»³⁹⁸, les parties disposant toujours de la faculté de conclure un nouvel accord en faveur des règles de la Convention de Vienne.

e. La référence à un système normatif privé ou anational

137. L'autonomie de la volonté des parties dans le domaine du commerce international passe de plus en plus fréquemment par une référence contractuelle à un système normatif privé, qu'il s'agisse de

p. 87; SIEHR, p. 501. En droit de la vente, cette exclusion est confirmée par la Convention de La Haye de 1955 selon laquelle les parties doivent choisir «la loi d'un pays»: cf. HEUZE, n° 25. La Convention de La Haye de 1986 semble plus ouverte à ce sujet (cf. PELICHET, p. 179), alors que la Convention de Rome confirme cette exclusion (cf. KAUFMANN-KOHLER, p. 273). Le choix par les parties d'un droit non étatique est par contre plus largement admis dans le cadre de l'arbitrage international: cf. BUCHER A., *Le nouvel arbitrage*, pp. 90 ss; et VISCHER, *General Course*, pp. 142 ss.

³⁹⁸ Cf. VISCHER, *Veränderungen des Vertragsstatuts und ihre Folgen*, p. 549; et le même auteur in: *General Course*, p. 139.

conditions générales communes à une branche d'activité, ou des INCOTERMS élaborés par la Chambre de Commerce Internationale. Ces systèmes normatifs pré-rédigés deviennent alors partie intégrante du contrat.

Plus ambitieuse que cette simple incorporation d'un système normatif dans la *lex contractus*, est la recherche d'une *lex causae* «*anationale*». Face à la multiplicité des sources légales, le praticien est évidemment tenté de s'extraire de la mosaïque des droits nationaux par une telle référence. La *lex mercatoria* est ainsi au commerçant moderne ce que les plumes et la glu furent à Icare: le moyen d'échapper au labyrinthe. On sait cependant qu'il s'agit d'un exercice dangereux et qu'un soleil fatal attend Icare: Quel plus digne symbole que l'astre solaire pour représenter, dans notre fable moderne, la justice légaliste et la doctrine positiviste?

138. Les INCOTERMS ne réglementent que quelques aspects des problèmes liés aux contrats de vente internationale et ne sont rattachés à aucun droit en particulier. Leur mention par les parties ne saurait constituer l'indice d'une volonté tacite d'exclure le droit conventionnel en faveur d'un droit national³⁹⁹. A l'inverse, les INCOTERMS peuvent être applicables sans avoir été expressément prorogés par les parties, mais par la seule mention de l'un des termes INCOTERMS par les parties, ou si leur usage est une habitude établie entre les parties⁴⁰⁰.

L'article 9 alinéa 2 CV pose la présomption réfragable de la référence tacite des parties à tout usage connu ou devant être connu d'elles, et régulièrement observé dans la branche commerciale considérée. Les INCOTERMS répondent-ils à cette définition? La fréquence de leur utilisation dans le commerce international peut le laisser penser. Si tel était le cas cependant, les articles 66 ss CV consacrés au transfert des risques seraient presque systématiquement éclipsés par les règles de la Chambre de Commerce International. Ces dernières seraient applicables par principe, sauf référence expresse des parties à la Convention, ce qui constituerait un important renversement de la présomption d'applicabilité de la Convention instituée par le système

³⁹⁹ HERBER/CZERWENKA, ad art. 6 CV, n° 14; HONNOLD, n° 76; WITZ, p. 111. Concernant les Conventions de La Haye de 1964, voir SCHLECHTRIEM/MAGNUS, ad art. 66, n° 1.

⁴⁰⁰ HONNOLD, n° 115; BONELL in: BIANCA/BONELL, ad art. 9, n° 3.5.

de l'«*opting out*»⁴⁰¹. Même si l'enjeu juridique de cette question est moindre puisque les règles conventionnelles et les règles INCOTERMS se rejoignent dans le principe du transfert des risques au moment de la livraison, il paraît choquant du point de vue de la hiérarchie des normes que les INCOTERMS puissent s'appliquer indépendamment de toute désignation des parties, au détriment du droit uniforme. Enfin, la systématique des INCOTERMS, basée sur une riche casuistique dont les clés sont les termes commerciaux utilisés par les parties, en rend l'application difficile en l'absence de cette référence expresse des parties. A cette absence de précision du contrat correspond mieux la formulation générale des articles 66 ss CV, qui évite une délicate qualification préalable du contrat de vente⁴⁰².

139. La référence des parties à des conditions générales peut conduire à l'exclusion des règles de la Convention dans deux hypothèses:

- Lorsque ces conditions générales ont été rédigées en fonction d'un droit national clairement déterminable, en s'y référant ou en y dérogeant: la référence des parties à ces conditions générales peut être considérée comme l'élection tacite de ce droit national à l'exclusion de la Convention⁴⁰³.
- Lorsque ces conditions générales comportent elles-même une clause d'exclusion de la Convention ou une clause d'élection de droit en faveur du droit d'un Etat non contractant.

Par contre, lorsque ces conditions générales comportent une clause d'élection en faveur du droit d'un Etat contractant, le droit uniforme est applicable aux contrats conclus après l'entrée en vigueur

⁴⁰¹ Cf. supra n° 114 et 115.

⁴⁰² LOEWE, in: COLLOQUE DE LAUSANNE, p. 19: «afin d'éviter les malentendus, précisons que les Incoterms et d'autres clauses similaires ne sont pas des usages, mais des sigles répandus pour des clauses contractuelles convenues»; également THEFFRY/GARNIER, p. 62; ENDERLEIN/MASCOW/STROHBACH, ad art. 9 n° 7. NEUMAYER/MING, ad art. 9, n° 7. Contra: HERBER/CZERWENKA, ad art. 9, n° 16; XUEREFF, p. 155; FOUCHARD, in: CV et Incoterms, p. 156; Plus casuistique: HONNOLD, n° 118; plus dubitatif MERTENS/REHBINDER, ad art. 9 CV, n° 39: Die Incoterms «sind nicht ohne weiteres Handelsbrauch».

⁴⁰³ BONELL in: BIANCA/BONELL, ad art. 6, n° 2.3.3; HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 6 n° 20; MERTENS/REHBINDER, ad art. 3 n° 10; HERRMANN, in: Berner Tage, p. 96; pour une approche critique de cette conception, cf. WITZ, p. 11; VON WESPHALEN, pp. 53 ss.

de la Convention au sens de l'article 100 CV, même si ces conditions générales ont été rédigées avant son entrée en vigueur: La ratification de la Convention de Vienne constitue une évolution du droit national des Etats contractants en matière de vente; or, sauf clause «*gel de droit*» expresse des parties, une élection de droit ne saurait exclure l'évolution du droit élu⁴⁰⁴.

140. Enfin, la référence expresse des parties à la «*lex mercatoria*» ou aux «*usages*» n'exclut pas forcément l'application de la Convention de Vienne⁴⁰⁵. Une telle référence pose la question de l'admissibilité de l'élection par les parties d'un droit non étatique. Cette question est loin de trouver une réponse unanime en droit suisse⁴⁰⁶. Par rapport à cette problématique, la présence du droit uniforme dans l'ordre juridique suisse appelle deux remarques:

- La référence expresse des parties à la *lex mercatoria* ou aux usages internationaux peut éventuellement entraîner l'application globale ou partielle des règles uniformes, si l'on considère que celles-ci constituent une codification des usages du commerce international⁴⁰⁷. Dans cette optique, le choix des parties pourrait être considéré comme une prorogation du moins partielle du droit uniforme, et le rendre applicable indépendamment de ses conditions objectives d'application.
- Une telle clause contractuelle trouve sa confirmation partielle dans l'article 9 CV: les usages du commerce international, qui contribuent à la formation de la *lex mercatoria*, sont réputés intégrés au contrat.

La substance de la *lex mercatoria* tend à se matérialiser à travers des instruments non législatifs de codification des principes régissant les contrats internationaux⁴⁰⁸. Dans le contexte du choix par les parties de la «*lex mercatoria*», ou des «*principes généraux du droit*», il faut mentionner en particulier l'oeuvre

⁴⁰⁴ Cf. supra n° 121.

⁴⁰⁵ Loin d'être incompatibles, *lex Mercatoria* et droit uniforme peuvent au contraire former un couple harmonieux; leur mariage est même conseillé par certains auteurs: cf. par exemple LOOKOFKY, p. 415.

⁴⁰⁶ Cf. supra n° 135.

⁴⁰⁷ Cf. supra n° 17.

⁴⁰⁸ Cf. supra n° 18 ss.

codificatrice d'UNIDROIT⁴⁰⁹. Les principes codifiés, encore à l'état de projet, prétendent s'appliquer dans une telle situation⁴¹⁰. Un conflit pourrait alors apparaître entre le droit uniforme et ces principes, ces derniers ne devant l'emporter à notre avis que s'ils ont été clairement reconnus comme des usages internationaux déroatoires au sens de l'article 9 CV⁴¹¹, ou s'il ressort clairement des circonstances que telle était la volonté des parties.

Restent actuelles les controverses doctrinales relatives à l'impact d'un tel choix sur l'application du droit national *supplétif* (et en particulier de ses normes impératives, dont la violation entraînerait la nullité totale ou partielle du contrat, par renvoi de l'article 4 CV)⁴¹².

141. L'entrée en vigueur de la Convention de Vienne en Suisse peut donc contribuer à résoudre le problème de l'interprétation d'une clause de prorogation de la *lex mercatoria* ou des usages internationaux, puisque le droit uniforme tend à en éclaircir le contenu et à leur offrir un cadre légal.

C. Conclusion

142. Le droit uniforme s'inscrit dans le cadre de l'évolution générale du droit privé et du droit international privé en garantissant aux parties une très grande liberté, qu'il s'agisse du contenu du contrat (liberté

⁴⁰⁹ Cf. supra n° 19.

⁴¹⁰ Art. 1.2 des principes.

⁴¹¹ Le droit uniforme ayant lui-même la prétention d'être, du moins en partie, une codification de la *lex mercatoria* (cf. supra n° 17), on risque d'assister à un inattendu conflit de *leges mercatoriae*!

⁴¹² Cf. supra n° 135; VISCHER, *General Course*, p. 136, n° 2 et *Das Vertragsrecht*, p. 25. Selon ce dernier auteur le choix de la «*lex mercatoria*» par les parties n'a qu'un effet matériel et ne saurait compromettre l'application des règles impératives du droit national applicable.

A noter que le projet de «principes pour les contrats commerciaux internationaux» rédigés par UNIDROIT et censés codifier la *lex mercatoria* (cf. supra n°19), s'effacent expressément devant les règles impératives du droit national applicable selon les règles de conflit (art. 1.5 et 3. 20 (c) des principes). Voir à ce sujet DROBNIG, *Substantive Validity in: AJCL 1992*, vol. 40, p. 635, 642.

contractuelle au sens matériel du terme) ou du choix du droit applicable (autonomie de la volonté au sens conflictuel du terme) (n° 107 à 113).

La variété des possibilités qui s'offrent aux parties implique une délicate interprétation de leur volonté. Le principe de la confiance de l'article 8 CV n'est pas la seule clef de cette interprétation, qui doit également prendre en compte les principes suivants:

- Seule une volonté réelle des parties d'exclure le droit uniforme conduit à son inapplicabilité (système de l'opting out) (n° 115). Dans tous les autres cas, notamment dans les cas de méconnaissance de la Convention ou d'inconscience de son applicabilité par les parties, le droit uniforme reste applicable.
- Cette volonté réelle d'exclusion peut être tacite, mais une exclusion tacite ne doit pas être admise par les tribunaux sans base suffisante. La volonté hypothétique des parties n'est pas déterminante (n° 117).
- Pour conduire à l'inapplicabilité totale du droit uniforme, la volonté d'exclusion des parties doit porter sur la Convention dans son ensemble. Dans tous les autres cas, seule une exclusion partielle de la Convention doit être retenue (n° 118).
- La Convention fait partie intégrante des droits nationaux des Etats contractants. Sa prorogation par les parties équivaut donc à l'élection d'un droit étatique, dans la mesure où elles auraient pu parvenir au même résultat en élisant le droit d'un Etat contractant. En l'absence de précision supplémentaire des parties, le droit national supplétif doit alors être déterminé selon les règles de rattachement objectif du for (n° 129 à 136).
- Pour la même raison de l'intégration du droit uniforme dans les droits nationaux, l'élection du droit national d'un Etat contractant n'implique pas l'exclusion de la Convention de Vienne (n° 120 à 126).

143. Les parties au contrat doivent enfin garder à l'esprit que le droit uniforme n'est pas un système de droit exhaustif, et que l'exclusion ou la prorogation de la Convention ne constitue pas une élection de droit complète. Elle peut être complétée par le choix d'un droit national substitutif (en cas d'exclusion de la Convention) ou supplétif (en cas de prorogation de la Convention). Ce choix supplémentaire n'est cependant pas obligatoire, les règles de rattachement objectif du for pouvant remédier au silence des parties.

VI. ESSAI DE RECAPITULATION GRAPHIQUE

144. Dans son introduction, la présente étude se proposait de «*tracer une carte*», «*poser quelques repères*», «*dessiner des frontières*». Une telle ambition ne peut se réaliser pleinement sans une approche graphique du processus d'intervention du droit uniforme. En l'absence d'une élection de droit des parties, six hypothèses peuvent être envisagées, dont la représentation graphique donne le panorama suivant:

	Règles de conflit				Règles de conflit	
DROIT SUISSE	droit suisse	droit étranger	C.V.	Règles de conflit C.V.	C.V.	droit d'un Etat non partie
			Règles de conflit	Règles de conflit		
			droit national	droit national	droit national	
A	B		C	D	E	

A/ L'hypothèse de base est celle du contrat interne soumis au droit suisse. Tel est le cas lorsque les deux parties ont leurs établissements en Suisse, à moins qu'un autre élément d'extranéité n'intervienne.

B/ Dans tous les cas où la Convention n'intervient pas, les contrats internationaux sont soumis aux règles de conflit du for (nationales ou conventionnelles) qui désignent soit le droit suisse, soit le droit étranger. Il s'agit des contrats de vente internationale:

- dont l'élément d'extranéité n'est pas celui de l'établissement des parties dans un Etat différent au sens de l'article 1 CV;

- ne correspondant pas au concept de vente de la Convention de Vienne (cf. notamment les ventes exclues du champ d'application de la Convention en vertu de l'article 2 lettres b et c CV);
- dont l'objet n'est pas une marchandise au sens de la Convention (cf. notamment les ventes exclues du champ d'application de la Convention en vertu de l'article 2 lettres a, d et e CV);
- dont l'une au moins des parties est établie dans un Etat non contractant, si les règles de conflit du for désignent le droit d'un Etat non contractant (le droit de cet Etat, à l'exclusion du droit suisse étant alors applicable).

C/ Lorsque les deux parties sont établies dans des Etats contractants différents, la Convention est applicable selon l'article 1 alinéa 1 lettre a CV, le droit conventionnel est directement applicable, sans recours préalable aux règles de conflit. La relation contractuelle des parties est régie par leur contrat, auquel sont tacitement intégrés les usages internationaux au sens de l'article 9 CV, dans le contexte général du droit conventionnel. Les règles de conflit n'interviennent plus que pour désigner le droit national appelé à jouer le quadruple rôle de droit supplétif, substitutif, complétif et limitatif que lui réserve le droit uniforme.

D/ Lorsque l'une des parties au moins est établie dans un Etat non contractant et lorsque le droit international du for désigne le droit d'un Etat contractant, la Convention est applicable selon l'article 1 alinéa 1 lettre b CV. Comme cette représentation graphique a l'ambition de le représenter, le droit international privé n'intervient en premier lieu que comme facteur de réalisation de l'une des conditions d'application de la Convention, et non comme processus de rattachement préalable du contrat. Pour le reste, cette hypothèse est similaire à l'hypothèse précédente (C).

E/ Enfin, une Convention de droit international privé peut intervenir à titre préliminaire en vertu de l'article 90 CV. En Suisse, doit être prise en compte la Convention de La Haye de 1955. Si les règles de conflit conventionnelles désignent le droit d'un Etat contractant, la Convention de Vienne est applicable telle qu'elle est en vigueur dans cet Etat (soit en tenant compte des éventuelles réserves émises par cet Etat de la même façon que le ferait un juge de cet Etat), et le droit

national de cet Etat contractant intervient à titre supplétif, complétif, substitutif et limitatif.

145. Si les parties intègrent dans leur contrat une élection de droit, quatre hypothèses peuvent être envisagées, graphiquement représentées par le tableau suivant:

Règles de conflit (élection de droit)			Règles de conflit
C.V.	C.V. partielle	Droit national	droit C.V. national
	droit national		
droit national			
A	B	C	D

A/ La Convention de Vienne est pleinement applicable (prorogation valable de la Convention par les parties, élection par les parties du droit d'un Etat contractant), le droit national désigné par les parties ou, à défaut, par les règles de rattachement objectif du for remplissant le quadruple rôle qui lui est réservé par le droit uniforme.

B/ La Convention de Vienne n'est que partiellement applicable (cas d'exclusion partielle de la Convention objectivement applicable, ou cas de prorogation partielle de la Convention objectivement inapplicable), le rôle supplétif du droit national désigné par les parties ou, à défaut, par les règles de rattachement objectif du for, étant d'autant plus important.

C/ La Convention est inapplicable (exclusion expresse ou tacite de la Convention, élection du droit d'un Etat non contractant).

D/ Les règles conventionnelles sont matériellement intégrées par les parties dans le contrat, qui est soumis au droit national applicable selon les règles de conflit du for. Tel est le cas lorsque la

Convention est prorogée par les parties alors que l'élection de droit est exclue (contrats internes), ou alors que les règles conventionnelles ne sont pas matériellement applicables à la cause (contrats exclus du champ d'application de la Convention selon l'article 2 ou l'article 3 a contrario CV).

146. Ce tableau général du processus d'intervention de la Convention de Vienne ne doit cependant pas être un épouvantail juridique pour les praticiens du droit uniforme: sa complexité apparente est liée à l'essai d'une appréhension globale du champ d'application dans l'espace de la Convention, et paraîtra bien moindre dans son application casuistique. Elle est par ailleurs largement compensée par l'immense apport d'harmonisation internationale que représente la Convention de Vienne. Il serait pusillanime de renoncer aux charmes de la navigation fluviale par crainte de quelques récifs dangereux signalés en bordure du fleuve.

147. Dans toutes les hypothèses où coexistent le droit national et le droit uniforme, se pose la question des modalités de cette coexistence. Comment se combinent droit national et droit uniforme? Comment se complètent-ils? Quels conflits une telle coexistence peut-elle générer? Telles sont les questions auxquelles nous consacrerons le deuxième volet de notre réflexion.

DEUXIEME PARTIE

LA FAÇADE DE L'UNIFORMISATION: FENETRES ET LEZARDES

Ne faut-il pas au contraire penser ensemble l'enracinement et l'universel comme se fécondant l'un par l'autre?

Pascal BRUCKNER, *Le vertige de Babel*, Cosmopolitisme ou mondialisme, Arléa, 1994.

I. LE DROIT UNIFORME ET SON INSERTION DANS LE DROIT NATIONAL: ENTRE COMPETITION ET COMPLEMENTARITE

A. Autonomie internationale et réception nationale

148. En dépit des inclinations poétiques de la doctrine, le droit uniforme n'est pas un droit s'appliquant «*en l'air, détaché de tout ordre juridique dans lequel normalement une loi est insérée*»⁴¹³. Aucun domaine du droit n'est une tour d'ivoire inaccessible aux autres sphères juridiques⁴¹⁴; les classifications disciplinaires ont un intérêt théorique et pédagogique, mais ne correspondent pas à une réalité pratique: il appartient au contraire aux juristes de promouvoir l'unité logique de leur droit, quelle que soit la diversité de ses sources, sans ratiocination hystérique, mais avec le constant souci d'une justice non aléatoire⁴¹⁵. Cette unité logique n'est en effet que le reflet de l'inaltérabilité du sentiment d'équité auquel le législateur ne saurait renoncer, même à travers la ratification de Conventions internationales. Le renoncement à la recherche d'une logique nationale globale au profit de logiques thématiques particularisées et indépendantes est la porte ouverte à l'arbitraire d'une équité inconstante.

⁴¹³ PELICHET, p. 36.

⁴¹⁴ Pas même le droit international, comme l'a démontré KELSEN en son temps: «On ne peut les considérer tous deux (le droit international et le droit étatique) comme des ordres valables simultanément de normes obligatoires autrement qu'en les comprenant tous deux dans un *système unique* descriptible en propositions de droit non contradictoires» (KELSEN, *Théorie pure du droit*, Dalloz, Paris 1962, p. 434.)

⁴¹⁵ DUPASQUIER, p. 139, n° 158: «Les juristes modernes poursuivent cette oeuvre: ils se donnent pour tâche d'intégrer dans l'ensemble les éléments parfois hétérogènes qu'apportent les institutions nouvelles. Ainsi les innovations du droit positif sont peu à peu «digérées» par la doctrine». La cohérence globale du droit est un critère classique d'interprétation: cf. DESCHENAUX, p. 85. Sur le postulat de la rationalité du législateur en général, cf. OST/VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Publication des Facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles 1987, p. 100, et la doctrine citée.

Les questions non réglées par le droit uniforme sont nombreuses, tant dans le domaine contractuel⁴¹⁶ que dans le domaine extra-contractuel⁴¹⁷. Ces questions laissées sans réponse appellent les solutions d'un ensemble normatif externe, et interdisent de voir dans le droit uniforme un droit indépendant de son contexte national. Il est donc essentiel à la survie du droit uniforme qu'il puisse s'intégrer harmonieusement dans les droits nationaux des différents Etats contractants. Son effectivité dépend en partie de sa capacité à s'insérer dans un contexte juridique national plus large, et de la façon dont les règles conventionnelles viennent se combiner avec les règles nationales, ou s'y ajouter: «*By singling out but a piece of the ever-evolving Contort pie, the CISG legislator has given life to a complex new organism wich depends for its survival on interaction, overlap and competition between the Convention and national law*»⁴¹⁸. La greffe du droit uniforme sur chacun des droits nationaux des Etats contractants doit prendre: elle est indispensable à la survie d'un droit qui, sans racines, est condamné à dépérir.

149. Il serait à l'inverse erroné de ne voir dans le droit uniforme qu'un simple type de contrat supplémentaire se greffant en droit suisse sur la deuxième partie du Code des obligations («*Des diverses espèces de contrats*»), qui ne différerait des autres types de contrats prévus par

OPPETIT, p. 427, voit pour sa part l'une des causes de l'insuffisance du droit conventionnel en général dans le fait qu'il «s'intègre souvent difficilement dans les ensembles législatifs qui y adhèrent».

La Convention de Vienne doit être considérée comme une partie du droit suisse, au même titre qu'une loi fédérale (sur le rang du droit uniforme dans l'ordre juridique interne, cf. HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, Vor Artt. 1-6, n° 36). Il s'agit d'un traité «self executing» (SCHLECHTRIEM in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, Einleitung, p. 27). En tant que tels, ces traités «s'incorporent au droit interne» (ERDEM, p. 16). Telle est bien l'optique du Conseil fédéral: «Pour les tribunaux, on peut dans ce domaine comparer l'adhésion à la Convention à une révision législative interne» (MESSAGE, n° 4), et plus loin: «Dans les limites de son champ d'application, la Convention de Vienne remplacera ou complètera le droit interne» (MESSAGE, n° 7).

⁴¹⁶ Voir BUCHER E., in: Berner Tage, pp. 44 ss; HOYER, in: HOYER/POSCH, p. 40; KAROLLUS, p. 45, LÜDEVITZ, ad art. 4, n° 9.

⁴¹⁷ La responsabilité délictuelle et précontractuelle des parties n'est pas régie par la Convention, pas plus que l'effet réel du contrat.

⁴¹⁸ LOOKOFSKY, p. 406.

le droit suisse que par sa source internationale. Sans doute certains contrats de la partie spéciale du Code des obligations dérogent-ils partiellement à la partie générale⁴¹⁹. Les incursions du droit uniforme dans la partie générale sont cependant trop importantes pour qu'une certaine autonomie ne lui soit pas reconnue: le droit uniforme prévoit son propre mécanisme de conclusion des contrats (II^{ème} partie de la Convention), il consacre de façon autonome les principes de la confiance (art. 8 CV), de la liberté de la forme (art. 11 CV) et de la liberté contractuelle (art. 6 CV), prévoit un système propre de calcul du dommage (art. 74 ss CV), et proclame surtout son autonomie intrinsèque à travers ses propres règles d'interprétation et de comblement des lacunes (art. 7 CV). L'ambition de l'uniformisation est l'âme du droit de la vente internationale; elle risque de se perdre dans les réflexes nationalistes. Le contexte ne doit donc pas déformer le texte, car les contextes sont innombrables (pas même limités aux ordres juridiques des Etats contractants⁴²⁰) et le texte doit être immuable: il n'est pas de plus grand danger pour le droit uniforme que la nationalisation qu'il risque de subir à travers sa nécessaire réception dans les droits nationaux⁴²¹.

Le droit uniforme est donc autonome sans être pleinement indépendant, il doit s'insérer dans son contexte national sans être nationalisé: c'est cet équilibre entre réception nationale et autonomie internationale qui doit présider à son application.

B. Insuffisances, silences et limites du droit uniforme

150. Le droit uniforme n'a pas réponse à tout. Il faut cependant distinguer ses insuffisances, qui appellent son interprétation, ses silences qui impliquent le comblement de ses lacunes, et ses limites qui

⁴¹⁹ TERCIER, n° 71 ss.

⁴²⁰ Par le jeu de l'autonomie de la volonté des parties, le droit national supplétif n'est pas forcément le droit d'un Etat contractant; cf. PELICHET, p. 45.

⁴²¹ Ce risque est accru par l'absence de juridiction d'interprétation supra-nationale. Voir à ce sujet le débat protocolé in: Berner Tage, p. 139, en particulier l'intervention de SCHÜTZE: «Die einheitliche Anwendung des Wiener Kaufrechts ist nicht gewährleistet, weil keine Instrumente da sind, um eine einheitliche Rechtsprechung und eine einheitliche Auslegung sicherzustellen». Voir également AUDIT, p. 49, au sujet du risque du «forum shopping».

ouvrent la porte au système conflictuel. Ces trois niveaux de raisonnement, prévus par la Convention elle-même, sont les trois marches qui séparent le droit uniforme des droits nationaux: qui n'y prend garde risque la culbute!

a. L'interprétation de la Convention, ou le triomphe de l'autonomie

151. L'article 7 alinéa 1 CV consacre l'autonomie du droit conventionnel⁴²² en ce qu'il exclut le recours au droit national chaque fois qu'il s'agit d'un problème d'interprétation de la Convention⁴²³. Il substitue aux principes nationaux d'interprétation les impératifs de la prise en compte du caractère international de la Convention, de la bonne foi dans le commerce international et de la priorité absolue de l'application uniforme. Les critères de la prise en compte de l'internationalité de la Convention et de l'application uniforme impliquent une appréhension autonome des concepts conventionnels. Cette autonomie interprétative doit l'emporter sur les traditions terminologiques nationales⁴²⁴. Elle doit également l'emporter sur les techniques nationales d'interprétation⁴²⁵. Les méthodes d'interprétation littérale (à partir des langues officielles, soit l'anglais, l'espagnol, le russe, le chinois, l'arabe et le français), historiques (à partir des travaux de la CNUDCI, en particulier les documents officiels de la Conférence) et selon le droit comparé (pour dégager des concepts faisant l'objet d'un consensus internatio-

Le risque d'une «nationalisation» abusive du droit uniforme fut également souligné lors de la conférence: «Il faut donc veiller tout spécialement à ce que les tribunaux nationaux ne donnent pas des interprétations différentes des dispositions de la Convention, chaque interprétation se fondant sur les conceptions du système juridique du for.» (DOCUMENTS OFFICIELS, p. 18).

Il s'agit là d'un problème général de l'uniformisation internationale du droit, généré par la tendance des praticiens à raisonner selon leur droit interne. Voir à ce sujet DAVID in: *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. III, ch. 5, n° 269.

⁴²² Voir BONELL in: BIANCA/BONELL, ad art. 7 n° 2.2.1: «It (the Convention) remains an autonomous body of law even after its formal incorporation into the different national legal systems»; également PLANTARD, p. 328; DIDRIECH, p. 444.

⁴²³ HERBER/CZERWENKA, ad art. 7, n° 4; REINHART, ad art. 7 n° 2.

⁴²⁴ HERBER/CZERWENKA, ad art. 7, n° 4 et 5; REINHART, ad art. 7, n° 2.

⁴²⁵ HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 7, n° 19.

nal) doivent permettre de parvenir au résultat préconisé par l'article 7 alinéa 1 CV⁴²⁶. Les principes applicables au commerce international, codifiés par UNIDROIT⁴²⁷, peuvent être un moyen d'assurer une telle interprétation autonome⁴²⁸. De même, l'autonomie interprétative de la Convention doit l'emporter sur les processus d'interprétation du droit des gens, en particulier les principes de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités⁴²⁹. Cette exclusion n'est cependant pas absolue⁴³⁰. En particulier les principes des articles 31, 32 et 33 de cette Convention ne paraissent nullement incompatibles avec le but exprimé par l'article 7 alinéa 1 CV.

L'incorporation dans le texte conventionnel du principe de la bonne foi, correspondant en droit suisse à l'article 2 alinéa 1 CC, est une nouveauté par rapport aux Conventions de La Haye de 1964. Cette déclaration de principe assez évidente (quel droit prétend-il défendre la mauvaise foi?) n'est pas seulement une règle d'interprétation de la Convention mais également une règle porteuse d'obligations pour les parties⁴³¹. Elle pose le problème de l'étendue de ces obligations dans le déroulement des négociations⁴³². Comme en droit national suisse, elle implique l'interdiction de l'abus de droit⁴³³.

⁴²⁶ HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 7, n° 21, 24 et 26; HERBER/CZERWENKA, ad art. 7, n° 7, 8 et 9.

⁴²⁷ Cf. supra n° 19.

⁴²⁸ BONELL in: AJCL 1992, p. 627.

⁴²⁹ HERBER/CZERWENKA, ad art. 7, n° 4; AUDIT, p. 47; HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 7, n° 12; VOLKEN, Interpretation, p. 38.

⁴³⁰ HERBER/CZERWENKA, ad art. 7, n° 4; EVANS in: BIANCA/BONELL, ad Preamble, n° 3.1.

⁴³¹ STOLL in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 7, n° 8.

⁴³² Quand finit l'obligation de bonne foi au sens de l'art. 2 CC, et quand commence l'obligation de bonne foi au sens de l'art. 7 al. 1 CV? La question peut paraître théorique dans la mesure où les deux dispositions sont substantiellement identiques. Elle détermine pourtant les effets de la violation de cette obligation, et donc notamment le régime de la responsabilité précontractuelle des parties. Sur cette question, voir infra n° 277 ss.

⁴³³ HERBER/CZERWENKA, ad art. 7, n° 6. Les usages internationaux sont appelés à jouer un rôle important dans l'appréciation de la bonne foi (HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 7, n° 18; ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH, ad art. 7, n° 5. C'est donc un double effet que le droit uniforme confère aux usages

152. Le principe de l'application uniforme, qui nécessite la prise en compte de la jurisprudence et de la doctrine étrangères⁴³⁴, est le coeur du droit uniforme, son organe de survie par excellence, une garantie contre la réintroduction pernicieuse du conflit de loi à travers un éventuel conflit d'interprétation⁴³⁵. Il comporte néanmoins le risque d'une cristallisation, toute évolution de jurisprudence pouvant être ressentie comme un écart par rapport à ce principe d'application uniforme. A long terme, le principe d'application uniforme, organe de survie de l'uniformisation, contient donc peut-être les germes mortels de la paralysie du droit uniforme, face à une *lex mercatoria* non codifiée, vivante et souple⁴³⁶. L'intégration des usages internationaux dans le contrat en vertu de l'article 9 CV, peut être un tempérament à ce risque de paralysie: à travers la rédaction de conditions générales, de contrats-types ou de clauses contractuelles usuelles, la pratique

internationaux, par leur intégrations dans le contrat au sens de l'art. 9 CV d'une part, et par leur rôle de critère d'appréciation du texte conventionnel lui-même.

⁴³⁴ HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 7, n° 14; HONNOLD, *Uniform words and Uniform application*, pp. 120 ss; DIEDRICH, p. 447.

⁴³⁵ Le risque d'interprétations nationales divergentes est l'un des dangers classiques qui guettent le droit conventionnel en général: OPPETT, p. 426; LAGARDE, *Les interprétations divergentes donnent-elles lieu à un conflit de loi?* in: RCDIP, 1964, p. 235.

L'art. 18 CR (comme l'art. 16 CLH-86) reprend la formulation de l'art. 7 CV, moins l'expression du principe de la bonne foi. Il semble cependant que les rédacteurs de la Convention de Rome n'aient pas eu d'«illusions excessives» à ce sujet (OPPETT, p. 426). Pourtant les risques de conflits d'interprétations relatifs à la Convention de Rome sont bien moindres qu'en ce qui concerne la Convention de Vienne, puisque dans le premier cas un recours préjudiciel facultatif en interprétation a été prévu (OPPETT, p. 427). La Convention de Vienne est pour sa part totalement démunie d'un tel contrôle judiciaire préjudiciel (ni final), inenvisageable à l'échelle universelle de la Convention (AUDIT, p. 47).

⁴³⁶ De façon générale, voir KROPHOLLER, p. 97. Le risque de la paralysie du droit codifié est un vieux débat qui opposa déjà au début du XIX siècle THIBAUT et SAVIGNY (Voir MANAÏ, p. 98). L'évolution de la jurisprudence relative aux différents codes nationaux, nullement «stratifiés» par la codification, aurait dû enterrer cet argument, que l'on a pourtant retrouvé en Suisse lors de l'élaboration de la loi de droit international privé. (MESSAGE concernant la LDIP, n° 124.1). Plus que la codification en tant que telle, l'élément éventuellement cristallisateur est la nécessité de prendre en compte la jurisprudence étrangère, et donc en

internationale peut se détourner d'un droit uniforme stratifié par une interprétation ancienne, et s'y substituer en qualité de *lex contractus* au sens de l'article 9 CV, dérogoire au sens de l'article 6 CV. Un second tempérament doit être la possibilité pour la jurisprudence de se démarquer d'une décision antérieure⁴³⁷ non en l'ignorant mais en justifiant cette évolution par l'évolution des mœurs et de la pratique, à l'exclusion de toute référence du juge à son propre droit national ou à sa propre jurisprudence antérieure similaire en droit national⁴³⁸: l'application uniforme dans l'espace n'implique pas nécessairement une application uniforme dans le temps.

b. Les lacunes de la Convention, ou le principe de la priorité du droit uniforme

153. La distinction entre interprétation et comblement des lacunes est une distinction classique de la théorie générale du droit⁴³⁹. En droit uniforme, cette distinction est la clef du recours éventuel au droit national désigné par les règles de conflit du for⁴⁴⁰. L'article 7 alinéa 2 CV, par sa dualité même, marque la ligne de démarcation entre le domaine de l'uniformisation (recherche des principes généraux de la Convention) et la logique conflictuelle (recours au droit national

principe de ne pas s'en démarquer. Ce système est donc proche du principe anglais du précédent (KAROLLUS, p. 12), et connaît la même difficulté d'adaptation.

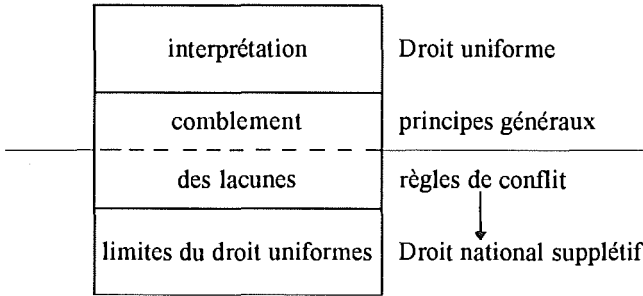
⁴³⁷ La jurisprudence étrangère n'est pas formellement obligatoire, même si matériellement son respect est nécessaire à la réalisation du principe de l'application uniforme. Cf. LOEWE, ad art. 7; HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 7, n° 14.

⁴³⁸ KAROLLUS, p. 12; KROPHOLLER, p. 242: « Die Beachtung dieses Grundsatzes darf aber nicht dazu führen, internationales Einheitsrecht rein statisch oder auf der Basis des kleinsten gemeinsamen Nenners anzuwenden; denn auch das internationale Einheitsrecht vermag, wenn es lebendig sein will, den Schwung richterlicher Gestaltungskraft nicht zu missen und muss daher (...) *dynamisch interpretiert* und weiterentwickelt werden».

⁴³⁹ DESCHENAUX, p. 89; DUPASQUIER, p. 199, n° 213 ss.

⁴⁴⁰ Dans cette optique, le droit national intervient à titre completif et non plus supplétif, selon la terminologie adoptée supra n° 7. La distinction n'est pas que terminologique, puisque le droit completif a un statut subsidiaire, contrairement au droit supplétif.

applicable selon les règles de droit international privé du for). Graphiquement, cette position médiane de l'article 7 alinéa 2 CV peut être symbolisée de la façon suivante:



154. Par rapport à l'article 17 EKG⁴⁴¹, l'article 7 alinéa 2 CV représente un renoncement à l'ambition d'uniformisation, une concession au système conflictuel⁴⁴². On a pu reprocher à ce mécanisme de céder au mélange des genres, de chercher la pièce manquante d'un puzzle dans un autre jeu⁴⁴³. C'est là un faux procès qui renoue avec l'idée d'un droit uniforme dans une tour d'ivoire, indépendant de son contexte juridique. Le mécanisme de l'article 7 alinéa 2 in fine CV est au contraire un gage de l'ancrage du droit uniforme dans son contexte juridique national, et il n'est pas plus absurde de combler les lacunes du droit uniforme selon le droit national, que de répondre par le droit national aux innombrables questions que le droit uniforme situe hors de

⁴⁴¹ L'art. 17 EKG ne prévoyait que le recours aux principes généraux de la Convention, tant pour l'interprétation que pour le comblement des lacunes. Le recours au droit national complétif était théoriquement exclu (MERTENS/REHBINDER, ad art. 17 EKG, n° 2). Cet optimisme ne résista pas à l'épreuve des faits: «De l'avis de la plupart des spécialistes, il ressort de l'expérience acquise à propos des articles 2 et 17 de la LUVI que c'est une illusion chèrement payée que d'imaginer qu'il suffit, pour combler toutes les lacunes d'un instrument juridique international, d'interpréter ses dispositions propres sans recourir au droit international privé et que les règles de conflit sont indispensables dès lors qu'il s'agit de trouver d'autres règles de fond» (DOCUMENTS OFFICIELS, p. 271).

⁴⁴² REINHART, *Entspräche das Kaufrecht der Vereinten Nationen den Erwartungen Ernst Rabels?* p. 357; PLANTARD, p. 331.

⁴⁴³ PLANTARD, p. 332.

ses limites matérielles⁴⁴⁴. Ce gage d'un ancrage dans le droit national reste au demeurant modeste:

- Le recours au droit national est subsidiaire aux principes généraux dont s'inspire la Convention, qui comprennent notamment le principe de la liberté contractuelle, de la liberté de la forme, de la bonne foi, du comportement conforme à celui d'une personne raisonnable, de l'interdiction de l'abus de droit, et le principe général de la sécurité du droit⁴⁴⁵. Il est vrai qu'il est difficile pour un juge d'affirmer que son propre droit propose une solution contraire au principe de la bonne foi, favorisant le comportement d'une personne déraisonnable ou créant l'insécurité juridique. La prise en compte du caractère international de la transaction peut cependant amener le juge à une solution novatrice⁴⁴⁶.
- Le comblement d'une lacune selon l'article 7 alinéa 2 CV est lui-même subsidiaire à l'interprétation selon l'article 7 alinéa 1 CV, qui comprend le recours aux méthodes d'interprétation *a contrario* et par analogie⁴⁴⁷.

⁴⁴⁴ Ce n'est pas, à notre sens, rendre service au droit uniforme que de refuser de le considérer comme un élément intrinsèque du droit national des Etats contractants (cf. HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, *Vor Artt.* 1-6, n° 36). Il n'est donc pas insolite de le compléter avec les autres parties de la législation.

Il est vrai cependant que l'aspect «puzzle» du comblement de la lacune par le droit national ne peut être nié dans les hypothèses où le droit national completif est celui d'un Etat non contractant (Sur cette hypothèse, cf. PELICHET, p. 45). Il s'agit alors d'un dépeçage légal, pas plus choquant que le dépeçage contractuel auquel peuvent se livrer les parties.

⁴⁴⁵ REINHART, ad art. 7, n° 7; HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 7, n° 35 ss; HERBER/CZERWENKA, ad art. 7, n° 11.

Voir cependant AUDIT, p. 51, qui donne des éléments de réponse beaucoup plus précis, déduits d'une approche analogique de la Convention.

⁴⁴⁶ Ainsi le critère du comportement de l'homme raisonnable en droit uniforme ne se mesure-t-il pas forcément à l'aune du droit interne, la diligence que l'on peut attendre d'un commerçant international étant sans doute plus élevée que celle pouvant être exigée d'un «homme raisonnable moyen»: cf. BONELL in: BIANCA/BONELL, ad art. 7 n° 2.3.2.2.

⁴⁴⁷ REINHART, ad art. 7, n° 6; BONELL in: BIANCA/BONELL, ad art. 7, n° 2.3.2.1.

- Interprétation et comblement des lacunes sont eux-même subsidiaires à la recherche d'un éventuel usage international intégré dans le contrat en vertu de l'article 9 CV⁴⁴⁸.
- C'est la noblesse d'un droit d'admettre qu'il ne peut être parfait et que le recours à d'autres sources juridiques peut se révéler nécessaire⁴⁴⁹. La recherche par le juge des principes généraux s'apparente en droit national à l'exercice du pouvoir créateur du juge de l'article 1 alinéa 2 CC⁴⁵⁰. Le droit suisse comme le droit uniforme connaît donc le recours à d'autres sources de droit (recours au droit national dans un cas, recours du juge au droit coutumier selon l'article 1 alinéa 2 CC dans l'autre cas) et aux principes généraux du droit. Les hiérarchies sont cependant inversées, puisqu'en droit uniforme le recours au droit national est subsidiaire au recours aux principes généraux, alors qu'en droit suisse le recours aux principes généraux est subsidiaire à la coutume. En d'autres termes, le droit national n'est même pas au droit uniforme ce que la coutume est au droit national! Il ne s'agit pas là d'une place excessive.

155. La subsidiarité du recours au droit national est l'enjeu de taille de la délimitation entre les lacunes de la Convention et ses limites matérielles, au-delà desquelles le recours au droit national selon les mécanismes conflictuels est la norme. La clef de cette délimitation résulte des articles 7 alinéa 2 et 4 CV⁴⁵¹: Il n'y a lieu à comblement des

⁴⁴⁸ La prise en compte des usages internationaux n'est en effet pas un principe général au sens de l'art. 7 al. 2 CV, comme semblent l'affirmer certains auteurs (HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 7, n° 36), mais une règle expresse de la Convention: si un usage international est intégré dans le contrat au sens de l'art. 9 CV, cette solution prévaut sur les règles conventionnelles en vertu de l'art. 6 CV. Point n'est besoin de s'interroger sur le caractère éventuellement lacunaire de ces règles.

⁴⁴⁹ Depuis l'introduction du Code civil suisse, l'idée de la plénitude légale, affirmée au siècle dernier par la «Begriffsjurisprudenz», n'a plus cours dans notre pays (voir à ce sujet MANAI, pp. 145 ss). A plus forte raison la plénitude légale non d'un ordre juridique mais d'un ensemble normatif, dans le domaine qu'il s'est fixé, est illusoire.

⁴⁵⁰ La «libre recherche scientifique» du juge dans le cadre de l'art. 1 al. 2 CC peut en effet prendre appui sur les principes généraux du droit (DESCHENAUX, p. 107).

⁴⁵¹ LOOKOFKY, p. 407; AUDIT, p. 50; HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 7, n° 28.

lacunes que dans les «*matières régies par la Convention*». Ces matières sont, selon l'article 4 CV, «*exclusivement la formation du contrat de vente et les droits et obligations qu'un tel contrat fait naître entre le vendeur et l'acheteur*». Au-delà de cette matière, on ne saurait plus parler de lacune, et le recours au droit national désigné par les règles de conflit n'est plus une solution subsidiaire mais la solution naturelle. Dans cette fonction délimitatrice, l'article 4 CV doit être complété par l'article 5 CV: il n'y a pas lacune mais inapplicabilité de la Convention à la responsabilité du vendeur pour décès ou lésions corporelles causés à quiconque par les marchandises. Enfin, lorsqu'une réserve étatique rend une disposition conventionnelle inapplicable, il n'y a pas lieu à comblement de lacunes mais à application du droit national désigné par les règles de conflit⁴⁵².

156. Claire dans sa formulation théorique, cette distinction l'est moins dans sa réalité pratique: la question de la propriété des marchandises est clairement exclue du champ d'application matériel de la Convention (art. 4 let. b CV). Le transfert de propriété constitue pourtant l'une des obligations principales du vendeur⁴⁵³. Le «*En particulier*» de l'article 4 CV doit donc être compris ici comme un «*cependant*»! L'absence complète de dispositions sur la prescription des droits et obligations découlant du contrat⁴⁵⁴ constitue-t-elle une lacune ou une limite de la Convention? De même l'absence de règles sur la représentation (question relevant de la formation du contrat) est-elle une lacune devant être tranchée en premier lieu selon les principes généraux de la Convention?

157. En l'absence d'une exclusion claire comme l'article 4 lettre a ou b CV, il est tentant de reléguer des domaines comme la prescription ou la représentation, relevant a priori de «*matières régies par la Convention*», dans le champ des lacunes de l'article 7 alinéa 2 CV⁴⁵⁵:

⁴⁵² AUDIT, p. 50.

⁴⁵³ Art. 30 CV. Cf. HERBER/CZERWENKA, ad art. 30, n° 7.

⁴⁵⁴ Le droit uniforme prévoit cependant certains délais de déchéance, notamment un délai absolu de deux ans pour dénoncer un défaut de conformité (art. 39 al. 2 CV), délai dérogatoire par rapport à l'art. 210 CO. Cf. infra n° 294.

⁴⁵⁵ Concernant les Conventions de 1964 portant loi uniforme, voir STOLL, in: IPRax 1993, p. 74, qui considère que l'absence de disposition sur la prescription dans ces conventions constitue une lacune. Il est vrai que l'auteur conclut que les

tout naturellement, les «*principes généraux dont s'inspire la Convention*», auxquelles ces questions seraient soumises en premier lieu, seraient ceux qui ont été établis par la communauté internationale et exprimés dans les Conventions de New York sur la prescription et de Genève sur la représentation⁴⁵⁶. Ces deux Conventions sont conçues comme des compléments au droit de la vente internationale et s'inspirent indiscutablement des mêmes principes généraux⁴⁵⁷. On laissera à un juge audacieux le soin de suivre ce raisonnement qui conduit à l'application de ces deux Conventions même dans les Etats qui ne les ont pas ratifiées (comme la Suisse), par la porte entrouverte de l'article 7 alinéa 2 CV. A ce raisonnement, il peut être rétorqué qu'on ne saurait parler de «*lacunes*» concernant des questions qui ont été expressément réglées par le législateur international, qui lui a consacré des Conventions séparées. Le fait que ces Conventions n'aient pas été ratifiées par la Suisse, et qu'elles aient été de façon générale moins largement ratifiées que la Convention de Vienne, est l'expression d'une volonté des Etats et non d'une lacune du droit uniforme. Dans le système à double niveau d'un droit uniforme greffé sur un droit national, une telle abstention constitue une limite de la Convention de Vienne, et appelle donc une solution conflictuelle. Cette réflexion implique une remise en cause de la clef de délimitation des articles 7 et 4 CV entre lacunes et limites matérielles, en ce sens que tout silence de la Convention dans le domaine de la formation du contrat de vente et des droits et obligations qu'un tel contrat fait naître entre vendeur et acheteur n'est pas forcément une lacune de la Convention. Pour des questions moins autonomes que la prescription ou la représentation, cette remise en cause peut être source de confusion: l'indétermination du taux des intérêts sur le paiement d'une somme d'argent par la Convention

principes généraux de la Convention ne comportent aucune solution, et qu'il convient donc de s'en remettre au droit national supplétif.

⁴⁵⁶ Cf. supra n° 15.

⁴⁵⁷ Pour la Convention de Genève, voir STAUDER, p. 219, n° 3, qui souligne que cette Convention a été «conçue comme complémentaire à la Convention de Vienne». Quant à la Convention de New York, elle fit l'objet d'un protocole du 11. 4. 1980 destiné à harmoniser ses solutions et celles de la Convention de Vienne (LOEWE, p. 189; DOCUMENTS OFFICIELS, p. 204).

constitue par exemple non une lacune, mais une abstention volontaire des auteurs de la Convention⁴⁵⁸.

158. Une fois comblée, une lacune disparaît-elle? La réponse est moins évidente qu'elle n'y paraît dans sa formulation brute. Si un juge comble une lacune par le recours prioritaire aux principes généraux dont s'inspire la Convention, sa décision s'impose définitivement aux juridictions des Etats contractants: conformément aux principes d'interprétation de l'article 7 alinéa 1 CV, la Convention doit être appliquée de façon uniforme. Cette règle vaut également pour les principes généraux dont elle est l'émanation.

Si par contre un juge comble une lacune par le recours subsidiaire au droit national applicable selon ses propres règles de conflit, sa solution matérielle ne vaut que pour le cas d'espèce: son raisonnement se situe dans le cadre de la logique conflictuelle, permet la désignation d'un droit mais pas l'établissement d'une solution matérielle définitive. Il serait absurde que le comblement définitif d'une lacune dépendît de l'aléa du premier droit national applicable à la question! En conséquence, une lacune du droit uniforme ne pouvant être comblée par les principes généraux de la Convention est condamnée à n'être comblée que casuistiquement, le même juge pouvant par hypothèse combler la même lacune différemment de cas en cas, selon le droit national supplétif applicable.

⁴⁵⁸ Cf. REINHART, Fälligkeitszinsen und UN-Kaufrecht, in: IPRax 1991, p. 377.

Un rattachement spécial de cette question, indépendamment du droit applicable au contrat, notamment en faveur du droit de l'établissement du créancier, a souvent été proposé par la doctrine (Cf. STOLL in: FS Ferid, p. 509, et in: Inhalt und Grenzen der Schadenersatzpflicht, p. 291; KAROLLUS, p. 227, STOFFEL in: Cedidac, p. 40; REINHART, ad art. 78, n° 5; SCHLECHTRIEB, Einheitliches UN-Kaufrecht, p. 93; en faveur du taux pratiqué au lieu de l'établissement du débiteur, cf. NEUMAYER/MING, ad art. 78, n° 2), parfois suivie par la jurisprudence (LG Stuttgart 31. 8. 1989, in: IPRax 1991, p. 317; LG Frankfurt 16. 9. 1991, in: RIW 1991, p. 952).

Selon la jurisprudence la plus récente la détermination du taux d'intérêt est soumis au droit applicable au contrat, et non à un rattachement spécial (LG Hamburg 26. 9. 1990, in: IPRax 1991, 400, OLG Frankfurt 13.6. 1991, in: NJW 1991, p. 3102; MAGNUS, p. 90; HERBER/CZERWENKA, ad art 78, n° 5).

c. *Les questions non régies par le droit uniforme, ou les limites de l'uniformisation*

159. L'unification du droit est fragmentaire, tant en raison du caractère circonscrit de son objet qu'au sein même de cet objet⁴⁵⁹. L'article 4 CV trace la ligne de démarcation entre droit uniforme et système conflictuel en définissant le champ matériel du droit uniforme par le cumul d'une définition positive trop large et d'une définition négative non exhaustive⁴⁶⁰.

160. La première phrase de l'article 4 CV constitue la définition positive: la Convention régit «*exclusivement la formation du contrat de vente et les droits et obligations qu'un tel contrat fait naître entre le vendeur et l'acheteur*». Cette définition positive est trop large puisque de nombreuses questions entrant dans ses termes ne sont pas réglées par la Convention, sans que l'on puisse parler pour autant de lacune. L'absence de disposition sur la prescription et la représentation en est l'exemple le plus évident⁴⁶¹. Cette définition positive est limitative mais non éliminatoire: L'adverbe «*exclusivement*» doit être compris comme synonyme de «*seulement*», et ne signifie pas que le droit uniforme entend exclure toute autre source de droit concurrente. La traduction anglaise, «*only*» est à cet égard moins ambiguë⁴⁶². Cette définition positive est suivie d'une définition négative: l'article 4 lettres a et b CV donne deux exemples de questions non réglées par la Convention, précise le caractère non exhaustif de ces exemples par l'expression «*En particulier*», et souligne la différence entre limites de l'unification et comblement des lacunes par l'expression «*ne concerne pas*», qui exclut logiquement l'application des règles conventionnelles

⁴⁵⁹ Cf. supra n° 6 et 7.

⁴⁶⁰ Sur cette approche, cf. BUCHER E., in: Berner Tage, p. 44.

⁴⁶¹ A l'inverse, cette définition pourrait être trop restrictive quant aux parties concernées, le droit uniforme pouvant être éventuellement applicable aux droits d'une partie au contrat contre un tiers directement impliqué dans le processus de conclusion du contrat. Sur cette question, voir HONNOLD, ad art. 4, n° 63. La construction juridique du «*Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*» doit en outre être réservée, selon les solutions du droit national à ce sujet (cf. KAROLLUS, p. 45).

⁴⁶² AUDIT, p. 31. On ne peut donc déduire de cette expression que les moyens de droit concurrents du droit national sont exclus par principe.

à ces questions, même par le recours aux principes généraux de la Convention.

161. Le premier exemple cité par l'article 4 lettre a CV est celui de la validité du contrat, de ses clauses ou des usages. L'ambition universaliste de la Convention serait battue en brèche par toute connotation terminologique d'inspiration nationale. La terminologie de la Convention doit valoir langage universel, et aucune référence à une tradition terminologique nationale ne doit en troubler le sens⁴⁶³. La notion de validité de l'article 4 CV s'extrait donc des distinctions traditionnelles du droit suisse entre non-conclusion du contrat, nullité de plein droit, contrat boiteux, nullité relative ou invalidité, et résolution⁴⁶⁴, pour couvrir toutes les hypothèses dans lesquelles le contrat ne déploie pas ses effets, sous la réserve éventuelle d'une ratification⁴⁶⁵.

La réserve de la validité ne vaut cependant que «*sauf disposition contraire de la Convention*»⁴⁶⁶. Le droit uniforme réglant expressément les questions de conclusion du contrat (IIème partie de la Convention) et celle de la résolution du contrat en cas de demeure et en cas de défaut (art. 49 let. a et b CV), ne subsistent dans la notion de validité de l'article 4 CV que les hypothèses du contrat nul de plein droit (contrat initialement impossible, illicite ou contraire aux moeurs au sens de l'article 20 alinéa 1 CO en droit suisse), invalidable (cas des vices du consentement en droit suisse) ou boiteux (question de l'exercice des droits civils). Une restriction supplémentaire doit être apportée dans la catégorie des contrats nuls de plein droit, le droit uniforme posant le principe de la liberté de la forme, qui exclut les cas de nullité de plein droit pour vice de forme, sauf réserve au sens de l'article 96 CV⁴⁶⁷.

⁴⁶³ AUDIT, p. 48; HONNOLD, Uniform words and Uniform application, pp. 120 ss; cf. supra n° 11.

⁴⁶⁴ Sur ces distinctions, cf. GAUCH/SCHLUEP, n° 890 et 3075 ss.

⁴⁶⁵ ERDEM, n° 295; KHOO in: BIANCA/BONELL, ad art. 4, n° 3.3.5; SCHLECHTRIEM, Uniform Sales Law, p. 33; STOFFEL in: SJZ, p. 175.

⁴⁶⁶ Cette réserve est exprimée de façon générale, mais aucune «disposition contraire de la Convention» n'est à prendre en compte en relation avec le transfert de la propriété. Voir DOCUMENTS OFFICIELS, p. 18; KHOO in: BIANCA/BONELL, ad art. 4, n° 2.5.

⁴⁶⁷ Cf. DOCUMENTS OFFICIELS, p. 18.

La distinction de l'article 4 lettre a CV entre la validité du contrat et celle de ses clauses fait appel à la distinction entre nullité partielle et totale qui doit être déterminée selon les règles nationales du droit désigné par les règles de conflit⁴⁶⁸. En droit suisse, il s'agit de l'article 20 alinéa 2 CO, applicable tant en cas de nullité absolue qu'en cas de nullité relative (ou invalidation)⁴⁶⁹, et qui pose le principe selon lequel le juge ne doit prononcer la nullité totale du contrat que s'il arrive à la conviction que les parties n'auraient pas conclu le contrat si elles avaient prévu sa nullité partielle⁴⁷⁰.

162. La réserve de la validité des usages reflète bien l'ambiguïté du statut des usages commerciaux dans le droit international actuel: tout en étant prioritaire de par leur intégration de plein droit dans le contrat au sens de l'article 9 CV, ils n'en restent pas moins soumis aux dispositions impératives du droit national applicable, en vertu de l'article 4 lettre a CV⁴⁷¹. Puisque les usages sont intégrés dans le contrat en vertu de l'article 9 CV, la réserve de leur validité peut donc paraître superfétatoire par rapport à la réserve de la validité du contrat. Ce refus de la Convention de se prononcer sur la validité des usages laisse ouverte la question de leur éventuelle intégration dans une *lex causae* «*anationale*», non soumise aux règles impératives d'un droit national, mais aux seules limites de l'ordre public international⁴⁷².

163. L'article 4 lettre b CV cite comme exemple de question non régie par la Convention celle du transfert de la propriété. C'est à un «*Rein schuldrechtlichen Gegenstand*» que les promoteurs du droit uniforme entendaient circonvénir leur réflexion⁴⁷³. Il est dès lors

⁴⁶⁸ WEY, n° 304; ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH, ad art. 4, n° 6.1.

⁴⁶⁹ KRAMER, ad art. 19-20 CO, n° 390 ss.

⁴⁷⁰ KRAMER, ad art. 19-20 CO, n° 328. Cette solution n'est pas sans rapport avec l'art. 51 al. 2 CV selon lequel le contrat ne peut être résolu dans sa totalité, en cas de livraison partielle ou partiellement défectueuse, que si ce fait constitue une contravention essentielle au contrat, et prive donc l'acheteur substantiellement, et de façon prévisible, de ce qu'il attendait du contrat (art. 25 CV). Il s'agit là de l'expression objective de la volonté hypothétique des parties dont l'art. 20 al. 2 CO implique la recherche.

⁴⁷¹ Sur la distinction entre l'intégration des usages dans le contrat et leur validité, cf. KAROLLUS, p. 43; HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 4, n° 9.

⁴⁷² Voir à ce sujet supra n° 17 et 135.

⁴⁷³ Cf. supra n° 7.

compréhensible qu'ils ne se soient pas aventurés sur le terrain des droits réels, les disparités des législations nationales basées sur le principe de la tradition ou du consentement n'étant pas conciliables⁴⁷⁴. Comme le transfert des risques entre vendeur et acheteur est réglé de façon complète par le droit uniforme (art. 66ss CV), indépendamment du transfert de la propriété, c'est surtout dans les rapports des parties au contrat avec le transporteur ou avec les assurances que la question de la propriété peut jouer un rôle. Or, le droit uniforme n'a vocation à régler que les rapports liant le vendeur et l'acheteur. Les conséquences contractuelles d'un défaut dans le transfert de propriété sont par contre réglées de façon complète par la Convention, à travers les règles sur la garantie pour l'éviction (art. 41 ss CV)⁴⁷⁵.

164. L'article 5 CV complète la définition négative de l'article 4 lettres a et b CV, en excluant du champ d'application du droit uniforme la responsabilité du vendeur pour décès ou lésions corporelles causés à quiconque par les marchandises. Cette exclusion est justifiée par le développement des législations nationales spéciales sur la question de la responsabilité du fait des produits, et par l'émergence d'un droit uniforme à vocation régionale sur la question⁴⁷⁶. Si le lésé n'est pas en relation contractuelle avec le vendeur, l'article 5 CV est superfétatoire par rapport à l'article 4 CV⁴⁷⁷. Si le lésé est l'acheteur, on ne peut affirmer avec le Conseil fédéral que cette responsabilité est en droit suisse de type exclusivement délictuel, la responsabilité contractuelle du vendeur en cas de défaut de la chose (art. 208 al. 2 et 3 CO ou 97

⁴⁷⁴ REINHART, ad art. 4, n° 6; DOCUMENTS OFFICIELS, p. 18.

⁴⁷⁵ L'utilité pratique des art. 41ss CV dépend cependant en grande partie de la protection de l'acquéreur de bonne foi par le droit national (cf. TERCIER, n°229).

⁴⁷⁶ REINHART, ad art. 5, n° 2; HERBER/CZERWENKA, ad art. 5, n° 1; AUDIT, p. 35; Voir notamment la Directive Européenne sur la responsabilité du fait des produits défectueux du 25 juillet 1985 (JOCE, n° 2 210, du 7.8 1985, reproduite et commentée par WERRO, in: Journées du droit de la construction, vol II, pp. 2 ss; Fribourg, 1993).

⁴⁷⁷ Selon l'art. 4 CV en effet, la Convention ne concerne que les rapports entre le vendeur et l'acheteur. Les droits de l'acheteur contre le fabricant non-vendeur sont donc exclus du domaine de la Convention sans même passer par la réserve de l'art. 5 CV (voir cependant les cas tout à fait particuliers mentionnés par HONNOLD, ad art. 4, n° 63).

CO) n'excluant nullement les dommages corporels⁴⁷⁸. L'article 5 CV limite donc bien le champ d'application du droit uniforme au-delà de ce que prévoit l'article 4 CV.

165. Une importante limite matérielle du droit uniforme résulte de la volonté des auteurs de la Convention de ne pas empiéter sur la partie générale du droit des obligations des Etats contractants⁴⁷⁹. La réserve de la validité du contrat à l'article 4 lettre a CV n'en est qu'un exemple. Le droit national supplétif est également amené à régler les questions de l'effet des conditions, de l'imprévision, de la compensation, des clauses pénales, de la stipulation pour autrui, de la pluralité d'acheteur ou de vendeur, de la cession du contrat ou d'une des créances en découlant⁴⁸⁰.

166. L'effet de l'impossibilité objective subséquente non fautive d'exécution sur l'obligation du vendeur (art. 119 al. 1 CO en droit suisse) n'est pas expressément réglé par le droit uniforme. On peut donc être tenté d'y voir une limite du droit uniforme et d'appliquer la règle nationale topique en la matière⁴⁸¹. Certains auteurs envisagent même le problème sous l'angle de l'article 28 CV⁴⁸²: puisqu'en droit suisse, le juge n'accorderait pas d'action en exécution à l'acheteur dans les cas d'impossibilité objective subséquente non fautive d'obli-

⁴⁷⁸ Selon le Message, n° 211.33, «il ne s'agit là que d'une mise au point, du moins pour le droit suisse: aux yeux de notre ordre juridique en effet, l'article 4 exclut déjà la responsabilité du fait du produit, puisque celle-ci est considérée comme une responsabilité extra-contractuelle». Voir également LICHTSTEINER, p. 190. Cette affirmation fait allusion à la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'art. 55 CO, qui fonde en droit suisse la responsabilité du fabricant (ATF 110 II 456 = JT 1985 I 378). Lorsque le fabricant est également vendeur, une responsabilité contractuelle n'est nullement exclue en droit suisse pour les dommages causés par le produit défectueux (PETITPIERRE, La responsabilité du fait des produits, p. 144, let. B), pas même pour les dommages corporels (SCHOENLE, in: SJ 1977 p. 485).

⁴⁷⁹ Supra n° 6 et 7.

⁴⁸⁰ Sur ces questions, voir BUCHER E., in: Berner Tage, pp. 44 ss; HOYER, in: HOYER/POSCH, p. 40; KAROLLUS, p. 45; LÜDEVITZ, ad art. 4, n° 9.

⁴⁸¹ Cf. BUCHER E. in: Berner Tage, p. 48.

⁴⁸² HERBER/CZERWENKA, ad art. 28, n° 4; HUBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEB, ad art. 28, n° 16; SCHLECHTRIEB, in: Berner Tage, p. 105; LÜDERITZ, ad art. 28, n° 2; NEUMAYER/MING, ad art. 28, n° 4.

gation, il ne devrait pas l'accorder non plus en droit uniforme. La solution de l'application de l'article 119 alinéa 1 CO dans le cadre du droit uniforme est une erreur. La réponse à l'hypothèse de l'impossibilité subséquente objective résulte du droit uniforme:

- L'acheteur ne va pas agir en exécution, puisqu'il n'y a par hypothèse aucun intérêt. Il va donc agir en dommages-intérêts ou résoudre le contrat. Sa prétention en dommages-intérêts sera limitée par l'objection d'une cause d'exonération du vendeur au sens de l'article 79 CV.
- Le vendeur a droit au paiement du prix si le cas d'impossibilité survient après le transfert des risques au sens des articles 66ss CV. Cette disposition est une *lex specialis* par rapport au droit de l'acheteur de résoudre le contrat en cas de défaut de livraison.

Les solutions inhérentes au droit uniforme règlent donc l'hypothèse de l'impossibilité objective subséquente de façon satisfaisante, sans que le recours aux particularités des droits nationaux supplétif en la matière ne soit nécessaire. En particulier la question de la libération du vendeur quant à sa responsabilité doit être soumise à la logique de la Convention (cause d'*exonération* selon l'art. 79 CV) et ne saurait être restituée au droit national, notamment pas à un système de responsabilité pour faute (en droit suisse, libération du vendeur en cas d'impossibilité objective subséquente *non fautive*).

L'argument de l'article 28 CV doit être rejeté: cette disposition n'implique pas que le juge face deux fois l'analyse juridique, d'abord selon le droit uniforme, puis selon le droit national pour savoir si l'action en exécution y serait également fondée: l'article 28 CV vise des cas où l'action en exécution ne serait pas fondée en droit national pour des raisons procédurales, mais pourrait être remplacée par une action en dommages-intérêts⁴⁸³. Il n'entre pas en ligne de compte lorsque, selon le droit national, une prétention n'est pas fondée au fond, et ne peut donc pas plus prendre la forme d'une action en exécution que d'une action en dommages-intérêts. L'article 119 alinéa 1 CO libère totalement le vendeur, y compris d'éventuels dommages-intérêts. Cette disposition du droit suisse ne peut donc être rendue applicable

⁴⁸³ Le droit à des dommages intérêts n'est en effet pas affecté par l'art. 28 CV: cf. HUBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 28, n° 11. Cf. également DOCUMENTS OFFICIELS, p.638; WALTER, p. 324

dans le cadre du droit uniforme de par l'article 28 CV, qui ne concerne expressément que l'action en exécution.

C. Complémentarité et concurrence du droit uniforme et du droit national supplétif

167. Au-delà de la ligne de démarcation tracée par l'article 4 CV, le système conflictuel reprend ses droits et le droit national supplétif désigné par les règles de conflit du for⁴⁸⁴ joue son rôle de complément indispensable au droit uniforme. Passé cette ligne, le droit uniforme s'efface devant le droit national, il n'est plus «*concerné*» par les questions qui n'entrent pas dans son champ d'application matériel. A peine exprimée, cette remarque doit être relativisée: Le droit national comprend le droit uniforme, et ne reste pas indifférent à cette greffe. Comme un caillou jeté dans un lac en trouble la quiétude au-delà de son point d'impact, la réception du droit uniforme n'est pas sans résonances sur l'ordre juridique national en général. Trois exemples illustrent cette résonance: la détermination de l'illicéité du contrat implique la prise en compte de l'ordre juridique suisse dans son ensemble, y compris le droit uniforme⁴⁸⁵; la recherche de la norme analogique

⁴⁸⁴ STOLL propose cependant que la détermination du droit national supplétif ne soit pas forcément celle qu'implique la règle de rattachement du contrat selon le droit international privé, mais soit examinée de cas en cas selon la question à résoudre (STOLL, in: FS Ferid (1988), pp. 495-518, et in: IPRax 1993, p. 75). Il fait notamment valoir que la détermination d'une *lex causae* unique, évitant la «coupure» du contrat, est justifiée en temps ordinaire mais n'a plus de sens dans le contexte du droit uniforme qui consacre déjà une telle coupure dans le droit applicable au contrat.

Cette conception isolée (cf. STOLL in: IPRax 1993, p. 75, note 11 et HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 7, n° 32 et ad art. 4, n° 6) ignore le fait que le droit conventionnel devient partie du droit national des Etats contactants et qu'il n'y a donc pas «coupure» dans le droit applicable au contrat lorsque droit national et droit uniforme se complètent. Par ailleurs, le droit international privé n'est subsidiaire aux Conventions internationales que dans leur champ d'application (art. 1 al. 2 LDIP). Hors ce champ d'application, les règles de rattachement du for redeviennent applicables et le juge ne saurait y déroger que *contra legem*.

⁴⁸⁵ Voir à ce sujet infra n° 201 ss.

topique par le juge lors de la libre recherche scientifique qu'implique le comblement des lacunes selon l'article 1 alinéa 2 CC peut impliquer la prise en compte du droit uniforme⁴⁸⁶; enfin au-delà même du comblement des lacunes, le droit uniforme peut être amené à influencer l'interprétation du droit suisse⁴⁸⁷.

168. Dans le vaste espace des questions non régies par le droit uniforme, le droit national supplétif peut être conduit à une cohabitation étroite avec le droit uniforme. L'intervention du droit national supplétif peut en effet impliquer soit une complémentarité par rapport au droit uniforme, soit un concours avec le droit uniforme⁴⁸⁸:

- *Complémentarité du droit uniforme et du droit national supplétif.*

Le droit national supplétif peut être amené à répondre à une *question accessoire*, dans la résolution d'une question juridique dont le contexte est celui du droit uniforme. Par exemple la question générale du droit du vendeur au paiement du prix, soumise pour l'essentiel au droit uniforme, implique que soit tranchée la question de la validité du contrat, soumise au droit national. Cette question accessoire peut intervenir à titre préalable (validité du contrat, capacité contractuelle des cocontractants), incident (transfert de propriété, représentation), final (prescription), ou parallèle (examen du poste du dommage constitué par une lésion corporelle causée par un défaut de la chose) selon les schémas classiques du raisonnement juridique⁴⁸⁹. Cette hypothèse est celle de la *combinaison* du droit uniforme et du droit national.

- *Concurrence du droit uniforme et du droit national.*

Le droit national supplétif peut être pour les parties contractantes une source de moyens de droit s'inscrivant en concours avec les moyens de droit prévus par le droit uniforme.

⁴⁸⁶ Tel est notamment le cas lorsque le juge, confronté à un contrat innommé, applique par analogie les règles du droit uniforme qui lui paraissent les plus adéquates: cf. supra n° 53 ss.

⁴⁸⁷ BUCHER E., in: Berner Tage, p. 49.

⁴⁸⁸ Sur une approche assez similaire, cf. DROBNIG, in: AJCL 1992, p. 637.

⁴⁸⁹ On trouvera un exposé récent de cette méthode in: HONSELL, Fälle mit Losungen zum Obligationenrecht, Schulthess, Zurich 1992.

Parallèlement à leur responsabilité contractuelle, qui trouve sa base légale dans le droit uniforme, les parties peuvent engager leur responsabilité délictuelle ou précontractuelle, qui trouve sa base légale dans les droits nationaux. Ces responsabilités peuvent potentiellement être concurrentes, en ce sens qu'elles se basent sur les mêmes faits⁴⁹⁰. Ces hypothèses ne sont plus celles de la complémentarité mais celles de la *compétition* du droit uniforme et du droit national.

169. Les hypothèses de complémentarité et de concurrence du droit uniforme et du droit national peuvent cependant se rejoindre: ainsi la question accessoire de la validité du contrat entaché d'erreur essentielle sur les motifs peut impliquer la question du concours entre les moyens de droit déduits de l'erreur (invalidation du contrat et prétentions en résultant selon le droit national) et les moyens de droit issus du droit uniforme (résolution du contrat et ses conséquences), pour un état de fait commun (défaut de la chose existant au moment de la conclusion du contrat)⁴⁹¹. De même la question accessoire du transfert de propriété peut conduire à celle du concours entre les prétentions en restitution du droit uniforme (art. 81 ss CV) et l'action réelle en revendication (art. 714 CO). Malgré ces collisions, il est nécessaire de déterminer dans chaque cas d'espèce si la question se pose en terme de concours ou de question accessoire. La ligne directrice qui doit présider à l'analyse du cas n'est en effet pas la même dans les deux hypothèses:

- *Les questions accessoires* laissées au droit national doivent être résolues indépendamment du droit uniforme: selon son propre texte, celui-ci ne les concerne pas. Il s'agit là des limites de l'uniformisation et il n'appartient pas à la doctrine ou même à la jurisprudence d'aller au-delà de la volonté uniformisatrice des Etats contractants. Toute limite à l'uniformisation peut instinctivement être ressentie comme un défaut du droit uniforme. Devant un tel défaut, il convient néanmoins de s'incliner⁴⁹².

⁴⁹⁰ Voir par exemple ENGEL, p. 230; DESCHENAUX/TERCIER pp. 271 ss; OR-SCHNYDER, ad art. 41 n° 1; OR-WIEGAND, ad art. 97, n° 58.

⁴⁹¹ Sur cette question, voir *infra* n° 234 ss.

⁴⁹² Sur la notion de défaut de la législation et sa différence avec une lacune, cf. DESCHENAUX, p. 91.

- *La question du concours* entre des règles nationales et des règles uniformes est une question d'*interprétation* des règles en présence⁴⁹³: Il s'agit d'interpréter les règles du droit uniforme de façon à déterminer si elles admettent le concours ou si elles ont au contraire vocation de *lex specialis*⁴⁹⁴. Or, l'interprétation des règles uniformes répond à la logique de l'article 7 CV (la boucle de notre raisonnement se referme!), soit en particulier au principe de l'application uniforme du droit de la vente internationale. Par sa logique même, ce principe d'interprétation implique une certaine réticence quant à l'admission de l'application parallèle au droit uniforme de règles nationales non uniformes. De même le principe d'interprétation lié à la bonne foi dans le commerce international est-il favorable à la reconnaissance d'un statut de *lex specialis* au droit uniforme, seul droit commun aux deux parties, et contexte général de leurs prévisions réciproques.

170. L'analyse du rapport entre droit national et droit uniforme implique donc une distinction selon le mode d'intervention du droit national: intervention complémentaire ou intervention concurrente. Alors que l'intervention complémentaire du droit national ne doit pas être compromise par l'influence de droit uniforme, son intervention concurrente pose un problème d'interprétation des règles uniformes. Les règles d'interprétation du droit uniforme n'étant pas identiques

⁴⁹³ HUBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 45, n° 85. En droit suisse interne, cette question est également une question d'interprétation: «Sieht das Gesetz für gleiche Tatbestände mehrere Rechtsbehelfe mit unterschiedlichen Rechtsfolgen vor, so sind seine Normen vermutungsweise alternativ anwendbar, wenn ihre *Auslegung* nicht ergibt, dass die eine als Sonderbestimmung den andern vorgeht» (ATF 114 II 131, 136 = JT 1988 p. 508; voir également ATF 67 II 132). Une «saine application de la loi» ne suffit pas, contrairement à ce qu'affirme ENGEL, p. 510, à déterminer un rapport de spécialité entre les différentes normes potentiellement applicables: seule une saine interprétation de ces normes peut apporter une telle réponse.

⁴⁹⁴ La détermination du caractère spécial d'une disposition, et l'application conséquente de l'adage «*lex posterior derogat generali*» est en effet l'une des composantes de l'interprétation, qui en est la justification (ROSSER, L'interprétation des normes contradictoires, in: Les règles d'interprétation, éditions universitaires Fribourg suisse, sous la direction du prof. PERRIN, Fribourg 1989, pp. 55 ss, not. 70).

aux règles d'interprétation du droit national, les solutions traditionnelles du droit national quant au concours entre les différentes actions ne peuvent être reprises *mutatis mutandis*⁴⁹⁵. La ligne directrice de l'appréhension de la compétition entre le droit national et le droit uniforme ainsi tracée permet d'entrevoir un système de concours:

- en tout cas aussi restrictif que le droit national (lorsque le droit national exclut lui-même le concours⁴⁹⁶),
- éventuellement ouvert à une solution de droit national préservant la bonne foi dans le commerce international (lorsque le droit national admet le concours aux conditions restrictives posées par les règles spéciales, évitant ainsi que soient contournées les conditions d'exercice des droits des parties posées par la réglementation de la vente⁴⁹⁷),
- et a priori moins libéral que les droits nationaux admettant le concours sans conditions^{498,499}.

⁴⁹⁵ S'ajoutent à ces règles d'interprétation autonomes l'obligation internationale d'appliquer le droit conventionnel, qui interdit également de reprendre telles quelles les solutions nationales en matière de concours d'actions «...CISG is created by a Convention binding the State which have acceded to it by the proper acts, and leaves no room for national legislator or courts to deviate from the Convention, unless use was made of one of the few reservations» (SCHLECHTRIEM, *Borderland*, p. 469).

⁴⁹⁶ Telle est par exemple la solution allemande excluant le concours entre invalidation pour erreur et résolution en cas de défaut (HUBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 45, n° 83 et les références citées), et la solution française du non-cumul entre responsabilité contractuelle et délictuelle (TUNC, pp. 32 ss).

⁴⁹⁷ Telle est la solution prônée par le Tribunal fédéral selon laquelle l'acheteur est privé de son droit d'agir délictuellement s'il a omis de donner l'avis des défauts selon les règles de la garantie pour les défauts (ATF 67 II 132; 90 II 86 = JT 1964 I 560).

⁴⁹⁸ Telle est la solution prônée par le Tribunal fédéral en matière de concours entre résolution en cas de défaut et invalidation pour erreur essentielle (ATF 114 II 131 = JT 1988 p. 508; TERCIER, n° 269).

⁴⁹⁹ Sur cette casuistique en général, et dans une optique de droit comparé, cf. HUBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 45, n° 77 ss., notamment 81, 82, 83.

D. Conclusion

171. Les rapports entre le droit uniforme et le droit national supplétif constituent donc un curieux mélange d'intimité et de quant-à-soi, de complémentarité et d'autonomie, d'intégration et de contradiction. Il serait aussi coupable de nier la nécessaire réception nationale du droit uniforme que d'en négliger les dangers (n° 148 à 149).

Dans leurs domaines respectifs, droit national et droit uniforme pourraient superbement s'ignorer: c'est à leur point de rencontre, au lieu de leur inévitable collision que la confrontation devient explosive. Ce front est tracé par chacune des insuffisances du droit uniforme, qui implique la tentation du recours au droit national. Cette dérive du droit uniforme au droit national n'est cependant pas brutale, mais suit les paliers successifs de l'interprétation (n° 151 à 152), du comblement des lacunes (n° 153 à 158) et des limites matérielles de la Convention (n° 159 à 166). Le premier palier interdit le recours au droit national, le second en fait un moyen subsidiaire, le troisième relève déjà du domaine du système conflictuel.

172. Lorsque le troisième palier est atteint, le droit national supplétif fournit la réponse que le droit uniforme n'apporte pas. Il faut cependant distinguer les cas dans lesquels le droit national supplétif apporte une réponse (exclusive) à une question accessoire non tranchée par le droit uniforme, et les cas où la solution du droit national entre en concours avec une solution conventionnelle: La question du statut éventuel du droit uniforme comme *lex specialis* est une question d'interprétation qui implique un rapide retour au premier palier, et interdit de reprendre *mutatis mutandis* les solutions traditionnelles du droit national en matière de concours d'actions (n° 167 à 170).

173. La façade de l'uniformisation est percée de fenêtres ouvertes sur le paysage du droit national supplétif. Les contours de ces fenêtres sont parfois mal dessinés et nécessitent quelques précisions. C'est aux questions accessoires liées à la validité du contrat que nous nous intéresserons en premier lieu: impossibilité initiale, illicéité, contrariété aux bonnes moeurs et vices de consentement sont autant de pierres dans le jardin de l'uniformisation.

Les effets du contrat sont au contraire le domaine du droit uniforme par excellence, sa façade la plus flatteuse. Nous apercevrons

pourtant dans cette façade lisse du droit conventionnel quelques regrettables lézardes.

II. L'IMPOSSIBILITE INITIALE OBJECTIVE: ENTRE HARMONISATION INTERNATIONALE ET SYSTEMATIQUE LEGALE

A. L'impératif d'uniformisation internationale du droit de la vente

a. La thèse de la validité du contrat initialement impossible

174. L'article 4 lettre a CV réserve au droit national la question de la validité du contrat, de chacune de ses clauses, et des usages, sauf disposition expresse contraire de la Convention.

Une cause d'invalidité classique dans de nombreux Etats contractants est l'impossibilité initiale objective d'exécution, prévue en droit suisse à l'article 20 alinéa 1 première hypothèse CO.

Issue des principes du droit romain⁵⁰⁰, cette cause d'invalidité se retrouve dans la plupart des droits continentaux⁵⁰¹, alors que les pays de tradition anglo-saxonne traitent cette hypothèse sous l'angle de l'invalidation pour erreur⁵⁰². En droit uniforme, la question est d'importance limitée: en matière de commerce international, l'objet des contrats est en général déterminé par son genre, et l'éventualité d'une impossibilité initiale d'exécution due à la destruction de la chose est d'autant limitée: «*genera non pereunt*»⁵⁰³.

175. Une très large majorité de la doctrine s'accorde cependant à considérer que le droit uniforme ne doit pas s'embarasser de cette hypothèse d'invalidité du contrat en cas d'impossibilité initiale objective, ce cas pouvant être traité selon les règles uniformes relatives à

⁵⁰⁰ «*Impossibilium nulla obligatio est*» (Dig. 50, 17, 185 (CELSUS)); Voir cependant CAYTAS, p. 7 qui fait remonter ce principe à Aristote, dans le cadre de sa conception générale du droit naturel.

⁵⁰¹ Voir en Allemagne le par. 306 BGB, en France l'art. 1302 CCF, en Italie les art. 1346 et 1418 CCI, en Espagne l'art. 1272 Codigo Civile.

⁵⁰² CAYTAS, p. 150.

⁵⁰³ Voir à ce sujet OR-WIEGAND, ad art. 97, n° 19; BUCHER E., in: Berner Tage, p. 21. Le problème d'une impossibilité initiale peut également se présenter dans les cas où l'objet du contrat n'est plus fabriqué (fin de série, etc...).

l'inexécution du contrat⁵⁰⁴. Les auteurs motivent cette position doctrinale par plusieurs arguments:

- Le concept de «*validité*» au sens de l'article 4 lettre a CV ne doit pas être défini selon les droits nationaux des Etats contractants, mais selon les principes d'interprétation du droit uniforme, en particulier le principe de l'interprétation uniforme de l'article 7 CV⁵⁰⁵.
- Les règles nationales relatives à l'impossibilité initiale objective ne sont pas des règles de validité, mais des règles dispositives d'interprétation de la volonté des parties⁵⁰⁶, dont on peut supposer qu'elles n'entendent pas être liées par un contrat dont l'objet est impossible.

⁵⁰⁴ HUBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 46, n° 33; HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 4, n° 13; STOLL in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 79, n° 20 et 21; SCHLECHTRIEM in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, Einl. p. 30; également in: Uniform Sales Law, p. 33. et in: PJA, p. 352; KRAMER, ad art. 19-20, n° 237; WEY, p. 116, n° 324; VON CAEMMERER, Vertragspflichten und Vertragsgültigkeit, p. 39; BUCHER E., in: Berner Tage, p. 471; NICOLAS in: BIANCA/BONELL, ad art. 68, n° 3.1; HERRMANN in: Berner Tage, p. 97; WEBER in: Berner Tage, p. 173; HERBER/CZERWENKA, ad art. 4 n° 13, et Vor art. 45 n° 2; CZERWENKA, p. 108; CAYTAS, p. 145; KAROLLUS, p. 43; SCHWENZER, p. 115; DÖLLE in: DÖLLE, ad art. 26, 27 EKG, n° 47, sous réserve des contrats absurdes par nature («Verträge mit unsinnigem Inhalt»); STOLL in: DÖLLE, ad art. 74 EKG, n° 50 ss.

Contra: TALLON in: BIANCA/BONELL, ad art. 79, n° 2.4.3: «...one cannot imagine a contract of sale that would relate to goods which do no longer exist. In this case, the absence of the subject-matter raises a problem of validity which is not governed by the Convention»; LOEWE, ad art. 4 CV; MESSAGE, n° 211.33, plus dubitatif: n° 235.41; LICHTSTEINER, ad art. 68, p. 260; STERN, n° 350; NEUMAYER/MING, ad art. 4, n° 7; ZIEGLER, p. 149: l'auteur inscrit cependant cette position dans le cadre d'une conception plus générale, impliquant une restriction du champ d'application de l'art. 20 al. 1 première hypothèse CO aux cas d'impossibilité objective initiale *absolue*, cas recouvrant l'hypothèse du contrat absurde par nature, réservée par DÖLLE in: DÖLLE, ad art. 26, 27 EKG, n° 47. Ces deux logiques différentes parviennent donc à un même résultat.

⁵⁰⁵ Par exemple: SCHLECHTRIEM in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, Einl. p. 30; KHOO, in: BIANCA/BONELL, ad art. 4 CV: «There is strong opinion in favour of the view that the label given by domestic law is not conclusive as to whether a particular matter (e.g. validity of contract) falls within the Convention».

⁵⁰⁶ Par exemple: WEBER in: Berner Tage, p. 173: «dennoch wird man OR 20 (wie etwa auch BGB 306 und ABGB 878) nur den Charakter einer abdingbaren Interpretationsregel zuerkennen können...».

- A travers ses dispositions sur l'inexécution des contrats, la Convention règle de façon satisfaisante le cas du contrat initialement impossible⁵⁰⁷.

En d'autres termes, le droit uniforme serait une bonne occasion pour «*jeter par dessus bord*»⁵⁰⁸ quelques siècles d'une tradition juridique liée à l'impossibilité initiale objective.

176. Cette position doctrinale s'appuie sur de solides arguments. Elle est notamment étayée par certaines dispositions de la Convention qui, à défaut d'être des «*dispositions expresses contraires*» au sens de l'article 4 ab initio CV, n'en recouvrent pas moins l'hypothèse de l'impossibilité initiale objective. Ainsi l'article 68 CV, qui régit le transfert des risques concernant des marchandises vendues en cours de transport, prévoit-il le cas où les marchandises ont péri avant la conclusion du contrat de vente: «*Toutefois, si les circonstances l'impliquent, les risques sont à la charge de l'acheteur à compter du moment où les marchandises ont été remises au transporteur...*». Si la marchandise est un corps certain, il s'agit d'un cas d'impossibilité initiale objective régi par la Convention. L'article 68 CV peut donc être perçu comme un indice de la validité du contrat en cas d'impossibilité initiale objective⁵⁰⁹, car si le contrat devait être nul, la question du risque du prix ne se poserait pas.

⁵⁰⁷ Par exemple BUCHER E. in: Berner Tage, p. 47.

⁵⁰⁸ Cette expression est empruntée à CAYTAS, p. 145.

⁵⁰⁹ HERBER/CZERWENKA, ad art. 68, n° 8; WEY, p. 116; NICHOLAS in: BIANCA/BONELL, ad art. 68, n° 3.1; LICHTSTEINER, ad art. 68; SCHLECHTRIEM, in: PJA, p. 352; BUCHER E. in: COLLOQUE DE LAUSANNE, p. 216; HAGER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 68, n° 2. Le MESSAGE, n° 234.33, souligne cette contradiction entre une interprétation stricte de l'art. 4 let. a CV et l'art. 68 CV: «Il faudra voir à l'usage s'il est possible de trouver un moyen terme entre les art. 4 et 68».

La question du rapport entre les droits nationaux relatifs à la nullité du contrat en cas de perte de la chose avant la conclusion du contrat et l'art. 68 deuxième phrase CV fut soulevée lors de la conférence (DOCUMENTS OFFICIELS, p. 429): «Pour la délégation indienne, le contrat, en pareil cas, n'existerait pas, du fait que les parties ont présumé que les marchandises existaient alors qu'elles n'existaient plus. Il y aurait lieu de prendre cette éventualité en considération à l'art. 80 (actuel art. 68)». La question posée à cet égard par le délégué canadien fut laissée ouverte: «Au cas où l'amendement de l'Inde ne serait pas accepté et compte tenu de fait que la Convention ne concerne pas la validité du contrat, une partie contractante qui se verra opposer l'art. 80 (actuel art. 68) pourra-t-elle faire valoir que le contrat n'est pas valable puisque les marchandises n'existaient

De même l'article 79 CV prévoit-il une possibilité d'exonération du vendeur en cas d'«*empêchement*» d'exécution. Contrairement aux premiers projets de la Conférence diplomatique à cet égard⁵¹⁰, l'article 79 CV ne pose aucune condition temporelle, l'empêchement pouvant être antérieur à la conclusion du contrat⁵¹¹. L'article 79 CV apparaît donc comme un nouvel indice de la capacité du droit uniforme à appréhender l'hypothèse du contrat initialement impossible⁵¹². Une interprétation stricte de la réserve de l'article 4 lettre a CV serait incompatible avec le champ d'application potentiel de ces dispositions.

177. La réserve du droit national relatif à l'invalidité du contrat en cas d'impossibilité initiale objective à en outre le désavantage d'impliquer des raisonnements acrobatiques d'oscillation entre droit national et droit uniforme. Ainsi la délimitation entre impossibilité initiale et impossibilité subséquente, qui implique en droit suisse une délimitation entre contrat valable et contrat nul, dépend du droit uniforme, puisque c'est le droit uniforme qui régit la conclusion du contrat en général, et le *moment de la conclusion du contrat* en particulier⁵¹³.

pas au moment de sa conclusion et que l'art. 80 ne joue plus?». A cette question, le président de la commission s'est contenté d'apporter la réponse «certes insuffisante» de l'art. 6 (actuel art. 7) de la Convention traitant de l'interprétation et de l'application des dispositions de la Convention.

⁵¹⁰ Dans le projet de 1976 établi par le groupe de travail de la CNUDCI, l'art. 50, équivalant à l'actuel art. 79, prévoyait que l'empêchement devait avoir eu lieu après la conclusion du contrat. Voir STOLL in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 79, n° 20.

⁵¹¹ TALLON in: BIANCA/BONELL, ad art. 79, n° 2.4.3; STOLL in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 79, n° 20; ERDEM, p. 241; REINHART, ad art. 79, n° 4; DOCUMENTS OFFICIELS, p. 59: «Il se peut que l'empêchement ait existé au moment de la conclusion du contrat. Par exemple, *les marchandises de type unique qui faisaient l'objet du contrat avaient déjà péri au moment de la conclusion du contrat*».

⁵¹² WEBER in: Berner Tage, p. 173; CZERWENKA, p. 108; VON CAEMMERER, Vertragspflichten und Vertragsgültigkeit, p. 39; CAYTAS, p. 146 et 149; STOLL in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 79, n° 21; KRAMER, ad art. 19-20, n° 237; MESSAGE, n° 235.41; LICHTSTEINER, ad art. 79, reste pour le moins dubitatif. Contra TALLON in: BIANCA/BONELL, ad art. 79, n° 2.4.3.

⁵¹³ Selon l'art. 23 CV, l'acceptation prend effet lorsqu'elle répond aux conditions de l'art. 18 CV, soit au moment où elle parvient à l'offrant dans le délai stipulé ou dans un délai raisonnable (art. 18 al. 2 CV), sous réserve des habitudes qui

Même si l'on considère, à l'encontre de la doctrine dominante, que le cas de l'impossibilité objective initiale est un problème de validité au sens de l'article 4 lettre a CV, le droit uniforme ne peut pas ne pas «concerner» l'invalidité pour cause d'impossibilité objective initiale, puisqu'il détient la clef du moment de la conclusion du contrat qui est le critère de délimitation entre impossibilité initiale et impossibilité subséquente⁵¹⁴.

L'exemple de l'impact du droit uniforme sur une question ayant fait l'objet de récents développements de la doctrine suisse relative à la validité du contrat en cas de destruction d'un corps certain entre le moment de l'envoi de l'acceptation et celui de sa réception est frappant: l'ancienne doctrine⁵¹⁵ considérait ce cas comme un cas d'impossibilité subséquente, car en vertu de l'article 10 CO, les effets d'un contrat conclu entre absents remontent au moment de l'expédition de l'acceptation. Une doctrine plus récente⁵¹⁶ a qualifié cette hypothèse de cas d'impossibilité initiale, car l'article 10 CO suppose que le contrat déploie des effets et donc qu'il soit valable: un contrat ne peut avoir d'effet rétroactif au sens de l'article 10 CO s'il n'a pas d'effet du tout. En droit uniforme et dans l'optique de la doctrine dominante, la question ne se pose plus puisque l'impossibilité initiale pas plus que l'impossibilité subséquente n'impliquent la nullité du contrat. Dans l'optique contraire d'une conception stricte de l'article 4 lettre a CV, les données du problème sont bouleversées: l'article 10 CO n'est plus applicable, le droit uniforme régissant de façon exhaustive la conclusion du contrat, et prévoyant le moment de la conclusion du contrat dès réception de l'acceptation. Le contrat peut donc être considéré sans hésitation comme nul de plein droit au sens de l'article 20 alinéa 1 CO, règle de droit national applicable parce que le droit uniforme ne «concerne pas la validité du contrat», et parce que l'impossibilité est initiale selon le droit uniforme!

se sont liées entre les parties, ou des usages (art. 18 al. 3 CV). L'art. 24 CV précise ce que signifie le verbe «parvenir» au sens de l'art. 18 CV.

⁵¹⁴ GAUCH/SCHLUEP, p. 107, n° 633.

⁵¹⁵ Notamment BECKER ad art. 10 CO, n° 2; ENGEL, p. 148; BUCHER E., AT, p. 138.

⁵¹⁶ PETITPIERRE, *Réflexions sur l'impossibilité objective initiale*, pp. 167 ss; THEVENOZ, *La rétroactivité des effets du contrat entre absents et le transfert des risques*, p. 481; KRAMER/SCHMIDLIN, ad art. 10, n° 2.

Face à ces contorsions intellectuelles peu compatibles avec le souci de simplicité affiché par les auteurs de la Convention⁵¹⁷, la solution qui consiste à considérer le cas de l'impossibilité objective initiale comme un simple cas d'inexécution, régi par les règles conventionnelles à l'exclusion des droits nationaux, a le mérite de l'homogénéisation des sources de droit applicables.

b. Le contrat initialement impossible comme cas d'inexécution

178. Non seulement la thèse de la validité du contrat initialement impossible repose sur de solides arguments théoriques, mais encore le droit uniforme apporte-t-il à l'hypothèse de l'impossibilité objective initiale une solution qui ne choque pas le sens de l'équité: l'exécution étant par hypothèse impossible, l'action en exécution est exclue à défaut d'intérêt juridique⁵¹⁸. L'acheteur peut donc résoudre le contrat pour être libéré de son obligation de payer le prix⁵¹⁹. Cette résolution

⁵¹⁷ Cf. supra n° 11.

⁵¹⁸ HUBER, in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 46, n° 34; TALLON, in: BIANCA/BONELL, ad art. 79, n° 2. 10. 2; KAROLLUS p. 141: «Das UNK enthält keine Regelung darüber, ob der Erfüllungsanspruch auch dann besteht, wenn eine Erfüllung gar nicht möglich ist. Da aber ein auf tatsächlich Unmögliches gerichteter Erfüllungsanspruch evident sinnlos wäre, ist Art. 46 dahingehend auszulegen, dass bei objektiver Unmöglichkeit des Leistung (...) auch der Erfüllungsanspruch entfällt».

De nombreux auteurs déduisent cette proposition de l'art. 28 CV: HERBER/CZERWENKA, ad art. 46, n° 4; LOEWE, ad art. 28; HOPT, p. 1340.

⁵¹⁹ HUBER in: DÖLLE, ad art. 26, 27 EKG, n° 50 et 51, et in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 49, n° 22, ad art. 46, n° 33; TALLON in: BIANCA/BONELL, ad art. 79, n° 2.4.3.

STOLL in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 79, n° 59, considère pour sa part que la libération de l'acheteur intervient «ipso jure», du fait de l'impossibilité d'exécuter du vendeur: «Man muss im übrigen dem Art. 66 zugleich entnehmen, dass bei zufälligem Untergang oder zufälliger Beschädigung der Sache einerseits der Käufer insoweit den Erfüllungsanspruch, andererseits der Verkäufer insoweit den Anspruch auf den Kaufpreis verliert. Diese Wirkung beruht auf der synallagmatischen Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung, und tritt unabhängig davon ein, ob und wann der Käufer den Vertrag aufhebt».

Cette conception pose cependant le problème de la base légale de la restitution du prix déjà payé par l'acheteur: l'art. 81 al. 2 CV n'est plus applicable si le contrat n'est pas résolu et une prétention enrichissement illégitime selon le droit

peut être anticipée au sens de l'article 72 CV⁵²⁰. Il s'agit d'une résolution au sens de l'article 49 alinéa 1 lettre a CV, et non 49 alinéa 1 lettre b V, l'impossibilité d'exécution constituant une contravention essentielle au sens de l'article 25 CV, et non un simple retard justifiant la fixation d'un délai supplémentaire⁵²¹. Tant que le contrat n'est pas résolu, l'obligation de l'acheteur de payer le prix est «suspendue» au sens de l'article 71 CV⁵²². Si le vendeur n'est pas au bénéfice d'une cause d'exonération au sens de l'article 79 CV, l'acheteur peut en outre demander la réparation de son dommage (art. 45 al. 1 let. b et 74 CV). Il s'agit de la réparation de son dommage résultant de la lésion de son intérêt positif à la bonne exécution du contrat («*intérêt positif*»), et non celle de la lésion de son intérêt négatif à ne pas avoir conclu le contrat («*intérêt négatif*»)⁵²³. Doit être réservé le cas où le transfert des risques à l'acheteur a eu lieu avant la perte de la chose, soit avant la conclusion du contrat, ce qui peut être le cas s'il s'agissait d'une vente de marchandises en cours de transport (art. 68 deuxième phrase CV).

Les différences avec l'effet de l'invalidité du contrat sont donc les suivantes:

- Le contrat n'est pas nul de plein droit mais doit être résolu par une déclaration de volonté de l'acheteur.
- L'acheteur peut demander la réparation du dommage résultant de la lésion de son intérêt «*positif*», sauf cause d'exonération du vendeur, alors qu'en cas de nullité du contrat, la responsabilité

suisse au sens des art. 62ss CO pose le problème de l'absence de cause: le contrat étant réputé valable même s'il est initialement impossible, le paiement n'a pas eu lieu sans cause. L'art. 119 al. 2 CO ne s'applique pour sa part qu'en cas d'impossibilité subséquente. La meilleure solution consisterait donc à appliquer l'art. 81 al. 2 CV par analogie. La résolution consistant en droit uniforme en une simple déclaration de volonté, l'exigence d'une résolution du contrat de la part de l'acheteur ne nous paraît pas être excessive et simplifie le rapport de liquidation du contrat.

⁵²⁰ HUBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 49, n° 22; MERTENS/REHBINDER, ad art. 76 EKG, n° 2; DOCUMENTS OFFICIELS, p. 58: «La certitude qu'une partie commettra une contravention essentielle au contrat peut résulter (...) de circonstances de fait (...) qui rend(ont) impossible l'exécution des obligations futures».

⁵²¹ HUBER in: DÖLLE, ad art. 26, 27, n° 51, et in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 49, n° 22.

⁵²² La relation contractuelle ne prend fin que par la résolution: LESER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 71, n° 40.

⁵²³ Voir notamment KAROLLUS, p. 206.

du vendeur résulte d'une éventuelle «*culpa in contrahendo*» impliquant la réparation du dommage résultant de la lésion de l'intérêt «*négatif*» de l'acheteur⁵²⁴.

- Doit être réservé le cas où le transfert des risques avait déjà eu lieu au moment de la perte de la chose, l'acheteur devant alors payer l'intégralité du prix. Si le contrat est nul de plein droit, la question du transfert des risques ne se pose pas et le prix n'est pas exigible.

179. La première différence est assez théorique, puisque la résolution est déclarative et non judiciaire en droit uniforme⁵²⁵. L'hypothèse du transfert des risques avant la conclusion du contrat est expressément prévue par le droit uniforme et s'accommode mal de la réserve de la nullité en cas d'impossibilité initiale objective. La doctrine de la validité du contrat initialement impossible en droit uniforme a le mérite de résoudre cette incompatibilité⁵²⁶. Enfin, la conséquence matérielle la plus notable de cette doctrine est la possibilité pour l'acheteur de demander la réparation du dommage résultant de la lésion de son intérêt positif à l'exécution du contrat. Or, une critique classique en droit suisse des conséquences de la nullité du contrat objectivement nul est justement que rien ne justifie que la réparation du dommage de l'acheteur soit différente en cas d'impossibilité initiale et en cas d'impossibilité subséquente: dans les deux cas, le préjudice subi par l'acheteur est rigoureusement identique⁵²⁷. Cette critique a notamment

⁵²⁴ ATF 105 II 75 = JT 1980 I 67. GONZENBACH, pp. 199 ss; KRAMER, ad art. 19-20, n° 404 et les nombreuses références citées. Ce principe souffre cependant d'exceptions, notamment en cas de garantie d'exécution expresse ou tacite donnée par le vendeur (KRAMER, ad art. 19-20, n° 404), ou selon la nature de l'obligation précontractuelle violée: «la question de savoir si la violation d'un devoir juridique précontractuel ouvre la voie à la réparation du dommage correspondant à l'intérêt négatif ou au contraire à celle du dommage correspondant à l'intérêt positif ne doit pas être tranchée a priori» (PETITPIERRE, *Réflexions sur l'impossibilité objective initiale provoquée par la faute d'une partie*, p. 170).

⁵²⁵ TALLON in: BIANCA/BONELL, ad art. 79, n° 2.4.3: «... in practice, the difference will probably be negligible».

⁵²⁶ Voir supra n° 176.

⁵²⁷ Sur cette question, voir notamment KRAMER, ad art. 19-20, n° 237; HUGUENIN, *Nichtigkeit und Unverbindlichkeit als Folgen anfänglicher Vertragsmängel*, Diss Bern 1984, p. 15; ZIEGLER, p. 13; En général, CAYTAS, p. 50.

motivé des propositions doctrinales de limitation du champ d'application de l'article 20 alinéa 1 CO⁵²⁸. A un niveau international, ce même argument a été repris pour motiver la teneur de l'article 27 alinéa 1 du projet de loi uniforme sur la validité des contrats de vente internationale de marchandises⁵²⁹: «*Ist die Leistung bei Vertragsabschluss unmöglich, so wird dadurch allein die Gültigkeit des Vertrages nicht berührt*»⁵³⁰. Cette Convention n'est pas entrée en vigueur, mais cette motivation garde sa pertinence.

De solides arguments, à la fois arguments logiques et arguments liés à l'équité étayent donc la thèse de la validité du contrat initialement impossible en droit uniforme. Cette thèse a notamment le mérite d'assurer l'harmonisation du droit de la vente internationale en limitant l'impact des particularismes nationaux en matière de validité des contrats⁵³¹.

⁵²⁸ ZIEGLER, p. 12, propose notamment de réduire le champ d'application de l'art. 20 al. 1 première hypothèse CO aux cas d'impossibilité «absolue» soit lorsque l'impossibilité découle de la nature intrinsèque de la prestation et non des circonstances du cas d'espèce. Dans le même sens, voir KRAMER, ad art. 19-20, n° 239. En droit allemand, voir SÖLLNER in: Münchener Kommentar, ad par 306, n° 3. En droit autrichien RUMMEL, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl., Wien 1990, ad par 878, n° 2.

⁵²⁹ RabelsZ 32 (1968), p. 343. D'autres projets furent établis ultérieurement par la CNUDCI sur le même sujet, sans plus de succès (Revue de droit uniforme 1973, p. 60; Uncitral Year Book, IX 1978, p. 105).

⁵³⁰ ZWIEGERT, DROBNIG, EINMAHL, FLESSNER, KÖTZ, Der Entwurf eines einheitlichen Gesetzes über die materielle Gültigkeit internationaler Kaufverträge über bewegliche Sachen, RabelsZ 32, 1968, p. 201, 254: «Ob zeitlich die objektive Unmöglichkeit dem Vertragsschluss folgte oder umgekehrt der Vertragsschluss dem Eintritt der Unmöglichkeit, ist häufig von zufälligen Umständen abhängig, die einen Unterschied im Haftungsmass nicht rechtfertigen können». Voir également les articles 5 ss du projet de 1972 et l'article 3.10 du projet Unidroit de codification des principes pour les contrats du commerce international (AJCL 1992, p. 703).

⁵³¹ Tel est en effet l'argument de fond des partisans de cette thèse: cf. SCHLECHTRIEM in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, Einl., p. 30; HERRMANN, in: Berner Tage, p. 97.

B. L'impératif de cohérence de l'ordre juridique des Etats contractants

a. Les limites du pouvoir de la doctrine

180. L'effet bénéfique de l'uniformisation internationale se paie cependant par l'effet «*perturbateur*» du droit uniforme dans l'optique «*verticale*» de la cohérence intrinsèque de l'ordre juridique des Etats contractants⁵³². L'acceptabilité du droit uniforme par la communauté internationale résulte donc de l'équilibre librement consenti entre son effet harmonisateur et son effet perturbateur; la doctrine doit veiller à ne pas rompre cet équilibre.

Or, la réserve de l'article 4 lettre a CV correspond aux limites de l'accord des Etats contractants⁵³³, ainsi qu'au souci logique des promoteurs du droit uniforme de limiter le droit uniforme à un domaine circonscrit, ne perturbant pas la théorie générale des obligations des Etats contractants⁵³⁴. L'échec de la Convention sur la validité montre bien qu'il n'existe pas de consensus international sur cette question⁵³⁵. Les Etats contractants sont donc en droit de considérer que la ratification de la Convention n'entraîne pas, sauf disposition expresse contraire, de modification de leur régime interne relatif à la validité des contrats et ne compromet donc pas l'unité logique de ces dispositions fondamentales en droit national. En d'autres termes les Etats contractants ont accepté l'effet perturbateur du droit uniforme, comme contrepartie de son effet harmonisateur. Encore faut-il que les limites de cet

⁵³² Voir supra n° 8 ss.

⁵³³ CZERWENKA, p. 108; ERDEM, p. 40, n° 199; PLANTARD, p. 326. L'intégration dans la Convention d'un chapitre concernant la validité des contrats a été envisagée lors de la conférence. Ce projet fut néanmoins abandonné en raison des trop grandes disparités nationales en la matière.

Voir également le Bulletin Officiel du Conseil des Etats, 1989, p. 230: «Die Unterschiede in diesem Bereich der einzelnen Rechtsordnungen waren zu gross, um eine einheitliche Lösung in Vorschlag zu bringen».

⁵³⁴ Cf. supra n° 6.

⁵³⁵ Voir notamment CZERWENKA, p. 108.

effet perturbateur soient clairement posées. L'unanimité de la doctrine ne saurait remplacer le consentement des Etats contractants⁵³⁶.

181. Or, prétendre que la notion de validité au sens de l'article 4 lettre a CV est un concept propre qui doit être appréhendé selon le droit uniforme et non selon les droits nationaux est un argument pernicieux: avant d'interpréter le terme de «*validité*» selon le droit uniforme, il faut interpréter l'expression «*ne pas concerner*» qui signifie notamment «*ne pas s'appliquer*»⁵³⁷: le droit uniforme ne s'applique pas à la question de la validité du contrat et le principe d'interprétation de l'article 7 CV doit être écarté, le principe de l'application uniforme présupposant l'applicabilité du droit uniforme⁵³⁸. Définir le concept de validité, c'est en effet partiellement le régir; c'est *prononcer la validité en droit uniforme de contrats qui seraient nuls en droit interne*⁵³⁹: les miracles de l'interprétation ne sauraient faire en sorte qu'une telle situation soit compatible avec le principe selon lequel le droit uniforme ne «*concerne pas*» la validité des contrats.

⁵³⁶ «Les auteurs, si éminents soient-ils, ne créent pas le droit positif dont ils ne sont aucunement des agents d'élaboration; ils le constatent, le commentent, l'interprètent ou l'apprécient, mais sont évidemment impuissants à le créer, n'ayant pas reçu compétence à cette fin d'un organe étatique ou inter-étatique quelconque.» (Charles ROUSSEAU, Droit international public, tome I, éd. Sirey 1970, p. 366, n° 292-a).

⁵³⁷ Tel est en effet le «sens ordinaire» à attribuer au verbe «concerner» (Petit Robert, 1981), sens ordinaire pertinent selon l'art. 31 de la Convention de Vienne sur le droit des Traités du 23 mai 1969 (RS 0.111).

⁵³⁸ Contra KHOO in: BIANCA/BONELL, ad art. 4, n° 3.3.5. Le droit uniforme ne peut être appliqué uniformément que s'il est applicable. Au-delà de ses limites, le principe de l'application uniforme n'a plus de sens. Or, ces limites sont justement posées par l'art. 4 CV, qui trace la ligne de démarcation entre droit uniforme et système conflictuel. Il est un mur mitoyen entre deux sphères du droit, et aucun des deux voisins ne saurait se l'approprier exclusivement.

⁵³⁹ Un contrat absolument identique, soumis au droit suisse, serait ainsi nul de plein droit s'il est conclu entre deux parties établies en Suisse, valable si l'une des deux parties est établie en France!

b. *Réfutation de la thèse de la validité du contrat initialement impossible*

182. L'argument selon lequel la règle de l'article 20 alinéa 1 première hypothèse CO, ou les diverses dispositions nationales relatives à la nullité des contrats initialement impossibles, ne seraient pas des normes de validité mais des règles dispositives d'interprétation n'est pas convaincant.

Il convient en premier lieu de souligner que la qualification de l'article 20 alinéa 1 première hypothèse CO comme norme de validité ou comme «*norme d'interprétation dispositive*» est un problème de droit interne suisse dont la solution peut être influencée par le droit uniforme, mais pas dictée: le principe de l'application uniforme de l'article 7 CV ne s'étend pas aux dispositions du droit interne suisse. Serait pour le moins tautologique le raisonnement selon lequel les règles nationales en matière d'impossibilité initiale objective sont des normes d'interprétation dispositives en vertu du droit uniforme, qui serait lui-même applicable car ces règles sont dispositives!

Le caractère dispositif de l'article 20 alinéa 1 première hypothèse CO est l'objet de controverses doctrinales⁵⁴⁰: la systématique de Code des obligations présente l'article 20 alinéa 1 CO comme une

⁵⁴⁰ La question a surtout été débattue en droit allemand (voir notamment LÖWISCH, in: STAUDINGER, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, ad par. 306, n° 2). En droit suisse, cf. ZIEGLER, p. 157: «Fälschlicherweise wird in der Lehre häufig gesagt, Art. 20 OR (bzw Par. 306 BGB) sei abdingbar»; BUCHER E., AT, par. 23/III, n° 5, p. 421. Concernant l'art. 20 CO en général, voir ATF 48 II 270 = JT 1923 I 13: «Art. 20 ist eine im Interesse der öffentlichen Ordnung aufgestellte Vorschrift und kann daher durch Parteidisposition nicht abgeändert werden». La nullité de plein droit de l'art. 20 CO est d'ordre public. Elle est prononcée d'office et peut être invoquée par *toute personne* dont la situation est influencée par le contrat (ENGEL, p. 205; GAUCH/SCHLUEP, n° 681; KRAMER, ad art. 19-20, n° 315 et 316; BUCHER E, AT, p. 242): Cet effet absolu ne saurait être mis en échec par l'effet relatif d'une Convention contraire. En particulier, le contrat nul de plein droit ne peut être ratifié par les parties (KRAMER, ad art. 19-20, n° 318).

Il faut cependant distinguer le contrat initialement impossible du contrat de garantie dont l'objet principal est le paiement de dommages-intérêts en cas d'inexécution: même si l'exécution garantie est impossible, l'objet du contrat, soit le paiement de dommages-intérêts, ne l'est pas (ATF 76 II 38; ZIEGLER, p. 157; BUCHER E, AT, p. 248; voir cependant KRAMER, ad art. 19-20, n°257, qui parle dans ce cas de «vertragliche Abdingung von art. 20»).

limite à la liberté contractuelle des parties, prononcée à l'article 19 CO. Elle traite sur un pied d'égalité l'impossibilité initiale objective, l'illicéité et la contrariété aux bonnes mœurs⁵⁴¹. La ratio legis de l'article 20 alinéa 1 première hypothèse CO ne saurait tenir en la volonté hypothétique des parties⁵⁴², car la distinction entre l'impossibilité objective et l'impossibilité subjective ne se justifierait pas: dans les deux cas, les parties n'auraient hypothétiquement pas conclu le contrat si elles avaient connu le cas d'impossibilité initiale⁵⁴³. La motivation de l'article 20 alinéa 1 première hypothèse CO doit donc se trouver également dans un impératif logique⁵⁴⁴ et dans le caractère inadmissible d'un substitut à l'exécution sous forme de réparation du dommage résultant de la lésion de l'intérêt *«positif»* du créancier dans l'hypothèse d'une impossibilité objective initiale⁵⁴⁵. Enfin, la sanction de l'article 20 alinéa 1 première hypothèse CO est expressément la nullité: c'est dans la sanction de la nullité que se reconnaît le plus clairement le caractère impératif d'une norme⁵⁴⁶.

⁵⁴¹ Voir cependant BUCHER E, in: Berner Tage, p. 47, qui considère que la systématique légale commune aux trois cas de l'art. 20 al. 1 CO n'implique pas de traitement commun.

⁵⁴² Ratio legis qui fonderait l'opinion selon laquelle l'art. 20 al. 1 première hypothèse CO ne serait qu'une règle d'interprétation dispositive. En droit suisse, voir MOMMSEN, Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Verhältnisse, in: Beiträge zum OR, 1. Abt, Braunschweig, 1853, p. 106.

⁵⁴³ ZIEGLER, p. 13

⁵⁴⁴ KRAMER, ad art. 19-20, n°237; ZIEGLER, p. 12; VON BÜREN, p. 120.

⁵⁴⁵ ZIEGLER, p. 14: « Der ausschlaggebende Hinweis für den Grund der Nichtigkeit eines Vertrages mit von Anfang an unmöglichem Inhalt findet sich jedoch m. E. gerade in der fehlenden Durchsetzbarkeit der Sekundärleistung ».

⁵⁴⁶ ENGEL, p. 182: « La nullité est dans l'intérêt public et il n'appartient pas aux parties de décider si elle leur est opportune ou non ».

Les règles impératives du droit national restent applicables car le droit uniforme ne «concerne pas» la conséquence de l'illicéité du contrat ou de ses clauses (cf. infra n° 201 ss). Or, on reconnaît notamment le caractère impératif d'une norme à ce qu'elle prévoit elle-même la sanction de la nullité (ENGEL, p. 189, A, iii; voir par exemple l'art. 100 al. 1 CO, ou 199 al. 1 CO). Tel est le cas de l'art. 20 al. 1 première hypothèse CO. On peut dès lors se demander pourquoi cette disposition ne bénéficierait pas de la même réserve du droit uniforme que les autres dispositions prévoyant la sanction de nullité.

183. Les partisans de la validité du contrat initialement impossible en droit uniforme tirent argument des différents projets de loi uniforme sur la validité des contrats de vente internationale de marchandises, soit en particulier l'article 27 du projet de 1968 et les articles 5 ss du projet de 1972, qui proposaient cette même solution⁵⁴⁷. Pourtant, cet argument est à double tranchant:

- Ces dispositions démentent par leur seule présence dans ces projets l'affirmation selon laquelle l'impossibilité initiale objective n'est pas un problème de validité.
- Le fait que ces projets n'aient pas aboutis prouve bien qu'il n'existe aucun consensus international sur la question de la validité, y compris la question de l'impossibilité initiale objective, qui justifierait une dérogation aux principes nationaux en la matière⁵⁴⁸.

184. L'argument selon lequel l'hypothèse de l'impossibilité objective initiale entre dans le champ d'application de certaines dispositions du droit uniforme n'est pas plus probant. Certes l'article 4 CV réserve-t-il les dispositions expresses contraires; sans doute ne faut-il pas être trop strict dans l'exigence de cette disposition expresse contraire: ainsi le commentaire sur le projet de Convention sur les contrats de ventes de marchandises, établi par le secrétariat, précise qu'il n'y a pas de telles dispositions expresses dans la Convention, mais que néanmoins *«certaines dispositions peuvent fournir une règle qui contredirait les règles relatives à la validité des contrats en vigueur dans un système juridique national. En cas de conflit, c'est la règle énoncée dans la (présente) Convention qui s'appliquerait»*⁵⁴⁹. Le commentaire précise cependant immédiatement que *«le seul article qui laisse apparaître la*

⁵⁴⁷ Cf. supra n° 179.

⁵⁴⁸ Voir CZERWENKA, p. 108, qui précise que cette Convention est apparue aux délégués lors de la Conférence diplomatique comme devant être «encore travaillée».

Quant à l'impact d'une Convention de codification non ratifiée en général, voir EUSTATHIADES, p. 103: «l'écoulement d'une longue période de temps pendant laquelle des Etats nombreux et représentatifs omettent de ratifier ou d'adhérer, fait que cette omission, équivalant à une large désapprobation de la Convention (...) ébranle l'autorité que cette dernière aurait pu avoir sur le plan du droit international général».

⁵⁴⁹ DOCUMENTS OFFICIELS, p. 18

possibilité d'un tel conflit est l'article 10 (actuel art. 11 CV)». Il ne mentionne notamment pas des dispositions telles que les articles 79 ou 68 CV qui, selon certains auteurs⁵⁵⁰, seraient en conflit avec les dispositions nationales sur l'impossibilité initiale.

185. Ni l'article 68 CV, ni l'article 79 CV, souvent cités à l'appui de la thèse de la validité des contrats initialement impossibles en droit uniforme, ne peuvent en effet être considérés sérieusement comme impliquant un tel conflit entre droit uniforme et droit national:

- Le droit uniforme ne concerne pas la validité du contrat. Il ne peut donc compter sur sa nullité et doit régir l'hypothèse de l'impossibilité initiale objective sans préjuger de la validité du contrat *in abstracto*, mais uniquement pour le cas où le contrat est valable en vertu du droit national applicable selon les règles de droit international privé.
- L'article 79 CV ne prévoit pas que l'empêchement doit être postérieur à la conclusion du contrat. Mais l'article 79 CV, comme toute règle liée à la responsabilité contractuelle, *suppose* la validité du contrat, il ne l'*implique* pas. L'empêchement au sens de l'article 79 CV peut d'ailleurs résulter de circonstances qui ne relèvent pas d'une impossibilité initiale objective, mais d'une impossibilité initiale subjective (dans le cas par exemple de l'incendie des entrepôts du vendeur avant la conclusion du contrat⁵⁵¹, ou dans tous les cas où l'empêchement implique un retard dans l'exécution, mais pas une inexécution définitive).
- L'article 68 2ème phrase CV prévoit le transfert des risques dès la remise au transporteur, «*si les circonstances l'impliquent*», alors que le contrat aurait été conclu pendant le transport. Les risques passent donc à l'acheteur avant la conclusion du contrat. Cette règle ne s'applique cependant que dans des circonstances tout à fait particulières (vente en cours de transport, circonstances l'*«impliquant»*) et ne peut comporter une dérogation générale à l'article 20 alinéa 1 première hypothèse CO. Elle a été introduite dans l'article 68 CV comme un tempérament à la première phrase de cette disposition, qui semblait impraticable, l'expérience montrant qu'il est souvent impossi-

⁵⁵⁰ Cf. supra n° 176.

⁵⁵¹ Exemple emprunté aux DOCUMENTS OFFICIELS, p. 59.

ble de déterminer le moment de la perte ou détérioration de la marchandise dans le cas des ventes en cours de transport⁵⁵². Les «*circonstances*» n'impliquent donc à notre avis un transfert des risques anticipé que si le moment de la destruction de la marchandise n'est pas déterminable⁵⁵³. Si la preuve peut être apportée que la marchandise a péri avant la conclusion du contrat, la règle générale de l'invalidité du contrat initialement

⁵⁵² NICHOLAS in: BIANCA/BONNEL, ad art. ad art. 68, n° 2.2; LINDACHER, in: HOYER/ POSCH, p. 173; HOPT, p. 1351; HERBER/CZERWENKA, ad art. 68, n° 2; SEVON in: COLLOQUE DE LAUSANNE, p. 203; DOCUMENTS OFFICIELS, p. 228 (intervention de HJERNER, Suède), et p. 70 ad art. 80 (Commentaire du secrétariat): «Cette règle selon laquelle les risques de perte sont transférés avant la conclusion du contrat *procède de considérations purement pratiques*. Il serait normalement difficile ou même impossible de déterminer à quel moment précis un dommage que l'on sait être survenu pendant le transport a effectivement été subi».

⁵⁵³ Un autre cas d'application très généralement admis est celui où un contrat d'assurance couvre la perte de la marchandise (DOCUMENTS OFFICIELS, p. 230 (intervention de HJERNER, Suède, et MICHIDA, Japon); HAGER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEB, ad art. 68, n° 4; SCHLECHTRIEB, Uniform Sales Law, p. 90; HERBER/CZERWENKA, ad art. 68, n° 3; NEUMAYER/MING, ad art. 68, n° 4). Dans ce cas pourtant, le vendeur est indemnisé et l'on ne voit pas pourquoi les circonstances exigeraient d'une part que l'acheteur paie le prix, et d'autre part qu'il se fasse céder la créance du vendeur contre l'assureur. Cette construction compliquée pose en outre la question de la base légale du droit de l'acheteur à une valeur de remplacement (Stellvertretendes commodum), qui ne se trouve pas dans le droit uniforme et dépendra donc des droits nationaux supplétifs en la matière, ou d'une interprétation du contrat (STOLL in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEB, ad art. 79, n° 56). Cette solution artificielle et aléatoire n'est pas opportune lorsque l'on peut déterminer que la marchandise a été détruite avant qu'elle ait été vendue, et que ce dommage du vendeur est couvert par une assurance dont il est le bénéficiaire naturel. L'argument selon lequel l'acheteur est mieux placé pour présenter une réclamation à l'assureur parce qu'il est en possession de la marchandise (DOCUMENTS OFFICIELS, p. 70, Commentaire du secrétariat, ad art. 80) ne vaut qu'en cas de détérioration et non en cas de perte de la marchandise. L'accord des parties sur le fait que l'acheteur supporterait le risque du prix en cas de perte de la chose même antérieure à la conclusion du contrat (le texte initial de l'art. 68 2ème phrase CV contenait l'expression «si les circonstances indiquent une intention contraire»; cf. DOCUMENTS OFFICIELS, p. 230; NEUMAYER/MING, ad art. 68, n°4) renvoie au problème du caractère dispositif des dispositions nationales sur l'invalidité du contrat initialement impossible: cf. à ce sujet supra n° 182.

impossible doit être respectée, dans la mesure où telle est la solution du droit national supplétif.

- L'article 68 in fine CV prévoit le non-transfert des risques dans un cas de perte de la marchandise avant la conclusion du contrat, soit dans un cas d'impossibilité initiale objective. Il ne fait que confirmer que la perte de la marchandise est à la charge du vendeur, ce qui est également le cas lorsque le contrat est nul de plein droit. Enfin, l'hypothèse visée correspond à celle d'un dol du vendeur (connaissance de la perte ou de la détérioration de la marchandise avant la conclusion du contrat). Une telle hypothèse de fraude doit être, selon la doctrine majoritaire, régie par le droit national supplétif⁵⁵⁴. On en arriverait donc à appliquer l'article 28 CO à la place de l'article 20 CO, ce qui n'est certainement pas le but du droit uniforme!

186. Les articles 68 et 79 CV trouvent donc de nombreux cas d'application, même dans l'optique de la nullité de plein droit du contrat initialement impossible, et ne peuvent être perçus comme un indice de la solution contraire qui serait seule compatible avec leur formulation.

c. Inopportunité de la thèse de la validité du contrat initialement impossible

187. La dualité préconisée par la doctrine majoritaire entre les régimes juridiques de l'impossibilité initiale objective et de l'illicéité poserait par ailleurs le problème de la distinction entre ces deux hypothèses, qui peut être fort ambiguë lorsqu'il s'agit d'un cas d'impossibilité juridique. Les flottements de la doctrine et de la jurisprudence quant à cette distinction restent exclusivement théoriques lorsque la conséquence juridique est la même dans les deux hypothèses⁵⁵⁵; ils deviennent intolérables si cette distinction détermine la validité du contrat. Certains auteurs, voient le critère de distinction dans les

⁵⁵⁴ BUCHER E., in: Berner Tage, p. 48; SCHLECHTRIEM, in: Berner Tage, p. 110 et 112; HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 45 n° ; HONNOLD, n° 240; OR-SCHWENZER ad art. 28, n° 23, et Vorbemerkungen zu Art. 23/31, n° 13.

⁵⁵⁵ GUHL, p. 39: Die Frage ist im übrigen nicht von praktischer Bedeutung, da OR 20 für beide Fälle Nichtigkeit des Vertrags vorsieht»; également KRAMER, ad art. 19-20, n° 253.

mesures de coercition qui accompagnent la règle d'interdiction: l'illégalité deviendrait impossibilité juridique lorsque les moyens de coercition empêchent matériellement la violation de la norme d'interdiction⁵⁵⁶. La jurisprudence du Tribunal fédéral semble parfois leur donner raison⁵⁵⁷. On arriverait ainsi à cette aberration que le contrat dont l'objet est interdit par la loi serait valable si la loi prévoit des mesures de coercition (cas d'impossibilité), et nul si la loi n'en prévoit pas (cas d'illégalité)!

188. Dans les pays où l'impossibilité objective initiale n'implique pas la nullité de plein droit, l'état de fait est soumis aux règles nationales sur l'invalidation pour erreur essentielle⁵⁵⁸.

S'il fallait renoncer à l'application de l'article 20 alinéa 1 première hypothèse CO dans ce contexte, se poserait alors la question de l'application des règles suisses sur l'erreur essentielle: il est certes étrange d'invalider selon le droit suisse un contrat qui, selon ce même droit, devrait être nul de plein droit, mais il serait pour le moins paradoxal que l'invalidation restât possible dans les Etats où elle est la sanction traditionnelle de l'impossibilité initiale, et fût exclue là où le régime juridique national traditionnel de l'impossibilité est celui, plus radical, de la nullité de plein droit. Les conditions de l'erreur essentielle sur les motifs au sens de l'article 24 alinéa 1 ch. 4 CO seraient réalisées⁵⁵⁹.

On arriverait ainsi à ce paradoxe assez caractéristique des rapports entre droit uniforme et droit national: l'application des règles

⁵⁵⁶ ATF 36 II 193 (199); 40 II 361; ENGEL, p. 188; GUHL, p. 39; BUCHER E, AT, p. 247; VON TUHR/ESCHER, p. 262, note 69; plus critiques KRAMER, ad art. 19-20, n°253; ZIEGLER, p. 118.

⁵⁵⁷ ATF 61 II 242.

⁵⁵⁸ CAYTAS, p. 150.

⁵⁵⁹ Il s'agit en effet d'une erreur portant sur des faits déterminés (l'empêchement objectif d'exécution, par exemple la destruction du corps certain) constituant des éléments nécessaires du contrat, et dont le caractère essentiel était subjectivement reconnaissable par le cocontractant, et qu'il est objectivement justifié de considérer comme essentiel (GAUCH/SCHLUEP, n° 778 ss).

Sur l'invalidation du contrat pour erreur essentielle en cas d'impossibilité initiale *subjective* (qui, d'après la doctrine dominante, ne devrait plus être distinguée de l'impossibilité initiale objective dans le contexte du droit uniforme), voir SCHÖNLE, in: SJ 1977, p. 474.

nationales sur l'erreur essentielle deviendrait possible parce que le contrat ne serait pas nul de plein droit, et le contrat serait valable car le droit uniforme serait applicable au cas du contrat initialement impossible. C'est en somme le droit uniforme qui rendrait applicables les règles nationales sur l'erreur essentielle, et ces règles nationales sur l'erreur essentielle qui permettraient d'éviter l'application du droit uniforme!

Confronté au concours entre l'invalidation pour erreur essentielle et les règles conventionnelles sur l'inexécution, l'acheteur choisira a priori les secondes, qui lui sont plus avantageuses: elles lui permettent de demander la réparation de la lésion de son intérêt positif à l'exécution du contrat, sauf en cas d'exonération de la responsabilité du vendeur, et sans avoir à payer le prix lui-même⁵⁶⁰.

Le *vendeur* peut également être l'errans dans tous les cas où il ne connaissait pas le cas d'impossibilité⁵⁶¹, soit dans la plupart des cas puisqu'il est peu probable que le vendeur ait conclu le contrat en connaissant le cas d'impossibilité. Dans l'hypothèse où il peut s'exonérer de sa responsabilité au sens de l'article 79 CV, il lui sera indifférent d'invalider le contrat pour erreur essentielle ou de laisser l'acheteur le résoudre pour contravention essentielle, la différence pratique étant nulle.

Si, par contre le vendeur ne peut s'exonérer au sens de l'article 79 CV, mais ne connaissait pas le cas d'impossibilité au moment de la

⁵⁶⁰ Reste cependant la question de l'admissibilité de ce concours, Sur cette question, cf. infra n° 250 ss.

⁵⁶¹ Voir SCHÖNLE, in: SJ 1977, p. 475, note 27: les arguments développés par l'auteur pour exclure la qualité d'*errans* du vendeur en cas d'impossibilité initiale subjective ne valent pas en cas d'impossibilité initiale objective: il est reconnaissable pour l'acheteur que la possibilité d'exécution était subjectivement essentielle pour le vendeur (on peut s'engager à vendre une chose appartenant à un tiers, mais s'engager à livrer une chose détruite ou matériellement impossible à livrer n'a aucun sens). Le problème de l'imprévisibilité de la volonté du véritable propriétaire de la chose ne se pose par ailleurs pas en matière d'impossibilité objective. L'objection de l'article 25 CO n'est donc pas fondée a priori.

En cas d'invalidation par le vendeur, le problème de l'admissibilité du concours entre règles uniformes et règles nationales ne se pose pas, aucune règle uniforme ne permettant d'appréhender l'erreur du vendeur.

conclusion du contrat⁵⁶², il aura tout intérêt à invalider le contrat pour erreur essentielle, quitte à indemniser l'acheteur pour la lésion de son intérêt négatif à la non conclusion du contrat (art. 26 al. 1 CO), plutôt que de s'exposer à la réparation de la lésion de l'intérêt positif de l'acheteur à l'exécution du contrat (art. 74ss CV).

Par conséquent, dans la seule hypothèse où la solution du droit suisse et celle du droit uniforme divergent quant aux conséquences pratiques de l'impossibilité initiale, soit lorsque le vendeur ne peut s'exonérer au sens de l'article 79 CV, ce dernier aura tout intérêt à éviter l'application du droit uniforme par une invalidation du contrat pour erreur essentielle. Il est donc parfaitement inopportun de compromettre la logique intrinsèque de la partie générale du droit des obligations suisse en faveur de l'application du droit uniforme, alors que dans la seule hypothèse où cette application aurait une signification pratique, elle peut être écartée par le vendeur à travers les règles nationales, moins adéquates, de l'invalidation pour erreur essentielle.

189. Enfin, même en faisant abstraction de l'échappatoire que constituent les règles nationales sur l'erreur essentielle, le fait que la Convention apporte des solutions satisfaisantes en équité à l'hypothèse de l'impossibilité initiale objective, à travers ses normes sur l'inexécution, n'a de valeur que «*de lege ferenda*», tant qu'il n'y a pas d'accord sur ce point des Etats contractants.

On peut certes regretter que l'introduction du droit uniforme dans les droits nationaux ne soit pas l'occasion de résoudre le problème de l'inégalité de la réparation du dommage de l'acheteur en cas d'impossibilité initiale et en cas d'impossibilité subséquente. Cette occasion n'est cependant propice qu'en apparence: la sanction de la nullité attachée à un contrat est une des sanctions les plus lourdes de l'ordre juridique suisse⁵⁶³. *Il serait choquant qu'une sanction aussi lourde soit prononcée à l'encontre des contrats internes alors que le même contrat en matière internationale serait valable.* Pour louable que soit le souci de l'uniformisation internationale du droit de la vente, il faut en reconnaître les limites: «*Il y a de certaines idées d'uniformité*

⁵⁶² Soit parce que l'impossibilité est due à un fait dépendant de sa volonté, soit parce que le vendeur aurait dû prendre en considération l'hypothèse de l'impossibilité au moment de la conclusion du contrat.

⁵⁶³ Voir ENGEL, p. 180, qui distingue l'acte inexistant, l'acte nul, et l'acte annulable. Il convient d'y ajouter l'acte sujet à résolution.

qui saisissent quelquefois les grands esprits (...) la grandeur du génie ne consisterait-elle pas mieux à savoir dans quel cas il faut l'uniformité, et dans quel cas il faut des différences ?»⁵⁶⁴. Cette casuistique doit être notamment guidée par l'impératif de cohérence intrinsèque de l'ordre juridique des Etats contractants. L'article 20 alinéa 1 CO, et en particulier l'hypothèse de l'impossibilité initiale objective, est lié à une longue et riche tradition juridique. Cette tradition n'est pas forcément figée, mais son évolution doit impliquer tous les contrats soumis à l'ordre juridique suisse, qu'il s'agisse de contrats internes ou de contrats internationaux, qu'il s'agisse de contrats de vente ou d'autres types de contrats.

190. Dans l'hypothèse contraire où le régime de l'impossibilité objective initiale serait différent en droit uniforme et en droit national suisse, on arriverait en effet à des situations absurdes, dans lesquelles le droit semblerait avoir perdu toute logique, frappant des contrats de nullité absolue, en épargnant d'autres, au gré de ses caprices souverains.

La validité du contrat dépendrait ainsi d'éléments subjectifs tels que la reconnaissabilité de son caractère international (art. 1 al. 2 CV) ou la connaissance de l'affectation de la marchandise (art. 2 let. a CV). On peut par exemple imaginer le cas d'un contrat de vente internationale portant sur une voiture, corps certain détruit avant la conclusion du contrat: le contrat serait valable si la voiture était acquise à des fins professionnelles (par exemple pour être revendue), il serait nul de plein droit si la voiture était acquise à des fins personnelles, et si le vendeur le savait ou devait le savoir⁵⁶⁵! S'agissant d'un contrat de fourniture de marchandises, le contrat serait valable si la partie qui commande a fourni cinquante et un pour cent des éléments matériels nécessaires à cette production, nul si elle n'en a fourni que quarante neuf pour cent⁵⁶⁶! En cas d'élection de droit des parties en faveur du droit uniforme, se poserait la question du statut de cette clause contractuelle: le contrat serait valable s'il s'agit d'une élection de droit au sens du droit international privé (cas soumis au droit uniforme comme droit applicable au contrat), nul de plein droit s'il s'agit de la

⁵⁶⁴ MONTESQUIEU, l'Esprit des lois, XXIX, 18.

⁵⁶⁵ Le droit uniforme étant inapplicable en vertu de l'art. 2 let. a CV.

⁵⁶⁶ Le droit uniforme étant inapplicable en vertu de l'art. 3 al. 1 CV.

simple incorporation des règles conventionnelles dans le contrat, une telle incorporation matérielle étant soumise aux limites de la liberté contractuelle que l'article 19 CO reconnaît aux parties⁵⁶⁷. Ces «*caprices*» de la loi, dont les exemples pourraient être multipliés, ne sont pas admissibles, et compromettent la cohérence globale des principes généraux du droit des obligations suisse.

Si les conséquences de la nullité de plein droit en matière d'impossibilité initiale objective sont critiquables, il appartient à la jurisprudence des tribunaux suisses, inspirés de la doctrine, de restreindre le champ d'application de l'article 20 alinéa 1 CO⁵⁶⁸. Une motivation de cette évolution jurisprudentielle peut être l'influence du droit uniforme⁵⁶⁹. Mais cette évolution doit concerner tous les contrats soumis à l'ordre juridique suisse, afin d'éviter l'écueil d'une nullité de plein droit à géométrie variable.

C. Conclusion

191. Pour séduisante qu'elle soit *a priori*, la thèse de la validité du contrat initialement impossible en droit uniforme (n° 174 ss) nous paraît aller au-delà de ce que permet l'interprétation de l'article 4 CV (n° 180 à 186).

Elle est surtout inopportune pour trois raisons:

- elle poserait des problèmes de distinction entre impossibilité juridique et illicéité (n° 187);
- l'uniformisation recherchée serait de toute façon compromise par l'application des règles nationales sur les vices du consen-

⁵⁶⁷ Sur cette question, cf. supra n° 129 ss.

⁵⁶⁸ Une telle évolution se dessine d'ores et déjà, inspirée notamment de la doctrine autrichienne. Voir à ce sujet KRAMER ad art 19- 20, n° 239, et DROBNIG in: AJCL 1992, p. 641, note 19, au sujet de la révision du droit des obligations en Allemagne, et du projet Unidroit de codifications des principes applicables aux contrats du commerce international. L'article 3. 10 du projet Unidroit de codification des Principes pour les contrats du commerce internationale (AJCL 1992, p. 703) écarte également l'impossibilité initiale des causes d'invalidité, mais au moins ces principes sont-ils censés s'appliquer à tous les contrats, et non aux seules ventes de marchandises.

⁵⁶⁹ Cf. BUCHER E., in: Berner Tage, p. 49.

tement. Quitte à appliquer le droit national, mieux vaut appliquer la règle topique en la matière (n° 188);

- enfin et surtout, la différence entre contrat interne et contrat international ne justifie pas une telle différence dans le régime de la validité. Point n'est besoin de recourir à Montesquieu pour ressentir les dangers d'un droit capricieux, frappant aveuglément de nullité certains contrats et en épargnant d'autres (n° 189 à 190).

Si le principe de l'article 20 alinéa 1 première hypothèse CO doit faire l'objet d'une évolution jurisprudentielle dans un sens restrictif, il est souhaitable que cette évolution concerne tous les contrats et non exclusivement les contrats de vente internationale, le mirage de l'uniformisation dût-il y perdre un peu de sa matérialité.

III. ILLICÉITE ET CONTRARIÉTÉ AUX BONNES MOEURS: ENTRE NATIONALISME ET UNIVERSALITÉ

A. Un déficit d'uniformisation

a. *L'uniformisation compromise: constat et interrogation*

192. Si l'hypothèse du contrat initialement impossible est intéressante par ce qu'elle révèle des rapports entre droits nationaux et droit uniforme, elle n'en reste pas moins marginale dans un domaine où la détermination de l'objet du contrat par son genre est plus fréquente, et ne risque donc guère de compromettre pratiquement l'application uniforme du droit conventionnel.

Le véritable échec de cette uniformisation, à la fois cuisant et inévitable, réside plutôt dans le rapport du droit uniforme avec les règles impératives du droit national applicable à titre supplétif, soit dans la réserve que comprend l'article 4 lettre a CV quant à l'invalidité du contrat pour cause d'illicéité (art. 20 al. 1 deuxième hypothèse CO). Cette brèche dans la logique de l'uniformisation est élargie encore par la nécessaire prise en compte des conceptions éthiques nationales, à travers la règle de l'invalidité en cas de contrariété aux bonnes moeurs (art. 20 al. 1 troisième hypothèse CO).

193. Cet échec est cuisant à plus d'un titre:

- Alors que le respect de la règle nationale relative à l'invalidité du contrat en cas d'impossibilité initiale objective n'implique la prise en compte par le juge que d'une norme nationale déterminée, la réserve de l'illicéité et des bonnes moeurs ouvre la porte à un nombre indéterminé de règles impératives nationales suisses ou étrangères, de droit privé ou public, cantonales ou fédérales, actuelles ou à venir, et sur un nombre tout aussi indéterminé de conceptions éthiques nationales.
- Les dispositions impératives nationales sont l'expression de la volonté la plus affirmée des législateurs nationaux en matière de politique économique et monétaire, de préservation des équilibres contractuels, de politique sociale et sanitaire. Là où le droit se fait plus volonté que raison, les particularismes nationaux s'accroissent et, dans la mesure où le droit uniforme renonce à combler ces fossés juridiques, le rêve de l'uniformi-

sation s'estompe. Face à la diversité des règles nationales impératives et des conceptions locales des bonnes mœurs, le principe de l'application uniforme de l'article 7 CV fait figure de voeu pieux.

- L'utilité même d'une codification uniforme devient douteuse si cette codification s'incline devant les règles nationales impératives: dans les limites nationales de la liberté contractuelle, l'uniformisation du droit dispositif est d'ores et déjà en grande partie réalisée par la mondialisation du commerce⁵⁷⁰, qui engendre une mondialisation des pratiques contractuelles, phénomène couramment appréhendé par le concept de *lex mercatoria*. C'est aux confins de cette liberté contractuelle que le développement naturel de ces pratiques uniformes se heurte aux «*obstacles juridiques*» que le droit conventionnel se donne pour objectif de supprimer⁵⁷¹. Cette ambition n'est guère compatible avec la réserve dont il fait preuve à l'égard des limites nationales de la liberté contractuelle.
- Face aux forteresses nationales du droit impératif et des bonnes mœurs, c'est toute la philosophie libérale dont fut imprégnée l'élaboration de la Convention qui capitule: les promesses de l'article 6 CV ne sont pas tenues, et la liberté matérielle des parties connaît les limites (garde-fous diront les uns, entraves préféreront les autres) traditionnelles des droits nationaux. «*On croit rêver*» s'exclame un auteur⁵⁷², «*c'est un cauchemar*» répond un second⁵⁷³.

⁵⁷⁰ Voir supra n° 17 ss.

⁵⁷¹ Préambule de la Convention, troisième considérant, selon lequel le droit uniforme doit «contribuer à l'élimination des obstacles juridiques aux échanges internationaux». Conformément à l'art. 31 al. 2 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (RS 0. 111), ce préambule doit être l'un des éléments d'interprétation de la Convention. EVANS in: BIANCA/BONELL, ad preambule, n° 3.1 est cependant dubitatif quant au rôle pratique de ce préambule.

⁵⁷² FOUCHARD, in: CV et Incoterms, p. 158: «on croit rêver: le libéralisme affiché par la Convention n'est qu'illusion, trompe l'oeil: à quoi bon s'effacer devant ce qu'on ne valide pas».

Le rapport entre l'art. 6 CV et l'art. 4 let. a CV semble échapper à certains auteurs: voir par exemple THIEFFRY in: DPCI, p. 383.

⁵⁷³ SCHLECHTRIEM in: PJA 1992, p. 352: «Diese Bestimmung ist von ausserordentlicher Tragweite und könnte sich als ein cauchemar für die Anwendung des Einheitskaufrechts und die erreichte Rechtsvereinheitlichung erweisen».

194. Pourtant (et presque pour les mêmes raisons), cet échec relatif de l'uniformisation était inévitable. Le projet Unidroit de codification des principes applicables aux contrats du commerce international⁵⁷⁴ s'incline également en son article 3.20 devant les droits impératifs nationaux et les conceptions nationales des bonnes moeurs: «*These principles do not deal with an invalidity arising from (...) immorality or illegality*». Cette question est abandonnée au droit interne applicable selon les règles de conflit⁵⁷⁵. Le projet de loi uniforme sur la validité des contrats de vente internationale n'était guère plus aventureux⁵⁷⁶. La réserve de la validité du contrat en général et de la nullité pour cause d'illicéité ou de contrariété aux bonnes moeurs en particulier est en outre le fruit, un peu amer, de la volonté des promoteurs du droit uniforme d'en circonscrire la matière pour ne pas compromettre la théorie générale du droit des obligations de chaque Etat contractant, et de limiter les ambitions de l'uniformisation à des contrats particuliers⁵⁷⁷. La fragilité d'une unification fragmentaire est particulièrement frappante dans le cadre de ces rapports entre droit uniforme et droit national impératif, puisque la préservation de la partie générale du droit des obligations, qui implique le respect des règles sur la nullité en cas d'illicéité, appelle l'application de l'ensemble des dispositions nationales impératives, y compris les dispositions de la partie spéciale du droit des obligations. Le «*gleichförmiges Gesetzrecht*» de RABEL⁵⁷⁸

⁵⁷⁴ AJCL 1992, vol. 40, n° 3, p. 703.

⁵⁷⁵ DROBNIG, in: AJCL 1992, p. 642.

⁵⁷⁶ Art 2 du projet: «*Die Bestimmungen der folgenden Artikel schliessen nicht aus, dass ein Vertrag oder einzelne Vertragsbestimmungen nach der anwendbaren Rechtsordnung aus anderen Gründen materiell ungültig sind, insbesondere wegen Rechts- oder allgemeiner Sittenwidrigkeit...*» (RabelsZ 32 (1968), p. 343. Voir à ce sujet ZWIEGERT, DROBNIG, EINMAHL, FLESSNER, KÖTZ, p. 207, selon lesquels l'unification du droit en la matière est exclue en raison des divergences de conception et de but en matière de politique, d'éthique et de politique économique.

L'art. 8 EKG excluait également du champ d'application de la loi uniforme la question de la validité du contrat.

⁵⁷⁷ REINHART, *Entspräche das Kaufrecht der Vereinten Nationen den Erwartungen Ernst Rabels?* p. 358.

⁵⁷⁸ Cf. supra n° 7.

manque d'étanchéité et le rôle supplétif du droit national (et par là sa désignation par les parties au contrat) apparaît essentiel⁵⁷⁹.

b L'article 20 alinéa 1 deuxième et troisième hypothèse dans le contexte du droit uniforme

195. Le principe de l'invalidité du contrat illicite est régi par le droit applicable au contrat selon les règles de droit international privé du for, qui peut être soit le droit choisi à titre supplétif par les parties au contrat, soit le droit désigné par les règles de rattachement objectif du for⁵⁸⁰. La validité du contrat est régie par le statut contractuel même si ce statut contractuel est déterminé par les parties, à travers une élection de droit⁵⁸¹. La validité d'un contrat comportant une élection de droit suisse doit donc être examinée au regard de l'article 20 alinéa 1 CO, même si la conclusion de cet examen est l'invalidité totale du contrat, y compris de l'élection de droit⁵⁸².

L'article 4 lettre a CV écarte du champ d'application matériel de la Convention la question de la validité du contrat *ou de ses clauses*. La nullité partielle du contrat relève donc également du droit national supplétif. Le caractère de nullité partielle ou totale du contrat est régi par la règle nationale applicable en la matière, soit, si le droit suisse est le droit national supplétif, par l'article 20 alinéa 2 CO⁵⁸³.

⁵⁷⁹ Et non un «unerwünschter Notbehelf», ainsi que le souhaitait RABEL.

⁵⁸⁰ HOYER in: HOYER/POSCH, p. 39; MERTENS/REHBINDER, ad art. 8 EKG, n° 4; HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 6 n° 28; SCHLECHTRIEM in: Berner Tage, p. 110; LOEWE, ad art. 4. Voir cependant STOLL, in: FS Ferid (1988), p. 502. L'opinion de cet auteur nous paraît erronée en ce qu'elle réintroduit une scission du droit applicable au contrat.

⁵⁸¹ KNOEPFLER in: Cedidac, p. 85; Répertoire de droit international privé, tome I, n° 67 ss; LESGUILLON, Tome I, n° 5. Le principe selon lequel la licéité du contrat se détermine en fonction de la loi du contrat fut définitivement établi dans la jurisprudence suisse par l'arrêt Chevalley (ATF 78 II 74, Rev. crit. 1953, p. 390, note Flattet), mettant fin au système dit «de la grande coupure» (Voir AUBERT, Les contrats internationaux dans la doctrine et la jurisprudence suisse, Rev. crit. 1962, pp. 19 ss). Ce principe est exprimé de façon expresse dans les Conventions récentes en matière de droit international privé: voir art. 8 al. 1 CR; art. 10 al. 2 CLH-86. En droit allemand, cf. REITHMANN, n° 162.

⁵⁸² Sur le «raisonnement circulaire» qu'implique toute solution contraire, cf. PELICHET, p. 125.

⁵⁸³ ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH, ad art. 4, n° 6.1.

196. Lorsque le droit suisse est applicable à titre supplétif à un contrat soumis au droit uniforme, ce contrat est frappé de nullité totale ou partielle si son contenu, sa conclusion ou son but viole une disposition impérative du droit privé ou public *suisse*, cantonal ou fédéral, à condition que la sanction de la nullité résulte soit du texte, soit du sens et du but de la disposition violée⁵⁸⁴.

L'application de l'article 20 alinéa 1 deuxième hypothèse CO va à contre-courant de la logique de l'universalité du droit et de l'application uniforme des règles conventionnelles, puisque seule l'application du droit impératif suisse est prise en considération. Cette règle du droit suisse doit cependant être tempérée par le contexte international qu'implique l'application du droit uniforme: même lorsque la *lex causae* est le droit suisse, des dispositions impératives étrangère doivent être prises en compte par le juge suisse lorsque les conditions de l'article 19 LDIP sont réalisées.

197. L'application de l'article 20 alinéa 1 deuxième hypothèse CO à un contrat de vente internationale n'est-elle pas contrecarrée par l'autonomie de la volonté des parties? En particulier peut-on parler d'impérativité des dispositions du droit suisse lorsque les parties ont la possibilité de les écarter à travers un «*dépeçage du contrat*», soit le choix d'une loi plus libérale pour la question faisant l'objet de la règle impérative?

La possibilité d'un dépeçage du contrat, admise par la doctrine suisse⁵⁸⁵, ne doit pas aboutir à soustraire le contrat à toute loi⁵⁸⁶, à donner une prime excessive à l'astuce du rédacteur du contrat, à méconnaître l'équilibre global des législations nationales: «*Il est impossible d'écarter une règle impérative de la loi choisie, même en lui substituant une règle empruntée à une autre loi: obligées de se référer à une législation «de confection», les parties ne sauraient se tailler un statut «sur mesure»*»⁵⁸⁷. Quoi qu'il en soit, le statut contractuel, même

⁵⁸⁴ ATF 88 II 320; 62 II 108; 80 II 327; GAUCH/SCHLUEP, n° 500 ss; ENGEL, p. 89; OR-HUGUENIN, ad art. 20, n° 15; KRAMER, ad art. 19-20, n° 132.

⁵⁸⁵ Cf. supra n° 118.

⁵⁸⁶ Cf. VISCHER, General Course, p. 141, qui souligne le risque que les parties parviennent, par le biais du dépeçage du contrat, à un «contrat sans loi»: «This results, in fact, in a «contrat sans loi»...».

⁵⁸⁷ MAYER, p. 427, n° 698a. Dans le même sens VISCHER, General Course, p. 141 et Das international Vertragsrecht, n° 4, selon lequel le dépeçage du contrat doit

«*sur mesure*» ne saurait remettre en cause l'impérativité des lois d'application immédiate au sens de l'article 18 LDIP⁵⁸⁸.

198. Certains auteurs profitent du renouveau suscité par l'introduction du droit uniforme dans les législations nationales pour proposer un régime particulier pour les contrats internationaux, qui ne seraient pas soumis à toutes les règles impératives de l'ordre juridique supplétif, mais uniquement à ses lois d'application immédiate⁵⁸⁹. L'argument qu'ils font valoir est que ce qui est admissible pour le juge du for lorsqu'un droit étranger est applicable devrait l'être lorsque s'applique le droit national. Cette approche ne trouve en tout cas pas d'appuis dans le texte du droit uniforme, puisque l'article 4 lettre a CV exclut que la Convention puisse avoir un impact sur la validité du contrat. Au contraire cette disposition montre-t-elle qu'il n'existe pas de consensus international sur la notion de validité du contrat international.

199. Comme l'illicéité, et à l'encontre de l'ambition universaliste du droit uniforme, les bonnes moeurs au sens de l'article 20 alinéa 1 troisième hypothèse CO sont traditionnellement de nature nationaliste, le juge suisse devant tenir compte des coutumes sociologiques, ethnologiques et morales régnant en Suisse, *quel que soit le droit applicable*⁵⁹⁰, la nationalité des parties et le lieu de conclusion et d'exécution

correspondre à des domaines contractuels distincts. De façon générale, l'autonomie de volonté des parties trouve sa limite dans l'interdiction de l'abus de droit (KNOEPFLER in: Ceditac, p. 86). Le risque d'une «immunité législative du contrat» à travers la pratique du dépeçage est notamment dénoncé par EKELMANS, au sujet de l'art. 3 al. 1 CR. Voir en outre KAUFMANN-KOHLER, p. 265: «Toutefois le dépeçage ne doit ruiner ni la cohérence du contrat, ni l'autorité de la loi». Plus subtile qu'un dépeçage artificiel du contrat, et moins choquante du point de vue de l'équité, est la possibilité pour les parties d'élire un droit conditionnellement, la condition pouvant être la validité du contrat selon ce droit: SCHWANDER, Zur Rechtswahl, p. 480.

⁵⁸⁸ Par définition, ces règles impératives nationales s'appliquent indépendamment du statut contractuel. Voir notamment EKELMANS, p. 152, au sujet de l'art. 7 CR.

⁵⁸⁹ Voir AUDIT in: CV et Incoterms, p. 24, qui considère que les règles françaises restrictives quant aux clauses contractuelles de limitations de responsabilité en cas de défaut de la chose ne devraient pas s'appliquer en matière internationale, même si le droit supplétif applicable est le droit français.

⁵⁹⁰ ZUFFEREY-WERRO, n° 900. Voir cependant KNOEPFLER, in: Ceditac, p. 85 et Répertoire de droit international privé, Tome I, p. 39 n° 70, selon lesquels la contrariété aux bonnes moeurs devrait être appréciée selon la *lex causae*. Telle

du contrat: «le juge doit donner une appréciation fondée sur les conceptions morales reçues au sein de la population du ressort d'où il siège»⁵⁹¹. Certes, les développements récents d'une «*lex mercatoria*» supranationale, la place laissée par le droit uniforme aux usages internationaux, et la mondialisation du commerce peuvent laisser penser que les bonnes moeurs en matière commerciale tendent à s'universaliser. Que l'on songe cependant aux disparités des conceptions nationales sur des sujets comme les intérêts moratoires, prévus à l'article 78 CV, mais sans qu'une détermination du taux ait été possible, en raison de réticences d'ordre religieux⁵⁹². De même l'admissibilité de l'objet du contrat peut être très diversement appréciée par les différents Etats contractants⁵⁹³. L'ambition de l'uniformisation bute ici sur des obstacles de nature culturelle et historique difficilement contournables.

200. L'application de l'article 20 alinéa 1 troisième hypothèse CO à des contrats soumis au droit uniforme, rendue nécessaire par la réserve de l'article 4 lettre a CV, compromet pour le moins l'objectif d'uniformisation de la Convention: le nationalisme du concept de bonnes moeurs, plus prononcé que celui du concept d'illicéité, puisqu'il ne s'embarrasse pas même de la détermination du droit applicable à titre supplétif, risque de réintroduire des pratiques de «*Forum shopping*» parfaitement incompatibles avec l'idée même de l'uniformisation du droit matériel⁵⁹⁴.

est la solution du droit allemand: cf. REITHMANN, n° 168. A notre avis un contrat contraire aux moeurs suisses mais pas aux moeurs étrangères devrait être déclaré nul par le juge suisse même si le droit étranger est applicable, l'application du droit étranger pour cette question étant contraire à l'ordre public suisse au sens de l'art. 18 LDIP. A l'inverse, le juge suisse doit tenir compte de la conception étrangère des bonnes moeurs quelque soit la *lex causae*, en vertu de l'art. 19 LDIP. A fortiori lorsque le droit étranger est applicable, le juge suisse ne saurait se contenter d'une détermination de la conformité du contrat aux bonnes moeurs à la lumière de l'éthique suisse, et doit tenir compte des conceptions étrangères en la matière.

⁵⁹¹ ATF 94/1968 II 16.

⁵⁹² NICHOLAS in: BIANCA/BONELL, ad art. 78, n° 168.

⁵⁹³ ZUFFEREY-WERRO, n° 886 ss.

⁵⁹⁴ AUDIT, p. 49.

B. L'application des règles impératives nationales

a. Les règles impératives du droit national supplétif

201. Les règles impératives du droit national supplétif désigné par les règles de conflit du for s'appliquent en leur qualité de *lex causae*. En droit international privé suisse (art. 13 LDIP), le droit applicable comprend toutes les dispositions applicables à la cause, y compris les dispositions impératives⁵⁹⁵. Si la Convention de Vienne est applicable, elle fait également partie de la *lex causae*. Certes, l'article 4 lettre a CV réserve-t-il au droit national supplétif la question de la validité du contrat, et donc l'impérativité de certaines règles nationales. L'intégration de la Convention de Vienne dans la *lex causae* n'est cependant pas sans effet sur l'applicabilité de ces règles impératives. Au sein de la *lex causae*, il faut donc distinguer le caractère impératif d'une règle de droit et son applicabilité au cas d'espèce.

202. En général, les règles impératives qui s'appliquent au contrat de vente mobilière règlent des questions qui dépassent le domaine d'application du droit uniforme (par exemple l'interdiction de l'anatomisme en droit suisse⁵⁹⁶) ou s'insèrent de façon harmonieuse dans le

⁵⁹⁵ «La loi du contrat, qu'elle soit désignée par les parties, au moyen de la règle de conflit du juge saisi du litige, ou par l'arbitre, comporte certes des règles impératives dont l'application au contrat va de soi» (JACQUET, p. 92). Voir également VISCHER, *General Course*, p. 181, qui considère que les règles impératives étrangères devraient toutes être soumises aux critères d'application de l'art. 19 LDIP, qu'elles appartiennent à la *lex causae* ou non. L'auteur admet cependant que cette solution ne correspond pas au texte des art. 13 et 19 LDIP. Le juge doit en effet appliquer la *lex causae* comme si elle était la *lex fori*: SCHWANDER, n° 404 et 416. En droit allemand, voir REITHMANN, n° 338 ss; en droit français, MAYER, p. 427. Comme l'indique l'art. 13 al. 2 LDIP, La *lex causae* comprend également les dispositions de droit public, source importante de règles impératives (ainsi les règles de prohibition d'exportation peuvent être constitutives d'un cas d'illicéité, si elles émanent de l'Etat dont la loi est applicable; voir à ce sujet VISCHER in: Ceditac, p. 22); MESSAGE concernant la LDIP, n° 214.2 et les références citées; Voir cependant VISCHER, in: Ceditac, pp. 21 ss.

⁵⁹⁶ Art. 105 al. 3 CO. Le droit uniforme prévoit l'obligation de payer des intérêts de retard sur le prix ou toute autre somme due (art. 78 CV), sans en déterminer le taux. Au regard du droit suisse serait nulle la clause contractuelle prévoyant l'exigibilité d'intérêts sur ces intérêts de retard. Autre exemple d'une règle

droit uniforme (par exemple l'article 199 CO⁵⁹⁷ qui rend nulle une exclusion de garantie en cas de dol du vendeur, et qui peut s'appliquer à la garantie du droit uniforme comme il s'appliquait traditionnellement à la garantie des articles 197 ss CO⁵⁹⁸). En ce sens le droit impératif national peut-il *servir* le droit uniforme en le rendant impératif.

203. Il se peut cependant que l'application de la règle impérative soit *affectée par le droit uniforme*: tel est le cas lorsque la règle impérative fait appel aux principes généraux ou implique une appréciation de la clause contractuelle à l'aune du régime légal applicable: un exemple en est fourni par l'article 8 LCD⁵⁹⁹, concernant des conditions générales qui «*dérogent notablement au régime légal applicable*». Dans cette hypothèse, le droit uniforme (et ses principes généraux au sens de l'article 7 CV) devient le mètre étalon de la liberté contractuelle des parties⁶⁰⁰. Plus complexes, mais également à ranger dans cette catégorie, sont les cas où l'application aveugle de la règle impérative reviendrait à demander au juge d'être plus sévère avec les parties que ne l'a

impérative suisse s'appliquant aux contrats de vente mobilière mais dépassant le domaine d'application du droit uniforme: l'art. 157 CO.

⁵⁹⁷ Sur la validité des exclusions ou limitations contractuelles de garantie, voir en droit allemand le par. 476 BGB (HUBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 45, n° 62); en droit français, voir ROBINE in: CV et Incoterms, p. 122; En droit américain voir UCC Section 2-316. Selon HONNOLD cependant, cette disposition s'inscrit dans le cadre de l'interprétation de la volonté des parties et doit s'effacer devant l'art. 8 CV (HONNOLD n° 232 à 235).

En droit suisse, une clause nulle au sens de l'art. 199 CO est une clause illicite au sens de l'art. 20 CO, applicable de par la réserve de l'art. 4 let. a CV. Point n'est donc besoin de passer par les vices de consentement comme semble l'indiquer CHAUDET, p. 91.

⁵⁹⁸ Voir également l'art. 192 al. 3 CO. Dans cette catégorie peuvent également être rangées toutes les normes impératives relatives à l'objet du contrat (par exemple l'interdiction de l'absinthe, du commerce de stupéfiant, de combustibles nucléaires et de résidus radioactifs, etc...).

⁵⁹⁹ Dans la mesure où l'art. 8 LCD est applicable à un contrat soumis au droit uniforme. Sur cette question, cf. infra n° 214.

⁶⁰⁰ La même règle vaut en droit allemand pour le par. 9 II AGBG, selon lequel: «Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit *wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung*, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist».

été le législateur international, et à rendre nulle une clause contractuelle qui ne ferait que confirmer le droit positif applicable: ainsi l'application de l'article 100 CO, par le renvoi de l'article 4 lettre a CV à l'article 20 alinéa 1 deuxième hypothèse CO, ne saurait rendre nulle une clause contractuelle *excluant toute responsabilité du vendeur pour les dommages imprévisibles, même en cas de faute grave*, puisque telle est la solution du droit uniforme lui-même⁶⁰¹. Une telle clause, nulle en droit national suisse⁶⁰², doit être considérée comme valable dans le contexte de l'application du droit uniforme, sous peine d'arriver au résultat aberrant d'une *lex contractus* qui serait à la fois conforme au droit positif et nulle de plein droit!

204. On peut enfin imaginer l'hypothèse d'une règle impérative de la *lex causae* qui serait *contraire au droit uniforme*. Si un tel conflit reste exceptionnel en droit suisse, cette question peut se poser avec plus d'acuité lorsque la *lex causae* est le droit d'un Etat de tradition moins libérale que la Suisse. Certes, toute disposition impérative est par nature contraire à l'article 6 CV, mais ce conflit est expressément tranché en faveur du droit national, en vertu de l'article 4 lettre a CV. Quid par contre de dispositions nationales impliquant une solution substantiellement contraire au régime légal instauré par le droit uniforme (par exemple en posant une exigence de forme incompatible avec

HERBER/CZERWENKA, ad art. 6, n° 17; CZERWENKA, p. 107; HUBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 45, n° 63; DETZER, p. 2379. Comme le souligne HOPT, p. 1338, il faut distinguer ce problème de validité du contrat lié au contrôle du contenu de la clause des conditions générales, et le problème de l'intégration des conditions générales, soumis au principe de la confiance de l'art. 8 CV.

De façon plus générale, voir SCHLECHTRIEM, Uniform Sales Law, note 38b: «If, However domestic provision use «indefinite concepts» such as «unconscionable» or «treuwidrig», the contractual clause should be measured by CISG and not by domestic Law».

⁶⁰¹ Selon l'art. 74 CV, la responsabilité des parties est limitée au dommage prévisible. Sur cet exemple, voir SCHLECHTRIEM, Uniform Sales Law, note 38b.

⁶⁰² Toute dérogation contractuelle au régime légal ordinaire est nulle en cas de faute grave (GAUCH/SCHLUEP, n° 2809). Or, en droit national suisse, la réparation du dommage n'est pas limitée par sa prévisibilité, mais uniquement par la condition d'un rapport de causalité adéquate entre la violation de l'obligation contractuelle préexistante et le dommage. Sur la différence entre prévisibilité et causalité adéquate, voir DESSEMONTET, p. 79, et néanmoins infra n° 270.

l'article 11 CV, dans un Etat où aucune réserve au sens de l'article 96 CV n'a été émise⁶⁰³ ou en rendant nulle toute dérogation à un droit qu'accorde le droit national, mais pas le droit uniforme⁶⁰⁴?

205. Il faut distinguer l'*effet de nullité* de la règle impérative, réservé par l'article 4 lettre a CV, et son *applicabilité* au cas d'espèce. Trois arguments plaident pour la priorité du droit uniforme sur une règle nationale impérative qui le contredirait:

- S'agissant du conflit entre une Convention internationale et une loi fédérale, la tendance la plus récente de la jurisprudence et de la doctrine suisse va dans le sens de la primauté du droit international, en tout cas lorsque la Convention internationale est postérieure à la loi fédérale, de façon plus contestable lorsque le législateur national adopte en connaissance de cause des dispositions contraires aux règles issues du droit international⁶⁰⁵.
- Les principes applicables en matière conflit de règles internes⁶⁰⁶ confirment cette solution: le droit uniforme est une «*lex poste-*

⁶⁰³ En droit suisse, des exigences de forme incompatibles avec l'art. 11 CV se trouvent notamment aux art. 198 CO (garantie dans le commerce du bétail), 226a al. 1 CO (vente par acomptes), et 227a al. 2 CO (vente avec paiements préalables).

Un autre exemple de contradiction entre le droit national et le droit uniforme est donné par MOULY, in: CV et Incoterms, p. 79, au sujet de la règle française de la nullité d'un contrat dont le prix n'est pas déterminé. Cet exemple pose les problèmes supplémentaires de la distinction entre formation du contrat et validité du contrat, et de la contradiction du droit uniforme entre les art. 14 et 55 CV (sur cette question, cf. MOULY, in: CV et Incoterms, pp. 72 ss; BUCHER E. in: Mélanges Piotet, pp. 371 ss).

⁶⁰⁴ Voir par exemple l'art. 226c al. 1 CO: le droit suisse aménage un droit de renonciation à l'acheteur. Tel n'est pas le cas du droit uniforme (sous réserve des art. 15 et 16 CV). Si le contrat est soumis au droit uniforme, l'acheteur n'a donc pas de droit de renonciation dont l'exclusion contractuelle pourrait être considérée comme nulle au sens de l'art. 226c troisième phrase CO.

⁶⁰⁵ WILHELM, p. 182; CAFLISCH, Pratique suisse 1985 in: ASDI 1986 XLII, p. 56: «selon la jurisprudence et la doctrine dominante, le droit international conventionnel prime le droit interne». Voir les références citées par l'auteur, et notamment ATF 109 Ib 173, c 7b.

⁶⁰⁶ Soit notamment les principes de spécialité et de postériorité: Voir SCHLECHTRIEM, Einheitliches UN-Kaufrecht, p. 14; ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH ad art. 2, n° 2.

rior» par rapport aux règles impératives nationales, il est également une «*lex specialis*» dans la mesure où il prend en compte l'internationalité du contrat⁶⁰⁷.

- Enfin, l'article 4 lettre a CV rend applicable les dispositions impératives nationales sous réserve des dispositions expresses contraires de la Convention⁶⁰⁸. Une disposition conventionnelle contraire à une règle impérative nationale doit être considérée comme une disposition contraire expresse de la Convention, et la question échappe au droit national supplétif.

Ne sont donc pas applicables les dispositions nationales impératives qui s'inscrivent en contradiction avec des dispositions expresses du droit uniforme. Or, ce n'est que si la règle impérative nationale est applicable que l'article 4 lettre a CV en réserve l'effet de nullité.

206. Un tel conflit entre droit uniforme et disposition nationale impérative est exceptionnel en droit suisse et risque de se présenter au juge suisse essentiellement dans le cadre de l'application d'un droit national étranger désigné par les règles de conflit comme droit national supplétif. Le droit suisse offre cependant quelques exemples où un tel conflit pourrait se présenter: ainsi le principe de la liberté de la forme consacré à l'article 11 CV fait-il échec à l'application des articles 226 a alinéa 1 et 227 a alinéa 2 CO⁶⁰⁹, dans la mesure où la Suisse n'a pas émis de réserve au sens de l'article 96 CV⁶¹⁰. De même l'article 226 c

⁶⁰⁷ SCHLECHTRIEM, *Einheitliches UN-Kaufrecht*, p. 14: «...dass das Einheitskaufrecht als jüngerer und spezielleres Gesetz Vorrang hat»; HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 2, n° 18; ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH ad art. 2, n° 2. Sur l'application de ces principes applicables en matière de conflit de règles internes dans les rapports entre une Convention et une loi fédérale, cf. WILHELM, p. 182 et 183.

⁶⁰⁸ Dans cette optique, voir par exemple MOULY, in: CV et Incoterms, p. 79, au sujet de la règle française de la nullité des contrat dont le prix n'est pas déterminé (en cas de référence au «prix du marché»). D'après cet auteur, les art. 14 et 55 CV sont des «dispositions expresses qui retirent à la loi nationale toute compétence en ce domaine».

⁶⁰⁹ Un tel conflit n'apparaît cependant que dans les cas exceptionnels où l'art. 2 let. a CV n'exclut pas l'application de la Convention à une vente à tempéramment. Cf. supra n° 51.

⁶¹⁰ La possibilité d'émettre une telle réserve confirme l'opinion ici défendue: si les dispositions impératives nationales dont la transgression implique la nullité du contrat devaient être applicables sans limites, même lorsqu'elles sont en contra-

alinéa 1 CO, relatif à l'entrée en vigueur du contrat et au droit de renonciation de l'acheteur, est-il incompatible avec les articles 18 alinéa 2 CV, 23 CV (relatifs au moment de la conclusion du contrat), 15 CV et 16 CV (relatifs aux possibilités de rétractation et de révocation)⁶¹¹. Enfin la nullité de clauses contractuelles contraires au régime légal suisse ne saurait être retenue contre des contrats soumis au régime différent du droit uniforme (voir par exemple l'article 226 d alinéa 3 et 4 CO): une clause contractuelle ne saurait être à la fois conforme au régime légal applicable et nulle de plein droit.

207. Dans l'hypothèse où le législateur national adopterait *après l'entrée en vigueur du droit uniforme*, de nouvelles dispositions impératives, par exemple en matière de protection des consommateurs, se poserait avec plus d'acuité encore la question de ce conflit entre des règles impératives nationales et une Convention qui est

diction avec le droit uniforme, les règles nationales en matière de forme s'appliqueraient, au détriment de l'art. 11 CV, sans qu'une réserve à cet égard soit nécessaire. Cette possibilité de réserve illustre a contrario le fait que les dispositions impératives nationales ne sont applicables à un contrat soumis au droit uniforme que dans la mesure où leur champ d'application n'est pas restreint par le droit uniforme.

Voir par ailleurs HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 2, n° 18: «Schreibt dagegen das Verbraucherrecht eine bestimmte Form vor (...) so treten diese gegenüber dem CISG zurück. Das CISG ist das spätere Gesetz und genießt deshalb den Vorrang vor früherem, auch zwingendem deutschen Recht»; ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH ad art. 2, n° 2; KAROLLUS, p. 27; SCHLECHTRIEM in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 11 n° 14.

La même règle vaut pour l'art. 198 CO, inapplicable lorsque le contrat est soumis au droit uniforme.

⁶¹¹ Certains auteurs considèrent cependant que les droits de renonciation de l'acheteur, institués par les droits nationaux de protection des consommateurs, doivent être préservés même si le droit uniforme est applicable au contrat: cf. SCHLECHTRIEM in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, Vor Artt 14-24, n° 3.

C'est là prendre le risque de compromettre l'application uniforme de la Convention, de brouiller les principes de délimitation entre droit uniforme et droit national (principe posé par l'art. 2 let. a CV, et par l'adage *lex posterior derogat priori*), et d'étendre l'application de l'art. 4 let. a CV au-delà de son texte (puisque les droits de révocation ne sont pas des règles de validité), alors même que l'équité ne l'exige pas, puisqu'en vertu de l'art. 4 let. a CV les contrats soumis au droit uniforme ne sont pas typiquement des contrats impliquant une protection des consommateurs.

censée ne pas concerner la validité du contrat. Le droit uniforme ne jouirait alors plus du statut de *lex posterior*, et n'aurait plus forcément celui de *lex specialis*. Il paraît par ailleurs douteux qu'une Convention qui n'est pas censée concerner la validité des contrats puisse figer l'évolution du droit impératif dans son domaine. La jurisprudence du Tribunal fédéral n'a jamais réglé clairement la question du rapport entre une Convention internationale et une loi fédérale postérieure⁶¹². On peut cependant déduire de ces évolutions jurisprudentielles qu'une Convention internationale l'emporte sur une loi fédérale postérieure lorsque cette Convention porte sur un objet à «*vocation internationale*», ce qui est le cas de la Convention de Vienne⁶¹³.

b. L'application du droit impératif n'appartenant pas à la lex causae

208. Les règles impératives d'un droit autre que le droit national supplétifs s'appliquent lorsqu'elles sont des règles d'application immédiate du for⁶¹⁴.

Des règles impératives n'appartenant ni à la *lex causae* ni à la *lex fori* peuvent par ailleurs affecter la validité du contrat. Leur intervention peut être gouvernée par le processus général d'uniformisation internationale du droit, par le droit national applicable, ou par le droit international privé du for.

209. La nécessité de respecter des dispositions étrangères impératives peut découler du mouvement général d'uniformisation internationale du droit, qui ne concerne pas que le domaine de la vente internationale. Ainsi la législation étrangère sur les devises, traditionnellement écartée par la jurisprudence suisse tant sous l'angle de l'illicéité que sous celui de la contrariété aux bonnes moeurs⁶¹⁵, doit désormais

⁶¹² Voir l'étude jurisprudentielle de WILHELM, pp. 187 ss, et en particulier l'arrêt «Schubert» (ATF 99 Ib 99, confirmé notamment in: ATF III V 201 et ATF 112 II 1) qui a battu en brèche le principe de la primauté du droit international, sans avoir été depuis clairement démenti.

⁶¹³ WILHELM, p. 214. Voir cependant HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 2, n° 18 et Vor Art 1-6, n° 36.

⁶¹⁴ Selon un principe généralement admis et exprimé aux art. 18 LDIP, 17 CLH-86 et 7 al. 2 CR.

⁶¹⁵ ERNE p. 12; ATF 68 II 203; 85 II 109.

être prise en compte en vertu de l'article VIIIb du Bretton Wood agreement⁶¹⁶.

De façon plus générale les divers mouvements d'uniformisation régionale du droit, comme celui de la construction européenne, tendent à internationaliser certaines dispositions impératives, notamment en matière de politique économique ou sanitaire, et donc à estomper la distinction entre droit impératif national et droit impératif étranger⁶¹⁷.

210. Selon la «*Schuldstatuttheorie*»⁶¹⁸, la prise en compte du droit impératif étranger dépend des dispositions matérielles de la *lex causae*, sous réserve des dispositions d'application immédiate du for.

Telle fut longtemps l'approche du problème par la jurisprudence et la doctrine suisse: certes, l'illicéité au sens de l'article 20 alinéa 1 deuxième hypothèse CO consiste de jurisprudence constante en la violation d'une règle impérative du droit suisse, à l'exclusion du droit étranger⁶¹⁹. Le caractère restrictif de ce principe fut tempéré par les auteurs et les tribunaux qui considérèrent que la violation du droit étranger peut conduire à la nullité du contrat en droit suisse, non sous

⁶¹⁶ La Suisse a adhéré aux institutions du Bretton Wood (FF 1992 n° 34 V p. 443), ce qui rend caduque la remarque de ERNE à cet égard (ERNE, p. 20). Sur les approches nationales de cette disposition, voir ERNE p. 32, 42, 60 et 73; REITHMANN, n° 363; LESGUILLON, tome I, N° 44. Cette disposition doit être prise en compte dans le cadre du droit uniforme: cf. MERTENS/REHBINDER, ad art. 8 EKG, n°33.

⁶¹⁷ Cf. KROPHOLLER, p. 225. Un exemple plus ponctuel est celui des embargos décrétés par les Nations Unies: les résolutions du conseil de sécurité sont des règles impératives s'imposant aux juges et aux arbitres des Etats membres de l'ONU. Sur cette question, voir Laurence LANDY-OSMAN, L'embargo des Nations Unies contre l'Irak et l'exécution des contrats internationaux, in: DPCI, 1991, vol 17, p. 598.

⁶¹⁸ Sur cette notion, cf. VISCHER, ad art. 19 LDIP, n°6.

⁶¹⁹ KRAMER, ad art. 19-10 OR, n° 162; OR-HUGUENIN, ad art. 20 n° 19; BUCHER E., AT, p. 250; GAUCH/SCHLUEP, n° 654; VON BÜREN, 111: «Ganz ohne Bedeutung ist das ausländische Recht».

Ce principe, ressortissant au droit national, ne saurait être altéré par le contexte international de l'application du droit conventionnel, la règle de l'application uniforme de l'article 7 alinéa 1 CV ne valant que pour le domaine d'application de la Convention.

l'angle de l'illicéité mais sous celui de la contrariété aux bonnes moeurs⁶²⁰.

211. Cette «*Schuldstatuttheorie*» est cependant battue en brèche par l'évolution récente du droit international privé, en Suisse avec l'article 19 LDIP, en Europe avec l'article 7 CR⁶²¹. L'approche jurisprudentielle de la violation du droit étranger à travers le concept de bonnes moeurs n'a en effet plus de raison d'être en Suisse, dans la mesure où le législateur suisse a récemment posé, à travers l'article 19 LDIP, des critères précis de «*prise en considération*»⁶²² du droit impératif étranger. Ce droit impératif n'appartenant ni à la *lex causae* ni à la *lex fori* doit cependant présenter des «*liens étroits avec la situation visée*». S'agissant d'un contrat de vente internationale de marchandises, peuvent en particulier être pris en considération:

- le droit de l'établissement d'une des parties au contrat (pour les règles de protection d'une partie faible);
- le droit de l'Etat où se trouve le marché affecté par les dispositions contractuelles (pour les règles d'interdiction des cartels);
- le droit du lieu d'exécution du contrat (pour les interdictions d'importation);
- le droit de l'Etat dont la devise est celle du contrat (pour les règles sur les devises);
- le droit du lieu de situation des biens (pour les restrictions au droit de disposer d'une marchandise, par exemple les interdictions d'exportation en matière de biens culturels)⁶²³.

212. La détermination par les règles de conflit du droit national supplétif n'est donc pas aveugle, insensible au résultat matériel. La validité du contrat au sens de l'article 4 lettre a CV implique l'application ou la prise en considération de plusieurs droits nationaux par le juge. C'est là encore une multitude de droits nationaux supplétifs qui

⁶²⁰ ATF 60 II 301, 61 II 242; 67 II 215; 68 II 203; 76 II 33; 80 II 49; 95 II 109; ERNE, pp. 12 ss; L'application de l'art. 19 CO aux contrats soumis au droit suisse et violant un droit étranger a également été proposée par la doctrine: cf. ERNE, p. 18, note 27; KRAMER, ad art. 19-20, n° 162.

⁶²¹ VISCHER, ad art. 19 LDIP, n°9.

⁶²² Voir VISCHER, in: Cedidac, p. 24, sur la notion de «*prise en considération*» du droit impératif étranger.

⁶²³ VISCHER, ad art. 19 LDIP, n° 14.

sont susceptibles d'entrer en ligne de compte par la fenêtre grande ouverte de l'article 4 lettre a CV.

C. La sanction de la nullité et ses conséquences

a. *Dispositions impératives n'impliquant pas la nullité du contrat*

213. Si, dans sa confrontation avec le droit impératif national, le droit uniforme capitule sans grande résistance, il n'en fait pas moins quelques victimes dans le camp adverse: restent en effet sur le champ de bataille les dispositions impératives *n'impliquant pas la nullité du contrat*⁶²⁴. L'article 4 lettre a CV ne réserve pas le droit impératif national mais la validité du contrat et, en droit suisse, contrairement au droit allemand, la violation d'une règle impérative n'implique la nullité du contrat que si cette sanction ressort du texte, du but ou du sens de la disposition impérative violée⁶²⁵.

214. La mise en perspective de cette condition de l'article 20 alinéa 1 deuxième hypothèse CO et de la réserve de l'article 4 lettre a CV renouvelle l'intérêt des controverses relatives à l'article 8 LCD. Cette disposition, unique base légale en droit suisse d'un contrôle direct des clauses abusives dans les conditions générales, rend illicite la pratique commerciale plus que la clause contractuelle en tant que telle. Une partie de la doctrine considère dès lors que l'article 8 LCD ne permet pas de conclure à la nullité de la clause incriminée ou du contrat dans son ensemble, au sens de l'article 20 alinéa 1 deuxième hypothèse CO⁶²⁶. Dans cette optique, l'article 8 LCD ne bénéficierait plus de la

⁶²⁴ HERBER, in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 6, n° 24; REINHART, ad art. 6, n° 8.

⁶²⁵ KRAMER, ad art. 19-20, n° 321 ss. Voir également en droit allemand le par. 134 BGB et en droit italien l'art. 1418 I Codice Civile, qui expriment cette règle mieux que le droit suisse.

⁶²⁶ GAUCH/SCHLUEP, n° 1156; KRAMER, ad art. 19-20, n°288; STAUDER, Droit suisse, in: Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe, Actes du Colloque des 13 et 14 décembre 1990, Paris 1991, p. 126; FAVRE- BULLE, Le rôle du principe de la bonne foi et de l'abus de droit dans le domaine des clauses abusives, Séminaire du 3ème cycle de droit, Olivone, 21 au 24 septembre 1992, à paraître.

réserve de l'article 4 lettre a CV et s'effacerait devant la pleine liberté contractuelle des parties consacrée à l'article 6 CV⁶²⁷.

De même des dispositions cantonales restreignant ou supprimant le droit de poursuivre en justice le recouvrement de certaines créances au sens de l'article 186 CO, qui ont pour effet de transformer l'obligation du vendeur en obligation naturelle⁶²⁸, et non d'affecter la validité du contrat, ne sont pas applicables par le biais de l'article 4 lettre a CV et de son renvoi à l'article 20 alinéa 1 deuxième hypothèse CO. Ce conflit entre de telles dispositions cantonales, réservées par le droit fédéral, et le droit uniforme (soit en particulier les articles 45 alinéa 1 lettre a CV et 46 CV) doit être tranché en faveur du droit conventionnel. Une application de l'article 28 CV dans ce cadre est tentante, mais inexacte: certes, en droit national suisse, le juge n'ordonnerait pas l'exécution en nature d'une telle créance. L'article 28 CV vise cependant des cas où l'exécution en nature est exclue pour des raisons procédurales, au profit du substitut que constitue l'action en dommages-intérêts⁶²⁹. L'article 28 CV est donc une règle de choix entre exécution en nature et dommages-intérêts. La situation est différente lorsqu'une créance est, en droit national, dépourvue de tout droit d'action, aussi bien en exécution qu'en dommages-intérêts. Une telle règle nationale n'est pas réservée par l'article 28 CV, qui ne concerne que l'action en exécution.

b. Conséquences de la nullité totale ou partielle du contrat

215. Quelles sont enfin les conséquences de la nullité du contrat prononcée en vertu de l'article 20 alinéa 1 deuxième et troisième hypothèse CO, applicable par la réserve de l'article 4 alinéa 1 lettre a CV?

Si la nullité du contrat est totale, les conséquences en sont déterminées par le droit national, en l'absence de dispositions topiques

La théorie rattachant l'art. 8 LCD à l'ordre public suisse (voir notamment KRAMER, ad art. 19-20, n° 290 ss) permet par contre sa prise en compte dans le cadre du droit uniforme, puisqu'elle préserve la sanction de nullité de l'art. 20 al. 1 CO.

⁶²⁷ Pour cette solution, NEUMAYER/MING, ad art. 4, n° 3, note 7.

⁶²⁸ SCHÖNLE, ad art. 186, n° 3.

⁶²⁹ HUBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 28, n° 4; DOCUMENTS OFFICIELS, p. 29 et supra n° 166.

du droit uniforme. La liquidation du rapport contractuel a donc lieu selon les principes du droit national, soit dans le cadre général de l'action en enrichissement illégitime de l'article 62 CO (avec la réserve de l'article 66 CO) et de l'action en revendication de l'article 641 alinéa 2 CC.

Les disposition conventionnelles sur les conséquences de la résolution ne peuvent s'appliquer, même par analogie, dans la mesure où le droit suisse n'est pas lacunaire à cet égard (au sens de l'art. 1 al. 1 CC), et où il ne s'agit pas de combler une lacune de la Convention (art. 7 al. 2 CV), mais de régir un domaine que ne «concerne pas» le droit uniforme (art. 4 let. a CV).

216. En cas de *nullité partielle du contrat*, se présente un conflit entre le principe selon lequel la nullité d'une règle contractuelle entraîne à titre substitutif l'application du droit dispositif applicable, et le respect de la volonté légitime des parties d'écarter le droit uniforme. La dualité du régime juridique de la vente mobilière en droit suisse pose en effet le problème original du régime juridique applicable à titre substitutif, en lieu et place de la *lex contractus* invalide. La dérogation matérielle au droit conventionnel, nulle de plein droit selon les principes du droit national applicable, ne doit-elle pas être interprétée comme une dérogation de type conflictuelle, impliquant l'exclusion partielle du droit conventionnel?

Une clause contractuelle excluant la responsabilité du vendeur en cas d'éviction est nulle en droit suisse si le vendeur a intentionnellement dissimulé le droit appartenant au tiers (art. 192 al. 3 CO, applicable par le renvoi de l'art. 4 let. a CV). Dans un tel cas, les règles applicables à la garantie en cas d'éviction sont-elles les règles suisses (art. 192ss CO, notamment 195 CO), ou le droit uniforme (art. 41ss CV)? En cas de résolution du contrat par l'acheteur, peut-il demander la réparation de son dommage abstrait au sens de l'article 75 CV, ou doit-il fonder sa prétention sur l'article 195 CO, plus restrictif? Faut-il choisir le système sanctionnant le plus lourdement le dol du vendeur, ou considérer la dérogation contractuelle au droit uniforme comme une exclusion de la Convention au profit du droit national supplétif?

Certains auteurs n'hésitent pas à trancher en faveur d'une exclusion du droit conventionnel, soucieux qu'ils sont de respecter la volonté des parties de ne pas soumettre leur contrat aux solutions du

droit uniforme sur certains points⁶³⁰. Pourtant, la volonté des parties d'éviter une solution conventionnelle par l'adoption d'une lex contractus n'implique pas forcément leur volonté de se soumettre subsidiairement à un droit national: à éviter Charybde, on n'en craint pas moins Scylla. La sanction de la nullité étant prononcée par le droit national, c'est au droit national de déterminer la conséquence de cette nullité. En droit suisse, une nullité partielle du contrat implique l'application à titre supplétif du régime légal dispositif ou impératif applicable en l'absence d'une dérogation contractuelle⁶³¹. La lacune créée par la nullité d'une clause contractuelle peut cependant être subsidiairement comblée par une règle déduite de la volonté hypothétique des parties⁶³². Dans un système légal où des règles de substitution peuvent être trouvées dans deux sources de droit distinctes (le droit uniforme et le droit national supplétif), la solution retenue par le juge est celle qui s'écarte le moins de la volonté des parties⁶³³. C'est ce critère de résultat qui permet de respecter au mieux la volonté des parties, et non une présomption en faveur d'une exclusion contractuelle du droit uniforme.

⁶³⁰ BONELL in: BIANCA/BONELL, ad art. 6 n° 3.3.2.

⁶³¹ GAUCH/SCHLUEP, n° 123; KRAMER, ad art. 19-20, n° 354 ss; ENGEL, p. 207.

⁶³² GAUCH/SCHLUEP, n° 703; KRAMER, ad art. 19-20, n° 355 ss; OR-HUGUENIN, n° 65; exclu par l'arrêt du Tribunal fédéral publié in: ATF 96 II 133, mais accepté en pratique dans les arrêts publiés in: ATF 107 II 216; 114 II 163.

⁶³³ On peut reprendre ici le critère indiqué par HUGUENIN in: OR-HUGUENIN, n° 65: «Bei mehreren zulässigen (...) Ersatzregeln ist jene Variante zu wählen, welche der unwirksamen Vertragsabrede am nächsten kommt». Cette solution nous paraît correspondre à la logique libérale de l'art. 6 CV selon laquelle, sous la réserve de la validité du contrat ou de ses clauses, la volonté des parties doit être respectée. La solution plus objective proposée par KELLER-SCHÖBI, I, 151, solution mesurée à l'aune de la volonté présumée de parties raisonnables, va à l'encontre de cette logique.

Voir notamment l'exemple donné par KRAMER, ad art. 19-20, n° 358: une clause d'exclusion de responsabilité nulle au sens de l'art. 100 al. 1 CO doit être remplacée par une clause de responsabilité limitée à la faute légère. Dans le contexte du droit uniforme, la solution la plus proche de la volonté des parties serait une clause de responsabilité valable sauf en cas de faute grave (art. 100 al. 1 CO), notamment le dol du vendeur (art. 199 CO), et au dommage prévisible (art. 74 CV).

D. Conclusion

217. La volonté législative des Etats s'exprime essentiellement à travers les normes impératives de leur ordre juridique, et ce n'est pas une très grande concession de leur part que d'abandonner les règles qu'ils laissent à la disposition des parties au profit d'autres règles dispositives. L'adoption du droit uniforme ne signifie pourtant rien de plus, et la réserve de l'article 4 lettre a CV est la porte ouverte à tous les particularismes nationaux, pourvus qu'ils soient exprimés sous forme de droit impératif et impliquent la nullité des conventions contractuelles contraires (n° 192 à 194).

Lorsque le droit suisse est le droit national supplétif, l'article 20 deuxième et troisième hypothèse est applicable aux contrats de vente internationale de marchandises (n° 195 à 200).

218. Les rapports du droit impératif national et du droit uniforme sont donc la clef de l'application du droit uniforme, le test de son effectivité. Or ces rapports sont complexes puisque la notion d'illicéité implique la prise en compte de l'ensemble de l'ordre juridique national, dont le droit uniforme fait partie (n° 201).

En général, les dispositions impératives nationales complètent les règles du droit uniforme. Elles peuvent avoir pour effet de rendre impératives ces normes à vocation dispositive (n° 202).

L'application d'une disposition impérative nationale doit prendre en compte le droit uniforme lorsqu'elle implique une prise en considération du régime légal en général, ou lorsque les parties ne font que confirmer contractuellement la solution consacrée par le droit uniforme (n° 203).

Enfin, une disposition impérative nationale qui serait contraire aux règles du droit uniforme doit lui céder le pas, en raison de la suprématie du droit international sur le droit national (n° 204 à 207).

219. Ce n'est pas dans un droit national supplétif mais dans plusieurs ordres juridiques nationaux que le juge doit rechercher les dispositions impératives susceptibles d'affecter la validité du contrat. Outre les dispositions impératives de la *lex causae* et les dispositions d'application immédiate suisse, les dispositions impératives d'un Etat tiers doivent être «prises en considération» aux conditions de l'article 19 LDIP (n° 208 à 212). C'est par contre sur les «conceptions morales»

du for que repose l'appréciation d'une éventuelle contrariété du contrat aux bonnes moeurs (n° 199).

220. Pour être un gouffre dans le mur lisse de l'uniformisation, l'article 4 lettre a CV n'en a pas moins ses limites: seules doivent être prises en compte les dispositions impératives impliquant la nullité du contrat. Les règles impératives prévoyant d'autres sanctions doivent s'incliner devant la pleine liberté contractuelle de l'article 6 CV (n° 213 à 214).

221. Enfin, la nullité d'une clause contractuelle dérogeant au droit uniforme ne doit pas être systématiquement interprétée comme une exclusion de type conflictuelle du droit uniforme: la solution la plus proche de la volonté des parties doit être retenue à titre substitutif par le juge, que celle-ci découle du droit uniforme ou du droit national (n° 215 à 216).

222. L'article 4 lettre a CV affaibli certes la réalité de l'uniformisation du droit de la vente internationale et nous ne nous sommes pas privé d'en critiquer les effets. Quelle était pourtant l'alternative? Eût-il été concevable que la liberté contractuelle des parties ne connût aucun frein, et que les acteurs du commerce international fussent mis au bénéfice du chèque en blanc que constituerait l'article 6 CV sans la réserve de l'article 4 CV? Les conceptions les plus libérales de l'Etat peuvent-elles s'accommoder d'un droit réduit à l'état de proposition? La «*main invisible*» d'ADAM SMITH devient-elle irréfutable dès lors qu'elle prend la plume du rédacteur de contrat international?

La seule réponse aux particularités du commerce international ménageant à la fois le légitime besoin de liberté de ses acteurs, les impératifs de l'ordre public et l'ambition d'uniformisation eût été la création d'un droit impératif international uniforme. C'est là une oeuvre législative qui va au-delà des ambitions des promoteurs du droit uniforme, pragmatiquement modestes. Entre la liberté à l'état brut et le statu quo, ils ont choisi le statu quo: la Convention de Vienne *unifie avec succès le droit dispositif* et ce succès est déjà remarquable. L'élaboration d'un droit impératif international uniforme appartient encore à l'avenir. Elle est une perspective vertigineuse par ce qu'elle implique de consensus politique et social mondial.

IV. LES MOYENS DE DROIT A LA DISPOSITION DES PARTIES ET LEURS SOURCES CONCURRENTES

A. Le domaine de l'uniformisation

a. Formation du contrat de vente

223. Le domaine du droit uniforme par excellence est celui qu'il prétend régir exclusivement, selon les termes de l'article 4 lettre a CV, soit «*la formation du contrat de vente et les droits et obligations qu'un tel contrat fait naître entre le vendeur et l'acheteur*».

La formation du contrat est régie par la deuxième partie de la Convention et ne laisse aucune place à l'application du droit national. Le seul facteur de désuniformisation dans ce domaine réside dans l'existence potentielle d'une réserve au sens de l'article 92 CV⁶³⁴. La réglementation de la formation du contrat par le droit uniforme comprend non seulement le principe et la réglementation de l'échange des manifestations de volonté, mais également le principe d'interprétation de ces manifestations de volonté, et donc la détermination du contenu du contrat à travers le principe de la confiance (art. 8 CV). Il en résulte, comme en droit suisse, la nullité du contrat simulé. Enfin, lié à la question de la formation du contrat, le droit uniforme comprend le principe de la liberté de la forme, applicable dans les limites d'une éventuelle réserve au sens de l'article 96 CV⁶³⁵. Par contre, la question de la représentation, qui relève elle aussi de la formation du contrat, n'est pas réglée par la Convention de Vienne et a été réservée à une Convention distincte⁶³⁶. Les hasards des ratifications compromettent l'uniformisation en la matière.

224. Le premier pan du domaine de l'uniformisation est donc relativement étanche au droit national, dans la mesure où aucune réserve étatique ne vient compromettre l'application du droit uniforme⁶³⁷. Face

⁶³⁴ Cf. supra n° 95 ss.

⁶³⁵ Cf. supra n° 98 ss.

⁶³⁶ Cf. supra n° 15.

⁶³⁷ Certaines questions très étroitement liées à la conclusion du contrat ne sont cependant pas régies par le droit uniforme: Ainsi les cas d'erreur dans la déclaration, ou la responsabilité précontractuelle des parties. JAMETTI GREINER,

à ce succès de l'uniformisation, le sceptique ou le pessimiste apportera deux tempéraments:

- Le développement du droit uniforme à travers les différents types de contrats risque de contribuer à un morcellement de la partie générale du droit des obligations⁶³⁸. Se justifie-t-il en effet d'avoir une réglementation de la formation du contrat propre au contrat de vente, et non plus commune à tous les contrats? Faut-il substituer au morcellement du droit dans l'espace un morcellement par matière, singulièrement par type de contrat? La codification par le droit uniforme des règles applicables à la formation du contrat est sans conteste un succès de l'uniformisation internationale du droit. Il serait dommage qu'elle annonçât une déstructuration du droit des contrats.
- Quel sera le sort de la deuxième partie de la Convention face à la priorité réservée par l'article 9 CV aux usages internationaux? Il existe en effet un mouvement de codification des usages internationaux encore balbutiant mais prometteur⁶³⁹, qui permettrait d'établir une partie générale du droit des contrats applicable sinon à titre législatif du moins à titre de «*lex mercatoria*». Ces codifications comprennent une réglementation de la formation des contrats⁶⁴⁰. Il est vrai que si les principes de la Convention de Vienne ne sont pas systématiquement repris⁶⁴¹, les principes liés à la formation du contrat restent pour

in: HOYER/POSCH, p. 46, mentionne ces questions comme limites de l'uniformisation dans le domaine de la conclusion du contrat.

⁶³⁸ Ce morcellement de la partie générale du droit des obligations à travers la réglementation des contrats spéciaux ne risque-t-il pas d'amener la partie générale à «tourner à vide», selon l'expression de JESTAZ Ph., L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945, in: L'évolution du contenu pratique du droit des contrats, Journées René Savatier, Paris 1986, p. 135. Sur ce débat, cf. GAZZANIGA, Chapitre 4.

⁶³⁹ Cf. supra n° 18 et 19.

⁶⁴⁰ Voir les art. 2.1 à 2.19 du projet UNIDROIT, in: AJCL 1992, pp.704 ss.

De façon plus générale, OSMAN FILALI consacre plus de quatre-vingts pages de son ouvrage à l'énumération des principes anationaux de la *lex mercatoria* relatifs à la conclusions du contrat. Le problème ne se pose pas de la même façon pour les règles concernant les effets du contrat: les usages internationaux qui peuvent être reconnus comme tels en la matière restent très généraux et n'ont pas l'adéquation du droit uniforme aux problèmes spécifiques de la vente.

⁶⁴¹ Cf. LANDO in: AJCL 1992, p. 573.

l'essentiel intangibles, basés sur la logique de l'échange des manifestations de volonté. Ces usages internationaux codifiés apporteraient donc une réponse à notre premier souci, sans déroger substantiellement aux règles conventionnelles.

225. Il ne s'agit là que de préoccupations d'avenir, puisque le droit uniforme avance à pas mesurés, et puisque la codification des usages internationaux reste embryonnaire. Pour l'heure, la réglementation de la formation du contrat constitue le pan le plus solide de l'uniformisation du droit de la vente internationale. Le deuxième volet de cette uniformisation, soit la troisième partie de la Convention, en est, par son objet, le plat de résistance. Il est pourtant moins étanche au droit national.

b. Droits et obligations découlant du contrat

226. La troisième partie de la Convention se présente selon la logique binaire très anglo-saxonne des obligations des parties et des moyens de droits du cocontractant en cas de violation de ces obligations. Les dispositions relatives aux obligations des parties ne laissent aucune place au droit national. Une partie à un contrat de vente internationale n'assume aucune autre obligation contractuelle que celles qui sont prévues par la Convention, le contrat (art. 6 CV) ou les usages internationaux (art. 9 CV)⁶⁴².

227. L'uniformité internationale est plus fragile en ce qui concerne les moyens de droit mis à la disposition des parties.

Le droit national applicable selon les règles de conflit n'intervient en principe que pour les questions non réglées par le droit uniforme⁶⁴³. Dans le champ d'application matériel de ce dernier, le droit national ne peut intervenir que dans le cadre du comblement des

⁶⁴² Cf. NIGGEMANN in: HOYER/POSCH, p. 107; La Convention ne laisse notamment aucune place à une «violation positive du contrat» dont la sanction prendrait sa source dans le droit national supplétif. Sur cette question cf. HUBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 45, n° 91; HERBER/CZERWENKA, ad art. 4, n° 21.

⁶⁴³ Cf. MESSAGE, n° 7: «Dans les limites de son champ d'application, la Convention de Vienne remplacera ou complètera le droit interne». Droit national et droit uniforme sont en effet deux ordres juridiques qui se côtoient et entre lesquels le juge doit choisir, à l'aide des règles de conflit posées par la Convention: STOFFEL in: Cedidac, p. 17; PLANTARD, p. 316; HERRMANN in: Berner Tage, p. 97. Comme

lacunes, et comme *ultima ratio*⁶⁴⁴. Les moyens de droit déduits du droit national de la vente interne sont donc en principe exclus par le droit uniforme. Ces réglementations nationales ne sont plus applicables dès lors que les conditions d'application du droit uniforme sont réalisées. Il n'y a pas d'application concurrente des articles 184ss CO et des règles uniformes, car leurs champs d'application respectifs s'excluent mutuellement. De même, les règles de la partie générale du droit des obligations qui font l'objet de dispositions spécifiques du droit uniforme doivent-elles s'effacer devant la solution internationale: ainsi les règles suisses sur la demeure, la responsabilité contractuelle et la détermination du dommage, les modalités des obligations telles que le lieu ou le moment de l'exécution sont-elles supplantées par les règles uniformes en la matière. Si ces prémisses sont incontestées, le rapport entre droit national et droit uniforme est par contre plus ambigu lorsque le droit national appréhende un état de fait également pris en compte par le droit uniforme, *mais sous un angle différent*. Se pose dès lors avec acuité la question du sort des moyens de droits issus du droit national, soit en particulier:

- Le droit formateur à l'invalidation du contrat en cas de vice du consentement, et les droits des parties à la restitution des prestations, éventuellement à la réparation du dommage, qui découlent de cette invalidation. Un même état de fait peut en effet être considéré sous l'angle du défaut de conformité de la marchandise (droit uniforme) et du vice de consentement de l'acheteur (droit national)⁶⁴⁵.
- Les droits résultant de la responsabilité délictuelle des parties. Un même état de fait peut en effet constituer à la fois une contravention au contrat (droit uniforme) et un acte illicite (droit national)⁶⁴⁶.
- Les droits résultant de la responsabilité précontractuelle des parties. La question se pose en effet de la mesure dans laquelle

le rappelle KAHN in: DPCI, p. 396, «le principal objectif de la Convention de Vienne est de remplacer les droits étatiques».

⁶⁴⁴ Cf. supra n° 153 ss.

⁶⁴⁵ Cf. infra n° 229 à 255.

⁶⁴⁶ Cf. infra n° 255 à 271.

le droit uniforme appréhende un fait survenu avant la conclusion du contrat⁶⁴⁷.

En rapport avec la responsabilité délictuelle des parties doit enfin être mentionné l'article 5 CV, qui vise à préserver les législations nationales sur la responsabilité du fait du produit en excluant l'application du droit uniforme à la responsabilité du vendeur en cas de décès ou de lésions corporelles. Lorsqu'un tel dommage s'accompagne de dommages matériels ou économiques, c'est à un étrange entrelacement de sources de droit que doit faire face le juge⁶⁴⁸.

228. La question du rapport entre ces différentes sources potentielles de moyens de droit mis à la disposition des parties n'est pas nouvelle. Les Conventions de 1964 portant loi uniforme lui appartaient, à travers plusieurs dispositions, la réponse expresse de l'exclusivité du droit uniforme⁶⁴⁹.

Ces dispositions auraient été écartées de la Convention de Vienne dans un «*souci de simplification de la rédaction*»⁶⁵⁰. Au regard

⁶⁴⁷ Cf. infra n° 277 à 282.

⁶⁴⁸ Cf. infra n° 272 à 276.

⁶⁴⁹ Selon l'art. 34 EKG, «Dans les cas prévus à l'article précédent, les droits reconnus à l'acheteur par la présente loi excluent tous autres moyens fondés sur un défaut de conformité de la chose». L'article précédent en question décrit l'état de fait du défaut de conformité. Cette disposition visait expressément à exclure l'invalidation du contrat pour vice de consentement (STUMPF in: DÖLLE, ad art. 34 n° 1 et 2), de même que la responsabilité précontractuelle du vendeur (ibid, n° 3). L'art. 34 EKG trouve son pendant dans l'art. 53 EKG relatif à l'exhaustivité des moyens de droit conventionnels en cas de droit d'un tiers sur la marchandise. Cette exhaustivité du droit uniforme ne concernait cependant pas la responsabilité délictuelle du vendeur (MERTENS/REHBINDER, ad art. 42 EKG, n° 11), ni les cas de dol ou fraude (STUMPF in: DÖLLE, ad art. 34 EKG; MERTENS/REHBINDER, ad art. 34 EKG, n° 5.), ainsi que le confirmait l'art. 89 EKG. Toutes ces règles de délimitation entre droit uniforme et droit national ont disparu de la Convention de Vienne.

⁶⁵⁰ HUBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 45, n° 79: «Das erklärt sich aus dem Bestreben der Verfasser des Übereinkommens, die gesetzliche Ordnung der Vertragsverletzungen zu kürzen und zu straffen und nicht mit Detailregeln zu Belasten».

VON CAEMMERER, Vertragspflichten und Vertragsgültigkeit, p. 38, considérait pourtant ces règles de délimitation non comme des «règles de détail», mais comme des règles importantes destinées à éviter l'insécurité générée par l'éventuel concours entre droit uniforme et droit national.

des travaux préparatoires et des débats suscités par le sort des moyens de droit nationaux, il semble plutôt que la précision des lois uniformes de 1964 en la matière ait été sacrifiée au bénéfice d'un indécis consensus⁶⁵¹. Les questions écartées par les articles 34 et 93 EKG sont dès lors livrées en pâture à une doctrine partagée et furieusement nationaliste⁶⁵².

B. Le droit formateur à l'invalidation du contrat en cas de vice de consentement

a. Applicabilité des règles nationales

229. La notion de validité au sens de l'article 4 lettre a CV doit être comprise dans un sens large, et inclut les règles nationales relatives aux vices du consentement⁶⁵³. A cet égard, les règles du droit suisse sur l'erreur essentielle, le dol, la crainte fondée et la lésion sont a priori applicables à un contrat de vente internationale de marchandises, dans la mesure où le droit supplétif applicable est le droit suisse. Si le contrat est invalidé selon les règles du droit national, les conséquences de l'invalidation, soit la liquidation du rapport contractuel, sont également régies par le droit national. C'est là encore une fissure de taille dans la façade de l'uniformisation.

230. Puisqu'elle a pour effet la nullité relative du contrat, l'hypothèse d'un vice du consentement relève des *questions accessoires* qui se combinent avec le droit uniforme⁶⁵⁴. Le contrat ne déploie les effets prévus par le droit uniforme qu'à la condition préalable qu'il n'ait pas

⁶⁵¹ DOCUMENTS OFFICIELS, p. 382: des propositions réglant partiellement la question du concours entre droit uniforme et droit national ont été rejetées non parce qu'elles ont paru inutiles, mais en raison de conceptions complètement différentes des délégués sur cette question. Voir également HEITZ, p. 649, B.

⁶⁵² KAHN, in: DPCI, p. 395, parle du danger du «patriotisme (ou chauvinisme) interprétatif». C'est dans notre contexte que ce danger semble le plus menaçant, puisque les auteurs ont tendance à adopter les solutions de leurs droits internes en matière de concours.

⁶⁵³ HERBER/CZERWENKA, ad art. 4, n° 13; WEY, n°313 ss; HOYER, in: HOYER/POSCH, p. 40.

⁶⁵⁴ Sur cette notion, cf. supra n° 169.

été invalidé par une déclaration d'invalidation fondée d'une des parties. Mais le droit formateur d'invalider le contrat, laissé à la libre disposition de la partie victime du vice de consentement et soumis au délai de péremption de l'article 31 CO, apparaît également comme un moyen de droit proche du droit de résolution prévu par les articles 49 et 64 CV. Dès lors, des situations de *concurrency*⁶⁵⁵ entre les moyens de droit prévus par le droit uniforme et les moyens de droit prévus par le droit national en cas de vice de consentement risquent de se présenter, impliquant l'interprétation du droit uniforme et la constatation éventuelle de son statut de *lex specialis*⁶⁵⁶.

231. La question du concours ne se pose cependant pas systématiquement, et chaque fois que les règles uniformes n'appréhendent pas le fait constitutif du vice de consentement, les règles nationales en la matière restent pleinement applicables.

Ainsi en est-il des règles nationales relatives à l'erreur de déclaration (art. 24 al. 1 let. 1, 2, 3 CO)⁶⁵⁷. Le droit uniforme n'envisage pas cette hypothèse. Droit national supplétif et droit uniforme sont alors étroitement imbriqués, puisque la déclaration qui peut être entachée d'erreur est celle qui doit être déterminée selon l'article 8 CV. Seule une interprétation de la déclaration selon le droit uniforme permet de déterminer si cette déclaration est l'objet d'une erreur de la partie qui l'a émise, au sens du droit national⁶⁵⁸.

⁶⁵⁵ Sur cette notion, cf. supra n° 169.

⁶⁵⁶ Le lecteur critique s'étonnera peut-être que cette démarche prudente n'ait pas été celle que nous avons adoptée au sujet de l'hypothèse du contrat initialement impossible, et relevera que la cohérence «verticale» de notre ordre juridique impliquerait que les règles nationales restassent applicables même en concurrence avec le droit uniforme.

Or, il ne s'agit pas ici d'interpréter une norme de droit suisse (l'art. 20 CO) différemment selon son contexte national ou international, mais d'interpréter le droit uniforme (les règles sur les défauts de conformités) comme éventuelle *lex specialis*. C'est là toute la différence qui résulte de la distinction entre rapport de complémentarité et rapport de concurrence entre droit national et droit uniforme.

⁶⁵⁷ KAROLLUS, p. 41; FARNSWORTH in: BIANCA/BONELL, ad art. 8, n° 3.4; HERBER/CZERWENKA, ad art. 8, n° 7; BYDLINSKI, p. 86.

⁶⁵⁸ Cf. KAROLLUS, p. 49; PLANTARD, p. 326, souligne l'ambiguïté de la distinction entre formation du contrat et validité.

232. Les autres hypothèses de vice de consentement doivent être examinées de cas en cas. Le concours potentiel entre droit uniforme et règles nationales sur la lésion et la crainte fondée reste confiné à des cas tout à fait marginaux: dans ces deux hypothèses en effet, la marchandise livrée correspond à ce qui est prévu dans le contrat; c'est le contrat qui ne correspond pas à la volonté réelle d'une des parties⁶⁵⁹. Cette hypothèse n'est donc pas celle d'un défaut de conformité au sens de l'article 35 CV. Par ailleurs, le contexte commercial qu'implique l'application du droit uniforme rend peu probable la réalisation des conditions de la lésion⁶⁶⁰. Quoi qu'il en soit, le droit uniforme n'est manifestement pas en mesure d'appréhender exclusivement les cas de crainte fondée ou de lésion. En particulier les articles 35 alinéa 3 ou 43 alinéa 2 CV, concernant la connaissance du défaut par l'acheteur et entraînant la perte du droit de se prévaloir du défaut, ne sauraient être opposés à un acheteur connaissant ou ayant dû connaître le défaut mais ayant conclu le contrat en raison d'une crainte fondée ou d'une lésion. Ces hypothèses, marginales par rapport au contexte commercial du droit uniforme, doivent être restituées au droit national applicable selon les règles de conflit.

233. Les cas de concours entre droit uniforme et règles nationales sur les vices de consentement se présentent donc surtout par rapport à l'hypothèse de l'erreur sur les motifs (art. 24 al. 1 ch. 4 CO) ou du dol (art. 28 CO). Les situations de concours sont même potentiellement si nombreuses que certains auteurs n'hésitent pas à affirmer que l'hypo-

⁶⁵⁹ Cf. TERCIER, n° 271 pour la crainte fondée.

⁶⁶⁰ L'art. 21 CO implique en effet la gêne, la légèreté ou l'inexpérience de la partie lésée. L'acheteur n'est cependant pas forcément un professionnel aguerri (Le caractère civil ou commercial des parties n'est pas un critère d'application de la Convention (art. 1 al. 3 CV)), et l'on peut imaginer des cas où le vendeur profiterait de son inexpérience, ou de sa gêne, pour lui faire acquérir une marchandise impropre à l'usage spécial qu'il lui réservait. De même l'usage de moyens de pressions illicites au sens de l'art. 29 CO est-il envisageable pour parvenir au même but (Le cas de la menace de boycott est par exemple une hypothèse concrètement envisageable dans le contexte du commerce international. Encore faut-il cependant que ce moyen de pression soit illicite (GAUCH / SCHLUEP, n° 880), ce qui n'est pas forcément le cas d'un boycott (cf. ATF 62 II 104)).

thèse de l'erreur sur les motifs est entièrement absorbée par les dispositions du droit uniforme⁶⁶¹.

b. Champ d'application concurrent du droit uniforme et des règles suisses sur l'erreur essentielle et le dol

234. Une situation de concours entre règles nationales sur les vices de consentement et règles uniformes se présente chaque fois que le fait constitutif du vice de consentement est un fait auquel la Convention de Vienne confère une conséquence propre⁶⁶². De façon plus concrète, les règles uniformes susceptibles d'entrer en concours avec les règles nationales sont:

- les règles relatives au défaut de conformité de la marchandise⁶⁶³ ou au droit d'un tiers sur la marchandise⁶⁶⁴ et à leurs conséquences,

⁶⁶¹ HEIZ, pp. 647 ss, démontre que tous les cas d'erreur sur les motifs au sens de l'art. 24 al. 1 ch. 4 CO seraient appréhendés par le droit uniforme: ainsi le cas de l'erreur sur la qualité de la chose est régi par l'art. 35 CV, l'erreur concernant le but du contrat fait l'objet de l'art. 35 al. 2 let. a CV; l'erreur sur les faits futurs tombe dans le champ d'application de l'art. 36 CV; l'erreur sur le contexte légal du contrat serait enfin à considérer comme la non-réalisation d'une condition implicite au sens de l'art. 8 CV.

Au risque de briser l'esthétique inhérente à une démonstration exhaustive, ce dernier point nous semble contestable: Outre le fait que l'exemple donné par HEIZ à ce sujet (HEIZ, p. 659, D: cas de l'acquisition de titres d'une société non légalement enregistrée) n'entre certainement pas dans le champ d'application de la Convention (art. 2 let. a CV), l'art. 8 CV est très proche de l'art. 18 CO: On ne voit pas pourquoi ce qui est considéré comme une erreur en droit suisse deviendrait la non-réalisation d'une condition en droit uniforme.

⁶⁶² HONNOLD, ad art. 4, n° 65, pose le problème en termes quasi mathématiques: «The crucial question is whether the domestic rule is invoked by the same operative fact that invoke a rule of the Convention. For example, a domestic rule of validity provides that a problem raised by fact A + B has result X; The Convention also address the problem raised by fact A + B and gives result Y». SCHLECHTRIEM in: USL, p. 32, traite plutôt cette question dans le cadre des «dispositions expresses contraires» prévues par l'art. 4 CV, en relativisant la condition du caractère exprès de cette disposition. Comme nous l'avons déjà noté, l'intention des rédacteurs de l'art. 4 de la Convention ne semblait pas aller si loin: cf. DOCUMENTS OFFICIELS, p. 18.

⁶⁶³ Art. 35 à 39 CV.

⁶⁶⁴ Art. 41 à 44 CV.

- les règles relatives à l'insolvabilité du cocontractant⁶⁶⁵.

235. L'acquéreur d'une marchandise défectueuse se trouvait dans l'erreur lors de la conclusion du contrat si:

- il ignorait le défaut de conformité (ou le droit du tiers),
- la marchandise était déterminée par les parties comme corps-certain, et
- le défaut de conformité existait lors de la conclusion du contrat.

Cette erreur justifie une invalidation du contrat si elle est essentielle ou si elle a été causée par un dol du vendeur.

236. L'ignorance par l'acheteur d'un défaut de conformité est l'hypothèse de base d'un éventuel concours entre droit uniforme et règles nationales sur les vices de consentement: le défaut de conformité implique l'application des règles uniformes et l'ignorance de ce fait appelle l'application des règles nationales. L'erreur doit donc porter sur la qualité de la marchandise par rapport à l'usage normal correspondant à ce type de marchandise⁶⁶⁶, par rapport à un usage spécial s'il a été porté spécialement à la connaissance du vendeur⁶⁶⁷, ou enfin par rapport à l'emballage ou au conditionnement de la marchandise⁶⁶⁸. Le

⁶⁶⁵ Art. 71 et 72 CV.

⁶⁶⁶ Art. 35 al. 2 let. a CV. Ce critère correspond à celui de l'utilité prévue dans la définition du défaut en droit national suisse: cf. CHAUDET, p. 101; WIDMER, p. 96; LICHTSTEINER, ad art. 35; en droit national suisse, cf. TERCIER, n° 99.

⁶⁶⁷ Art. 35 al. 2 let. b CV. Cette hypothèse correspond à celle de la qualité promise en droit national suisse; cf. CHAUDET, p. 102; WIDMER, p. 97; LICHTSTEINER, ad art. 35 CV. En droit national suisse: le vendeur répond cependant des qualités promises même indépendamment de l'adéquation de la chose à l'usage qui lui est destiné (LICHTSTEINER, ad art. 35 CV; TERCIER, n° 298), mais à condition que la promesse de qualité ait été décisive pour la conclusion du contrat (CHAUDET, p. 102; TERCIER, n° 298). Les points de vue des deux sources de droit sont donc différents, le droit uniforme se concentrant sur l'affectation de la marchandise et le droit suisse sur la conclusion du contrat.

Les cas de concours entre droit suisse et droit uniforme ne sont donc pas systématiquement les mêmes que les cas de concours entre règles suisses sur les vices de consentement et règles suisses sur la vente.

⁶⁶⁸ Art. 35 al. 2 let. d CV. Cet aspect de la définition du défaut en droit uniforme va au delà de la définition de défaut en droit suisse (LICHTSTEINER, ad art. 35 CV; cf. ATF 96 II 118 ss).

cas de la non-conformité à un échantillon⁶⁶⁹ s'inscrit dans la phase de l'exécution du contrat, et les critères de l'article 35 alinéa 1 CV (quantité⁶⁷⁰, qualité et type de la marchandises⁶⁷¹) visent plutôt l'hypothèse de la marchandise déterminée par son genre.

Des situations de concours peuvent en outre se présenter en cas d'erreur relative au droit d'un tiers sur la marchandise⁶⁷², ou à un droit de propriété intellectuelle fondant la prétention d'un tiers⁶⁷³.

237. Il ne peut y avoir erreur sur la qualité de la marchandise que si celle-ci a été déterminée comme corps certain lors de la conclusion du contrat. Cette condition limite considérablement l'éventualité du concours entre règles nationales et droit uniforme, puisqu'en matière de vente internationale, les marchandises seront le plus souvent déterminées par leur genre⁶⁷⁴. C'est donc lors de la spécification de la

⁶⁶⁹ Art. 35 al. 2 let. CV. Cette hypothèse correspond à celle de l'art. 222 CO (cf. LICHTSTEINER, ad art. 35 CV).

⁶⁷⁰ En droit national suisse, et s'agissant d'une chose mobilière, un défaut quantitatif n'est en principe pas un défaut au sens de l'art. 197 CO mais un cas d'inexécution partielle (TERCIER, n° 283; voir cependant OR-HONSELL, ad art. 197, n° 2).

⁶⁷¹ Il s'agit là du cas classique de l'*aliud*, que le droit conventionnel ne distingue pas du défaut de conformité. Cf. SCHLECHTRIEM in: Berner Tage, p. 125; AICHER in: HOYER/POSCH, pp. 114 ss.

⁶⁷² Art. 41 CV.

⁶⁷³ Art. 42 CV. Cette hypothèse correspond en droit suisse non pas à un cas d'éviction mais à un cas de défaut juridique soumis aux art. 197ss CO (KELLER/LÖRTSCHER, p. 47; ATF 82 II 248).

⁶⁷⁴ BUCHER E., in: Berner Tage, p. 48; intervention de BYDLINSKY in: Berner Tage, p. 138; SCHMIDLIN, ad art. 23/24, n° 302; STOFFEL in: Cedidac, p. 38. Ce dernier auteur considère même que les art. 35 ss CV ne visent pas l'erreur dont est victime l'acheteur d'une chose d'espèce au moment de la conclusion du contrat. Si les critères de l'art. 35 al. 1 CV (quantité, qualité, type) semblent certes viser le contexte de la détermination de la chose par son genre, une telle conclusion n'en est pas moins excessive puisque le droit uniforme prévoit les hypothèses de la connaissance du défaut par une des parties au moment de la conclusion du contrat (art. 35 al. 3; art. 40 CV; art. 68 CV). Or il ne peut y avoir connaissance du défaut au moment de la conclusion du contrat si la marchandise n'est déterminée que par son genre et individualisée par la suite. Voir par ailleurs HEUZE, n° 5: «il serait pourtant profondément inexact de considérer que les négociateurs des Conventions de Vienne de 1980 et La Haye de 1986 ont entendu exclure du champ d'application de celles-ci les ventes de corps certains».

marchandise qu'une marchandise défectueuse peut être choisie. Cette phase est celle de l'exécution du contrat, qui relève exclusivement du droit uniforme.

Cette condition, qui restreint le champ d'application commun du droit uniforme et des règles nationales sur les vices de consentement, doit cependant être relativisée: en cas d'erreur relative à un droit de propriété intellectuelle sur la chose, par exemple, peu importe que celle-ci ait été déterminée par les parties comme corps certain ou chose de genre: dans les deux cas la marchandise était frappée de ce droit de propriété intellectuelle dès la conclusion du contrat, puisque par nature, ce type de droit concerne tout le genre. De même dans le cas d'un défaut de fabrication affectant toute une série, tout acheteur d'une pièce de cette série peut être victime d'une erreur essentielle dès la conclusion du contrat, même si cette pièce était déterminée par son genre. Enfin, le contexte international du droit uniforme implique que la question du concours puisse se poser par rapport à des ordres juridiques très différents, dont certains ne font pas une distinction aussi claire que le droit suisse entre corps certains et choses déterminées par leur genre⁶⁷⁵. La question du concours entre droit uniforme et règles nationale sur les vices de consentement peut donc se présenter malgré le fait que la marchandise ait été déterminée par son genre.

238. L'existence du défaut de conformité⁶⁷⁶ lors de la conclusion du contrat n'est une condition à l'application des règles nationales sur les vices de consentement que si l'hypothèse de l'erreur sur un fait futur est exclue. Or, cette question n'a jamais été tranchée très clairement en droit suisse⁶⁷⁷. Des faits tenus pour certains par les deux parties et

⁶⁷⁵ Cf. SCHLECHTRIEM in: Berner Tage, p. 139: «Aber bei Rechtsordnungen, bei denen die Ausbildung der Juristen vielleicht nicht ganz dem mitteleuropäischen Standard entspricht und mit zum Teil sehr vage formulierten Rechtsregeln bei einem Irrtum der Parteien Nichtigkeit oder Angreifbarkeit oder Cancellation des Vertrages vorsehen, habe ich doch grosse Bedenken, dass der Einbruch in die Kernmaterie des Wiener Kaufrechts sehr viel grösser und gefährlicher sein könnte als bei uns». Voir également les DOCUMENTS OFFICIELS, p. 382, où l'exemple donné par l'un des conférenciers est celui de l'acquisition d'un Goya par un musée des Pays-Bas.

⁶⁷⁶ Pour éviter d'alourdir le texte, la mention d'un défaut de conformité comprendra ci-après également l'hypothèse voisine du droit d'un tiers sur la marchandise.

⁶⁷⁷ HEIZ, p. 646. Pour plus de précisions, Voir SCHMIDLIN, Der Irrtum über zukünftige Sachverhalte nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR: Fehldiagnose oder Fehlprognose?

nécessaires à la réalisation du but du contrat peuvent constituer à la fois une erreur sur un fait futur et un défaut de conformité. Or, en droit uniforme, le vendeur répond de tout défaut de conformité survenant jusqu'au transfert des risques, et même ultérieurement si le défaut est imputable à l'inexécution d'une obligation quelconque du vendeur⁶⁷⁸.

Trois phases doivent donc être envisagées, quant au moment de la survenance du défaut:

- L'hypothèse du concours par excellence est celle où le défaut intervient dans la phase *antérieure* à la conclusion du contrat.
- Si le défaut survient *après* la conclusion du contrat, et *avant* le transfert des risques, on ne peut envisager un concours que si l'on admet l'hypothèse de l'invalidation sur les faits futurs, qui doit rester exceptionnelle. Mise à part cette question particulière, cette phase est celle de l'application exclusive des règles uniformes. Une telle phase d'application exclusive des règles de la vente n'a pas d'équivalent en droit national suisse, puisque les actions édiliciennes supposent en droit suisse que le défaut soit survenu avant le transfert des risques, soit, pour un corps certain, avant la conclusion du contrat.
- Si le défaut survient *après le moment du transfert des risques*, le vendeur n'en est plus responsable, sauf si les conditions de l'article 36 alinéa 2 CV sont réalisées. Dans cette dernière hypothèse, se repose la question de l'invalidation pour faits futurs, et subsidiairement la question du concours entre droit national et droit uniforme⁶⁷⁹.

239. Une simple erreur sur la conformité de la marchandise ne suffit cependant pas à créer un concours potentiel entre droit uniforme et droit national. La question du concours n'apparaît en effet que dans les deux cas suivants:

in: PJA 11/1992, pp. 1386 ss; GAUCH/SCHLUEP, n° 795 ss, et la jurisprudence (fluctuante) du Tribunal fédéral citée par ces auteurs.

⁶⁷⁸ Art. 36 al. 2 CV. Selon cette disposition, la garantie du vendeur peut notamment porter sur le fait que, pendant une certaine période, les marchandises resteront propres à leur usage spécial ou conserveront des qualités ou caractéristiques spécifiées. Dans une telle hypothèse, la garantie du vendeur va au-delà du moment du transfert des risques.

⁶⁷⁹ Cf. HEIZ, p. 658.

- L'erreur est essentielle au sens de l'article 24 alinéa 1 ch. 4 CO⁶⁸⁰. Les concepts d'erreur essentielle et de contravention essentielle⁶⁸¹ ne coïncident pas. En particulier, la condition du caractère objectivement essentiel du fait sur lequel porte l'erreur ne correspond pas à la définition très subjective de l'article 25 CV. On peut donc envisager des hypothèses où le défaut de conformité de la marchandise, la rendant impropre à l'usage spécial que lui réservait l'acheteur, constitue une contravention essentielle permettant de résoudre le contrat, mais pas une erreur objectivement essentielle permettant de l'invalider⁶⁸². L'inverse est plus difficile à concevoir, puisque si le défaut de la marchandise ne prive pas substantiellement l'acheteur de ce qu'il attendait du contrat au sens de l'article 25 CV, son erreur n'est pas subjectivement essentielle au sens de l'article 24 alinéa 1 ch. 4 CO.
- L'erreur a été causée par un dol du vendeur au sens de l'article 28 CO⁶⁸³. L'hypothèse de la connaissance par le vendeur du défaut de conformité, ou du droit d'un tiers sur la marchandise, est elle-même appréhendée par le droit uniforme qui lui confère des conséquences propres⁶⁸⁴. Le dol peut porter sur un défaut ne privant pas substantiellement l'acheteur de ce qu'il attendait au sens de l'article 25 CV, auquel cas seule une invalidation pour dol lui permettrait de se départir du contrat⁶⁸⁵.

⁶⁸⁰ Une erreur sur les motifs est essentielle en droit suisse lorsqu'elle porte sur un fait qui, pour la partie dans l'erreur, était subjectivement un élément de base du contrat, et s'il était objectivement justifié selon la loyauté commerciale de considérer ce fait comme un élément de base du contrat. Pour plus de précision, cf. GAUCH/SCHLUEP, n° 778 ss.

⁶⁸¹ Art. 25 CV. Une contravention essentielle est une condition de la résolution du contrat.

⁶⁸² Le critère objectif de l'essentialité selon la loyauté commerciale fait alors défaut.

⁶⁸³ Il s'agit d'une tromperie intentionnelle commise à travers une affirmation ou un comportement positif d'une partie, ou par omission. Pour plus de précision, cf. GAUCH/SCHLUEP, n° 857 ss.

⁶⁸⁴ Art. 40 CV; art. 43 al. 3 CV.

⁶⁸⁵ En droit uniforme, une résolution partielle au sens de l'art. 51 al. 1 CV serait néanmoins à envisager.

240. L'insolvabilité d'une partie est une hypothèse prévue à l'article 71 alinéa 1 lettre a CV, qui permet au cocontractant de différer l'exécution de ses obligations. Cette exception dilatoire est complétée par l'article 72 CV, qui donne à une partie le droit de déclarer le contrat résolu lorsqu'il est manifeste avant la date d'exécution du contrat qu'une partie commettra une contravention essentielle au contrat. Les conséquences de la résolution sont alors régies par les articles 82 ss CV⁶⁸⁶.

Les articles 72 et 73 CV sont la traduction en droit uniforme de l'exception d'insolvabilité de l'article 83 CO⁶⁸⁷, qui permet également de se départir du contrat. L'article 83 CO suppose cependant une insolvabilité subséquente à la conclusion du contrat⁶⁸⁸, alors que l'article 71 CV s'applique lorsque qu'il *apparaît*, après la conclusion du contrat, que l'autre partie n'exécutera pas une partie essentielle de ses obligations du fait de son insolvabilité.

Or, l'insolvabilité antérieure à la conclusion du contrat peut également être un cas d'erreur essentielle ou de dol en droit suisse⁶⁸⁹. Deux hypothèses de concours potentiel entre droit national et droit uniforme peuvent donc se présenter:

- Si le cas d'insolvabilité (ou d'incapacité d'exécution en général) survient avant la conclusion du contrat, se présente un concours potentiel entre le droit formateur d'une partie à la résolution du contrat au sens de l'article 72 CV, et son droit formateur à l'invalidation du contrat au sens du droit national⁶⁹⁰.
- Si le cas d'insolvabilité survient après la conclusion du contrat, se pose la question du concours potentiel entre les articles 71 et 72 CV d'une part, et l'article 83 CO d'autre part.

241. Chaque fois que les champs d'application respectifs du droit uniforme et du droit national supplétif se recouvrent, se pose la question du concours entre ces sources du droit. Il s'agit donc de

⁶⁸⁶ LESER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 73 CV, n° 34.

⁶⁸⁷ LICHTSTEINER, ad art. 71 CV, et ad 72 CV.

⁶⁸⁸ OR-LEU, ad art. 83, n° 3; GAUCH/SCHLUEP, n° 2249; ATF 105 II 31; Voir cependant BUCHER E, AT, p. 311 note 68.

⁶⁸⁹ OR-LEU, ad art. 83, n° 3; en droit autrichien, cf. KAROLLUS, p. 47.

⁶⁹⁰ KAROLLUS, p. 47; REINHART, ad art. 71, n° 5; ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH ad art. 71, n° 2; LESER, in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 71, n° 16.

déterminer le caractère exclusif ou alternatif de la règle spéciale, en l'occurrence la règle du droit uniforme. Pour ce faire, il est nécessaire d'examiner les solutions respectives de la règle générale et de la règle spéciale, afin d'établir si cette dernière restreint de façon impérative les moyens de droit d'une des parties, ou si elle ne fait que mettre à sa disposition un éventail de moyens de droit plus étendu⁶⁹¹. Tant en droit uniforme qu'en droit national, l'étude approfondie de ces moyens de droit nous entraînerait trop loin et nous n'en feront qu'un bref survol dans une optique comparatiste. Notre étude se focalisera sur le cas de concours le plus important, soit l'hypothèse de l'invalidation du contrat en cas d'erreur ou de dol, en concours avec les règles du droit uniforme sur la conformité de la marchandise. Nous examinerons en dernier lieu le cas de l'insolvabilité du cocontractant.

c. Les moyens de droit accordés respectivement par le droit uniforme et par le droit national

242. Le droit de se départir du contrat.

L'acheteur ne peut se départir du contrat en droit uniforme que si le défaut de conformité constitue une contravention essentielle au sens de l'article 25 CV⁶⁹². En droit suisse, l'invalidation suppose une erreur essentielle ou une erreur non essentielle provoquée par un dol. Nous avons vu que les notions d'erreur essentielle et de contravention essentielle ne coïncident pas. Le seul cas où le droit de se départir du contrat est exclu en droit uniforme et possible en droit suisse est celui du dol du vendeur portant sur un défaut ne privant pas substantiellement l'acheteur de ce qu'il attendait.

La résolution selon le droit uniforme est un droit formateur dont l'exercice suppose une simple manifestation de volonté⁶⁹³. Elle est donc de même nature que l'invalidation en droit suisse⁶⁹⁴, en ce qu'elle

⁶⁹¹ Cf. SCHMIDLIN, ad art. 23/24, n° 253: «Daher scheint die Antwort auf die Frage der exklusiven oder alternativen Anwendung beider Bestimmungen davon abzuhängen, ob die Sondervorschriften der Sachmängelhaftung den Käufer *zwingend beschränken* oder *wahlweise begünstigen* wollen».

⁶⁹² Art. 49 al. 1 let. a CV

⁶⁹³ AUDIT, p. 132, n° 135; HERBER/CZERWENKA, ad art. 49, n° 11.

⁶⁹⁴ Cf. GAUCH/SCHLUEP, n° 889ss sur les controverses en droit suisse quant à la nature de l'invalidation. La nature de droit formateur du droit à l'invalidation n'est cependant pas contestée; cf. OR-SCHWENZER, ad art. 31, n° 7.

n'implique pas d'intervention judiciaire. Ces deux actes formateurs sont sujets à réception, mais la déclaration de résolution bénéficie de l'article 27 CV, en cas de retard ou d'erreur dans la transmission de la communication ou si cette communication n'est pas arrivée à destination⁶⁹⁵. Le droit suisse ne connaît pas une telle exception au principe de la réception⁶⁹⁶. Il est donc moins favorable à l'acheteur sur ce point.

Le droit de se prévaloir d'un défaut de conformité, et donc de résoudre le contrat en droit uniforme, est soumis à la condition du respect d'un certain nombre d'incombances:

- devoir de vérifier la marchandise dans un délai aussi bref que possible⁶⁹⁷,
- devoir de dénoncer le défaut de conformité dans un délai raisonnable à partir du moment où l'acheteur l'a constaté ou aurait dû le constater⁶⁹⁸, et dans un délai maximum de deux ans⁶⁹⁹.

Le vendeur ne peut cependant se prévaloir du non respect de ces incombances lorsque le défaut de conformité porte sur des faits qu'il

⁶⁹⁵ Cf. WEBER in: *berner Tage*, p. 179.

⁶⁹⁶ LICHTSTEINER ad art. 27CV; OR-SCHWENZER, ad art. 31, n° 10.

⁶⁹⁷ Art. 38 CV.

⁶⁹⁸ Art. 39 al. 1 CV. Le délai raisonnable de l'art. 39 al. 1 CV doit se déterminer selon les circonstances objectives et subjectives du cas d'espèce, en application de l'art. 8 al. 2 CV (REINHART, ad art. 39, n° 5). La Convention ne reprend pas l'expression de la loi uniforme de 1964 qui précisait que le délai était un «bref délai» (art. 39 EKG), soit un délai aussi court que possible suivant les circonstances (art. 11 EKG). La doctrine majoritaire s'accorde pourtant à considérer que ces principes restent implicitement valables (REINHART, ad art. 39, n° 5; STUMPF in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 39, n° 8). Certains auteurs considèrent cependant que le juge est, avec le nouveau droit uniforme, plus libre dans son appréciation des circonstances (HERBER/CZERWENKA, ad art. 39 CV, n° 9; HUBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 44, n° 5). HERBER/CZERWENKA, ad art. 39, n° 9 parlent d'un délai de huit jours comme douteux, et d'un délai de quatre semaines comme exclu. Voir également l'arrêt du Landgericht de Stuttgart du 31 août 1989 (IPRax 1990, 317), selon lequel l'acheteur est déchu du droit de se prévaloir d'un défaut de conformité un mois après la livraison.

⁶⁹⁹ Art. 39 al. 2 CV.

connaissait ou ne pouvait ignorer⁷⁰⁰, soit en tout cas dans les hypothèses de dol.

L'invalidation pour vice de consentement n'est soumise à aucune incombance, sinon à celles découlant de la bonne foi⁷⁰¹.

Le droit de résolution du droit uniforme se périmé dans un «*délai raisonnable*» dès le moment spécifié par l'article 49 alinéa 2 lettre b CV (soit en général dès découverte du défaut de conformité selon l'article 49 alinéa 2 lettre b i). Cette péremption doit en outre être mise en rapport avec le délai absolu de deux ans dès la remise de la marchandise de l'article 39 alinéa 2 CV. La prescription du droit à la résolution n'est pas réglée par le droit uniforme⁷⁰². Le droit à l'invalidation en droit suisse se périmé dans un délai d'un an dès la découverte du vice de consentement⁷⁰³, sans délai de péremption absolu⁷⁰⁴. Le délai raisonnable de l'article 49 alinéa 2 CV est certainement plus bref que le délai d'un an de l'article 31 CO⁷⁰⁵.

La résolution du contrat selon le droit uniforme peut être partielle, si une partie seulement de la marchandise est conforme au

⁷⁰⁰ Art. 40 CV. L'art. 40 CV est plus large que l'art. 203 CO, puisque la négligence du vendeur suffit à lui faire perdre le droit de se prévaloir du non-respect des incombances: LICHTSTEINER, ad art. 40 CV; REINHART, ad art. 40, n° 4.

⁷⁰¹ Art. 25 CO. Ainsi l'errans dispose-t-il d'un délai d'un an dès la découverte de l'erreur pour invalider le contrat (art. 31 CO), mais le fait d'attendre l'échéance de ce délai pour sciemment augmenter les coûts du cocontractant pourrait rendre l'invalidation contraire à la bonne foi (OR-SCHWENZER, ad art. 25, n° 4). Il y a donc là une incombance implicite de célérité raisonnable dès la découverte de l'erreur.

⁷⁰² Cf. infra n° 289 ss.

⁷⁰³ Art. 31 CO.

⁷⁰⁴ ATF 114 II 130. Cet *obiter dictum* du Tribunal fédéral est néanmoins vivement contesté par la doctrine suisse: cf. OR-SCHWENZER, ad art. 31, n° 13; GAUCH/SCHLUEP, n° 910, et les références citées par ces auteurs.

⁷⁰⁵ Ce «*délai raisonnable*» dépend des pratiques commerciales et des circonstances particulières du cas, comme la nature de la marchandise, l'état du marché et les autres possibilités ouvertes à l'acheteur et au vendeur (WILL in: BIANCA/BONELL, ad art. 49, n° 2.2.1.1). L'esprit de cette disposition est que la résolution du contrat doit être connue aussi rapidement que possible afin de limiter les frais et les risques de la marchandise (AUDIT, p. 132). On est donc loin du délai fixe d'un an de l'art. 31 CO.

contrat⁷⁰⁶. L'invalidation du contrat en droit suisse peut être partielle par application par analogie de l'article 20 alinéa 2 CO, si le vice de consentement n'atteint qu'une partie d'un contrat divisible, et s'il ressort de la volonté hypothétique des parties qu'elles auraient conclu le contrat partiellement si le fait à l'origine de l'erreur leur avait été connu au moment de la conclusion du contrat⁷⁰⁷.

243. *La restitution de la marchandise.*

En cas de résolution du contrat selon le droit uniforme, le vendeur a droit à la restitution de la marchandise en vertu de l'article 82 alinéa 2 CV. Il s'agit là d'un droit de nature obligationnelle, la Convention ne réglant pas la question du transfert de propriété⁷⁰⁸. En

⁷⁰⁶ Art. 51 al. 1 CV. La condition de cette résolution partielle est donc que la marchandise puisse être scindée en deux parties, une partie conforme et une partie non conforme (REINHART, ad art. 51, n° 2; HUBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 51, n° 2). Un contrat portant sur une marchandise inséparable ne peut donc être résolu que si le défaut constitue une contravention essentielle au contrat (art. 51 al. 2 CV).

⁷⁰⁷ ATF 107 II 423; 96 II 106; 78 II 217; GAUCH/SCHLUEP, n° 852. OR-SCHWENZER, n° 11. Le critère n'est donc pas comme en droit uniforme celui de la divisibilité de la *marchandise*, mais celui de la divisibilité du *contrat* (ENGEL, p. 207; KRAMER ad art. 19-20, n° 335). Alors qu'en droit uniforme, la volonté hypothétique du vendeur n'importe pas dans le cadre de la résolution partielle, elle est essentielle en droit suisse pour une invalidation partielle (KRAMER, ad art. 19-20, n° 327 et 348 ss). Une invalidation partielle peut également impliquer en droit suisse une correction du contrat soit en cas de défaut mineur une diminution du prix (KRAMER, ad art. 19-20, n° 335 et 357), ce qui correspond en droit uniforme à l'action minutoire lorsque la marchandise n'est pas divisible.

⁷⁰⁸ Le silence de la Convention sur cette question du transfert de propriété rend la nature de l'obligation de restitution difficile à définir. Cf. TALLON in: BIANCA/BONELL, ad art. 81, n° 2.5, qui situe cette question dans le cadre de l'enrichissement illégitime ou des quasi contrats. Dans le même sens KAROLLUS, p. 153; Voir également HERBER/CZERWENKA, ad art. 82, n° 17, qui excluent l'application du droit national à l'obligation de restitution. Plus éloquent encore, le MESSAGE, n° 235. 5, parle d'«exécution à rebours du contrat», et note que selon la Convention de Vienne, la résolution n'a pas d'effet rétroactif (MESSAGE, n° 235. 52). LICHTSTEINER, ad art. 81 CV, assimile la restitution des prestations en droit uniforme à la restitution des prestations au sens de l'art. 109 CO, qui est de nature contractuelle (OR-WIEGAND, ad art. 109, n° 5).

La question de la nature de la prétention en restitution de la marchandise joue un rôle pratique en cas de faillite de l'acheteur. Sur cette question, cf. TALLON in: BIANCA/BONELL, ad art. 81, n° 2.7.

cas d'invalidation du contrat en droit suisse, le vendeur, resté propriétaire de la marchandise, peut la revendiquer au sens de l'article 641 alinéa 2 CC⁷⁰⁹. Il s'agit d'une action de droit réel soumise au droit déterminé en droit suisse par les articles 100 à 104 LDIP, qui n'est pas forcément le droit applicable au contrat.

La revendication est imprescriptible⁷¹⁰. Le droit uniforme ne règle pas la question de la prescription et le droit à la restitution de la marchandise se prescrit selon le droit national supplétif⁷¹¹.

En cas d'impossibilité de restituer la marchandise, l'acheteur ne perd pas le droit à l'invalidation⁷¹². En cas d'impossibilité de restituer la marchandise, l'acheteur perd le droit à la résolution⁷¹³, sauf dans les hypothèses de l'article 82 alinéa 2 CV⁷¹⁴. L'importance des exceptions de l'article 82 alinéa 2 CV, notamment l'article 82 alinéa 2 lettre a CV selon lequel la résolution est néanmoins possible lorsque l'impossibilité de restituer les marchandises n'est pas due à un acte ou une omission de la part de l'acheteur, rend cependant les solutions des deux droits très proches, les cas où l'acheteur perd son droit à résolution au sens de l'article 82 alinéa 1 CV étant en général des cas où une invalidation du contrat serait un abus de droit au sens de l'article 25 CO.

244. *La restitution du prix.*

La restitution du prix a lieu en droit suisse après invalidation du contrat selon les règles de l'enrichissement illégitime⁷¹⁵. Après résolution en droit uniforme, elle est due selon l'article 82 alinéa 2 CV.

⁷⁰⁹ BUCHER E, AT, p. 214; OR-HUGUENIN, ad art. 31, n° 15.

⁷¹⁰ STEINAUER, Tome I, n° 1023.

⁷¹¹ Sur cette question, cf. infra n° 289 ss.

⁷¹² BUCHER E, A.T., p. 215. Doit néanmoins être réservé l'abus de droit (art. 25 CO), notamment lorsque la perte de la marchandise est due à une faute de l'acheteur (application analogique de l'art. 207 CO; cf. OR-SCHWENZER, ad art. 25, n° 5).

⁷¹³ Art. 82 CV.

⁷¹⁴ Le rapport entre règle et exception est donc inversé en droit suisse (pas de perte du droit à l'invalidation/abus de droit); et en droit uniforme (perte du droit à la résolution/exception de l'art. 82 al. 2 CV).

⁷¹⁵ BUCHER E, AT, p. 215; OR-HUGUENIN, ad art. 31, n° 15; GAUCH/SCHLUEP, n° 1483; ATF 114 II 142.

Si le vendeur s'est dessaisi de bonne foi de l'enrichissement, il peut être mis en droit suisse au bénéfice de l'article 64 CO. Le droit uniforme ne connaît pas de règle similaire, puisque l'article 82 CV ne concerne que l'impossibilité de restituer la marchandise⁷¹⁶. Sous cet angle, le vendeur est moins bien protégé en droit uniforme qu'en droit national. Le contexte commercial de l'application du droit uniforme justifie cette différence.

Dans les deux cas le vendeur doit payer des intérêts sur le montant du prix à compter du jour du paiement⁷¹⁷. Le taux d'intérêt n'est pas défini en droit uniforme et doit être déterminé selon le droit national supplétif⁷¹⁸.

Le droit uniforme place la restitution des prestations dans un rapport synallagmatique (art. 82 CV)⁷¹⁹. Cette question n'est pas réglée de façon aussi claire en droit suisse en cas d'invalidation, mais résulte de la doctrine et de la jurisprudence⁷²⁰.

245. Le droit à des dommages-intérêts.

La résolution du contrat en droit uniforme ne libère pas les parties de leur responsabilité contractuelle⁷²¹. S'agissant d'un défaut de conformité, le vendeur doit indemniser l'acheteur pour toute perte

⁷¹⁶ Cf. LESER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 82, n° 8.

⁷¹⁷ En droit uniforme: art. 84 al. 1 CV

La situation est moins claire en droit suisse, puisque seuls les intérêts concrètement perçus par le vendeur peuvent être réclamés par l'acheteur, comme part de l'enrichissement illégitime: cf. BUCHER E., AT, p. 692; ENGEL, p. 405; ATF 84 II 179; ATF 80 II 159; ATF 61 II, 12. Dès la mise en demeure de restitution, commence à courir un intérêt moratoire de 5% (art. 104 CO), ou au taux de l'escompte entre commerçants (art. 104 al. 3 CO).

⁷¹⁸ HERBER/CZERWENKA, ad art 84, n° 3. Si le droit suisse est applicable à titre supplétif, un intérêt de 5% sera dû selon l'art. 73 CO jusqu'à la mise en demeure de restitution (puisque, selon l'art. 84 al. 1 CV, le vendeur «doit des intérêts dont le taux n'est pas fixé par la loi» au sens de l'art. 73 CO), puis l'intérêt moratoire dès ce moment.

⁷¹⁹ Sur une éventuelle compensation entre prestations de même nature, cf. LESER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 81, n° 16.

⁷²⁰ OR-SCHWENZER, ad art. 31, n° 15; BUCHER E., AT, p. 215; ATF 83 II 18. Ce rapport synallagmatique résulte également des art. 895 CC (droit de rétention) et 82 CO par analogie.

⁷²¹ Art. 81 al. 1 CV.

subie ou gain manqué causé par le défaut, dans la limite de la prévisibilité du dommage⁷²². Le calcul du dommage peut être concret ou abstrait⁷²³. Le fait que le vendeur n'ait commis aucune faute n'est pas relevant, sa seule cause d'exonération étant que le défaut de conformité soit dû à un empêchement indépendant de sa volonté, et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre de lui qu'il le prenne en considération lors de la conclusion du contrat⁷²⁴.

En cas d'invalidation du contrat en droit suisse, aucune prétention en dommages-intérêts spécifique n'est prévue sinon celle de l'article 26 CO qui concerne la faute de l'*errans*. L'acheteur qui a invalidé le contrat en raison d'une erreur quant à la conformité de la marchandise peut faire appel à la responsabilité précontractuelle du vendeur, qui n'est engagée que si celui-ci a commis une violation *fautive* de ses obligations précontractuelles, par exemple l'obligation d'informer son cocontractant⁷²⁵. La condition de la faute rend donc cette action beaucoup plus restrictive qu'en droit uniforme. Elle l'est également quant à l'étendue du dommage réparable, puisque seule peut en principe être réclamée la réparation de la lésion de l'intérêt négatif de l'acheteur à la non conclusion du contrat⁷²⁶. Le gain manqué de l'acheteur sur la revente de la marchandise, (et moins encore le gain

⁷²² Art. 74 CV.

⁷²³ Art. 75 et 76 CV.

⁷²⁴ Art. 79 CV.

⁷²⁵ ENGEL, p. 237; ATF 82 II 411; ATF 90 II 1965; La condition de la faute implique que la responsabilité du cocontractant de la victime de l'erreur soit essentiellement engagée dans les cas de dol au sens de l'art. 28 CO: ATF 116 II 431; ATF 108 II 419; OR-HONSELL, Vorbemerkungen zu Art. 197-210, n° 12; BUCHER E., AT, p. 222; ENGEL, p. 245; GAUCH/SCHLUEP, n° 870 ss.

Sur l'applicabilité du droit uniforme à certains aspects de la culpa in contrahendo, cf. infra n° 277 ss.

Reste enfin l'éventualité d'une responsabilité délictuelle du vendeur, qui peut être invoquée indépendamment de toute relation contractuelle, en cas d'invalidation selon le droit national comme en cas de résolution selon le droit uniforme. Sur cette question, cf. infra n° 256 ss.

⁷²⁶ GAUCH/SCHLUEP, n° 870 ss; GONZENBACH, p. 199, n° 203 ss; OR-HONSELL, Vorbemerkungen zu Art. 197-210, n° 12, fait ainsi remarquer que l'invalidation pour dol est un moyen de droit moins favorable à l'acheteur que les actions «dilicieux» classiques, puisqu'il perd sa prétention en dommages-intérêts «positifs».

manqué calculé abstraitement au sens de l'article 76 CV), n'est pas un dommage réparable sous l'angle de la responsabilité précontractuelle du vendeur.

Là encore, le droit applicable à la responsabilité précontractuelle du vendeur n'est pas forcément le droit applicable au contrat⁷²⁷.

246. Le droit à la restitution des fruits.

Le droit uniforme impose à l'acheteur de restituer tout profit qu'il a retiré de la marchandise ou d'une partie de celle-ci⁷²⁸. Après une invalidation du contrat en droit suisse, l'acheteur de bonne foi ne doit pas restituer les profits de la chose mais doit les imputer sur les impenses qu'il récupère selon l'article 939 alinéa 1 CC⁷²⁹. Les brefs délais de vérification de la marchandise rendent cependant cette différence théorique sans grande importance pratique.

247. Autres moyens de droit prévus par le droit uniforme.

La résolution du contrat est le moyen de droit prévu par le droit uniforme qui se rapproche le plus de l'invalidation du contrat prévue par le droit national en cas de vice de consentement. Le droit uniforme offre cependant à l'acheteur un éventail de droits beaucoup plus large en cas de défaut de conformité, permettant le maintien du contrat: l'action en remplacement ou réparation de la marchandise⁷³⁰, l'action

⁷²⁷ Sur le droit applicable à la responsabilité précontractuelle des parties, cf. la casuistique établie par NICKL (Zusammenfassung p. 249), et FRICK, Joachim, *Culpa in contrahendo - Eine rechtsvergleichende und kollisionsrechtliche Studie*, Schulthess, Zürich 1992, pp. 157 ss, selon lequel la violation d'une obligation de déclaration doit répondre aux principes de rattachement en matière contractuelle (art. 117 ss LDIP), et la violation d'une obligation de comportement aux principes de rattachement en matière délictuelle (art. 133ss LDIP, avec la réserve de l'art. 133 al. 3 LDIP).

⁷²⁸ Art. 84 al. 2 CV.

⁷²⁹ Art. 939 al. 3 CC; Les fruits dont la valeur est plus importante que les impenses ne peuvent donc être récupérés: cf. STARK, ad art. 938 CC, n° 10. Le droit uniforme ne prévoit pas de remboursement des impenses. Selon LESER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 84, n° 20, les impenses doivent être imputées sur les profits de l'art. 84 al. 2 CV. Droit uniforme et droit suisse ont donc des solutions inverses (imputation des profits sur les impenses en droit suisse et imputation des impenses sur les profits en droit uniforme).

⁷³⁰ Art. 45 al. 1 let. a CV; art. 46 al. 2 et 3 CV.

minutoire⁷³¹, l'action en dommages-intérêts indépendante de la résolution⁷³².

248. *L'hypothèse de l'insolvabilité du cocontractant.*

En cas d'insolvabilité ou d'incapacité subjective d'exécution du cocontractant, le droit uniforme met à la disposition des parties une exception dilatoire dans un premier temps (art. 71 CV), puis le droit de résoudre le contrat de façon anticipée s'il est manifeste que l'autre partie commettra une contravention essentielle au contrat (art. 72 CV)⁷³³.

En droit suisse, l'insolvabilité du cocontractant survenant *après* la conclusion du contrat permet à l'autre partie de se départir du contrat de façon anticipée⁷³⁴. Le droit de se départir du contrat est un cas de résolution au sens de l'article 107 CO⁷³⁵. Dans cette hypothèse, le droit suisse ne prévoit pas de dommages-intérêts, puisque le fait d'être insolvable n'est, sauf circonstance exceptionnelle, pas fautif⁷³⁶. En droit uniforme, le fait de ne pas pouvoir payer le prix constitue une contravention essentielle permettant au cocontractant de demander des dommages-intérêts, l'hypothèse d'une exonération au sens de l'article 79 CV étant peu envisageable⁷³⁷.

L'insolvabilité ou l'incapacité subjective d'exécution survenant *avant* la conclusion du contrat est un cas d'erreur ou de dol, qui permet au cocontractant d'invalidier le contrat⁷³⁸. En terme de compa-

⁷³¹ Art. 45 al. 1 let. a CV; art. 50 CV.

⁷³² Art. 45 al. 1 let. b CV, art. 74ss CV.

⁷³³ LESER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 71, n° 40; ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH ad art. 71, n° 3; HEUZE n° 398; Voir cependant SCHLECHTRIEM in: COLLOQUE DE LAUSANNE, p. 149, 156.

⁷³⁴ Art. 83 CO. Sur cette condition temporelle, cf. ATF 105 II 31; 63 III 152; OR-LEU, ad art. 83 n° 3; ENGEL, p. 444; GAUCH/SCHLUEP, n° 2249; contra BUCHER E., AT, p. 311, note 68.

⁷³⁵ ATF 116 II 440; OR-LEU, ad art. 83, n° 5.

⁷³⁶ OR-LEU, ad art. 83, n° 5; ATF 64 II 266.

⁷³⁷ Sur cette prétention cf. LESER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 72, n° 25. Il est vrai que cette différence peut paraître théorique s'agissant d'une partie insolvable, mais l'expectative d'un retour à meilleur fortune au sens de l'art. 265 al. 2 LP peut lui rendre son intérêt.

⁷³⁸ OR-Leu, ad art. 83 n° 3. Le fait de ne pas révéler son insolvabilité à son cocontractant n'implique cependant pas systématiquement un cas de dol: cf. ATF 86 IV 205; OR-SCHWENZER, ad art. 28, n° 234.

raison des moyens de droit, la situation est donc la même que celle du défaut de conformité que nous venons d'examiner, sinon que le droit de résoudre en droit uniforme, d'invalider en droit suisse, est anticipé par rapport au moment de l'exécution.

249. *Evaluation.*

Par rapport aux moyens de droit prévus par le droit uniforme, l'invalidation du contrat selon les règles suisses sur les vices de consentement présente pour l'acheteur les avantages suivants:

- L'invalidation du contrat n'est pas liée au respect des incombrances, dans les limites de l'abus de droit.
- L'acheteur peut réclamer sur la base de la responsabilité précontractuelle du vendeur la réparation d'un dommage qui n'est pas restreint par la condition de prévisibilité de l'article 74 CV⁷³⁹.
- Son droit formateur est soumis au délai de péremption d'un an dès la découverte de l'erreur.

Cette solution présente *pour le vendeur* l'avantage qu'il reste propriétaire de la marchandise et peut donc éventuellement la revendre dans la faillite de l'acheteur.

Le droit uniforme offre pour sa part à l'acheteur les avantages suivants:

- Une palette de droit plus étendue permettant le maintien du contrat et évitant ainsi les frais de restitution des prestations.
- La réparation du dommage résultant de la lésion de son intérêt positif à la bonne exécution du contrat, même en cas de résolution.
- Un rapport de liquidation de nature exclusivement contractuelle et basé sur un seul droit.

La prescription n'est pas réglée par le droit uniforme, et l'application à titre supplétif de l'article 210 alinéa 1 CO rendrait le délai de péremption du droit formateur à l'invalidation beaucoup plus favorable à l'acheteur. L'applicabilité de l'article 210 CO dans le cadre du droit uniforme est extrêmement douteuse⁷⁴⁰. A titre d'exemple, la solution allemande de l'article 3 VertragsG implique une modification

⁷³⁹ Cette différence ne doit cependant pas être surévaluée: voir infra n° 270. Il n'est pas fait mention ici de l'éventuelle responsabilité civile du vendeur.

⁷⁴⁰ Sur cette question cf. infra n° 289 ss.

du par 477 BGB dans le cadre du droit uniforme, le *dies a quo* du délai de prescription n'étant plus le jour de la livraison mais celui de l'avis des défauts.

Nous avons vus par ailleurs que, pour la plupart des questions accessoires, les deux droits se rejoignent sinon dans leurs logiques du moins dans leurs solutions. *C'est donc essentiellement la question des incombances qui peut déterminer l'acheteur dans son choix de l'invalidation du contrat pour vices de consentement selon le droit national suisse plutôt que de la résolution en cas de défaut de conformité prévue par le droit uniforme.*

S'agissant du cas de l'insolvabilité d'une partie, le droit uniforme permet comme le droit suisse au cocontractant de se départir préalablement du contrat. Il est par contre plus généreux que le droit suisse dans l'octroi des dommages-intérêts.

d. La question du concours

250. Nous avons vu quelles étaient les hypothèses du concours et les conséquences juridiques qui en résulteraient. Reste à déterminer si ce concours doit être admis ou exclu.

Une première approche serait de constater que, contrairement aux lois uniformes de 1964, le droit uniforme n'apporte pas cette réponse. Il s'agirait donc d'une lacune au sens de l'article 7 alinéa 2 CV, devant être comblée en premier lieu selon les principes généraux de la Convention et en second lieu selon le droit national applicable. Les principes généraux de la Convention ne nous renseignent guère sur les rapports même de la Convention avec le droit national⁷⁴¹; tout au plus peut-on constater que les règles de validité, y compris les règles relatives aux vices de consentement, sont hors les limites du droit uniforme. Le droit suisse, s'il est le droit national applicable, ne nous renseigne pas sur la question du concours entre droit national et droit uniforme, mais régit la question du concours entre règles générales sur

⁷⁴¹ Cf. SCHMIDLIN, ad art. 23/24, n° 301: «In der Frage, ob das CISG die Irrtumsregelung ausschliesse, kommt es daher in erster Linie auf die Lösung im nationalen Recht an. Dem CISG selbst kann kein entscheidendes Argument entnommen werden». L'auteur n'en conclut cependant pas pour autant à l'admissibilité du concours entre droit uniforme et droit national, la clef de cette question étant selon cet auteur dans la nature du défaut, et le fait que sa découverte nécessite ou non le recours à un expert.

les vices de consentement et règles spéciales sur le contrat de vente: de jurisprudence constante, le Tribunal fédéral à toujours admis ce concours alternatif, restant insensible aux critiques impuissantes mais acerbes de la doctrine⁷⁴². Le Tribunal fédéral a même conféré à ce concours alternatif les lettres de noblesse du droit coutumier⁷⁴³. Pourquoi dès lors rompre avec cette logique lorsque l'on passe du contrat de vente interne au contrat de vente internationale? Cette jurisprudence nationale n'est-elle pas la clef du comblement de la lacune de la Convention sur cette question⁷⁴⁴?

251. Ce prisme du droit national n'est pas le bon. La question du concours est un problème d'interprétation des règles en présence et non un problème de comblement d'une lacune. Pour déterminer le statut de *lex specialis* du droit uniforme, il s'agit de l'interpréter. Or l'interprétation des règles nationales en la matière ne peut être reprise «*mutatis mutandis*», puisque les règles d'interprétation ne sont pas les mêmes en droit uniforme et en droit national⁷⁴⁵. C'est à travers le prisme des trois critères d'interprétation de l'article 7 CV que doit être examinée la question du concours.

252. *La prise en compte du caractère international.*

Ce premier critère interdit le «*patriotisme interprétatif*»⁷⁴⁶ dont font preuve certains auteurs. Le contexte international de la Conven-

⁷⁴² ATF 114 II 131; ATF 109 II 319; ATF 108 II 102; ATF 106 II 32; OR-HONSELL, *Vorbemerkungen zu Art. 197-210*, n° 9; GAUCH/SCHULEP, n° 807; TERCIER, n° 269. Pour une liste des auteurs pour et contre l'exclusivité des art. 197 ss, cf. SCHMIDLIN, ad art. 23/24, n° 249. Le concours a cependant été exclu par le Tribunal fédéral s'agissant de la vente de bétail (ATF 111 II 70).

⁷⁴³ Cf. TERCIER, n° 269.

⁷⁴⁴ Se prononcent ainsi pour le concours du droit uniforme et du droit national lorsque le concours est admis en droit national: LESSIAK, p. 487; BYDLINSKY, pp. 85 ss; EBENROTH, pp. 688 ss; KAROLLUS, pp. 42 et 46; KHOO in: BIANCA/BONELL, ad art. 4, n° 3.3.4 (mais dubitatif au n° 3.3.5); FARNSWORTH in: BIANCA/BONELL, ad art. 8, n° 3.4; STOFFEL, in: *Cedidac*, p. 38 et in: SJZ, p. 175; AUDIT, n° 36; BONELL in: RIW, p. 700; RUMMEL in: HOYER/POSCH, p. 188; NEUMAYER/MING, ad art. 4, n° 6; selon la nature du défaut SCHMIDLIN, ad art. 23/24, n° 302 et 303. Voir également les interventions de FOKKEMA et DATE-BAH in: DOCUMENTS OFFICIELS, p. 382.

⁷⁴⁵ Cf. supra n° 170.

⁷⁴⁶ Selon l'expression de KAHN in: DPCI, p. 395.

tion implique que le droit national supplétif soit un droit étranger pour une des parties au moins. L'application exclusive du droit uniforme est une garantie d'exhaustivité d'une source de droit souvent commune aux deux parties (dans les cas d'application de l'article 1 alinéa 1 lettre a CV), en tout cas plus facilement accessible par sa nature internationale et sa large audience qu'un droit interne étranger.

Le contexte international du droit uniforme pose en outre le problème de la détermination du droit national supplétif. Si les règles de l'invalidation pour vice de consentement sont celles du droit applicable au contrat, il n'en va pas forcément de même pour les prétentions en résultant. Le juge risque donc de se retrouver confronté à un magma de droit nationaux réglant chacun un aspect différent du rapport de liquidation du contrat, ce qui n'est certainement pas propice à l'équilibre des solutions en résultant. Il y a là une différence de taille par rapport à la situation de concours du droit interne où, qu'il y ait invalidation ou résolution, le droit suisse, imprégné d'une logique globale, est applicable au rapport de liquidation dans son ensemble.

253. *L'interprétation uniforme.*

Le Tribunal fédéral a reconnu au concours entre règles générales sur les vices de consentement et règles spéciales sur la vente une valeur de coutume. Il ne s'agit pourtant pas d'un usage international au sens de l'article 9 CV, puisque de nombreux Etats contractants ont optés pour la solution contraire⁷⁴⁷.

Or, il serait regrettable que l'interprétation qui est donnée du droit uniforme dépendît des solutions diverses du droit national. La question qui se pose est celle du statut de *lex specialis* du droit uniforme par rapport aux règles générales du droit supplétif, lorsqu'un état de fait relève à la fois du domaine du droit uniforme et de celui du droit supplétif. A cette question, une réponse uniforme doit être apportée.

Le principe de l'interprétation uniforme est la traduction, en termes d'interprétation, du but du droit conventionnel, qui est de surmonter la fragmentation juridique du monde pour offrir aux problè-

⁷⁴⁷ Ainsi le droit allemand exclut-il le concours entre résolution en cas de défaut et invalidation pour erreur. Le droit Français admet ce concours, mais soumet l'invalidation pour erreur au bref délai des actions édiliciennes: cf. HUBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 45 CV, n° 81 et 82.

mes juridiques liés à un contrat de vente internationale une solution matérielle transnationale. Si cette solution devait être noyée dans un océan de moyens de droit nationaux alternatifs, c'est l'économie même de la Convention qui en serait bouleversée⁷⁴⁸. L'uniformité apportée par le droit uniforme ne serait que factice et trompeuse si les parties devaient s'attendre à se voir en outre opposer des moyens de droit nationaux, et il serait dérisoire d'imposer au juge une application uniforme des règles conventionnelles, si c'était pour ensuite mettre ces règles en concours avec des règles nationales imprégnées d'une longue tradition juridique nationale. Nous avons procédé à la comparaison entre les règles uniformes et les règles suisses sur les vices de consentement. Si la logique du concours devait être admise, le même travail serait à refaire autant de fois qu'il y a de droit supplétif national potentiellement applicable⁷⁴⁹.

Seule la solution de l'exclusivité permet de réaliser le but uniformisateur du droit conventionnel, qui est l'âme du principe de l'interprétation uniforme⁷⁵⁰.

254. La bonne foi dans le commerce international.

La prorogation du droit uniforme par les parties signifie notamment le choix d'un droit neutre, connu des deux parties et donc prévisible dans ses conséquences. Le recours d'une des parties à un moyen de droit national concourant détruit cette prévisibilité et donc en partie l'intérêt du choix du droit uniforme. C'est là une attitude

⁷⁴⁸ Cf. HEIZ, p. 660: «Any application of domestic law to an issue the Convention addresses would jeopardize the Convention function»; SCHLECHTRIEM in: Berner Tage, p. 137, selon lequel l'application des règles nationales met en danger l'uniformisation du droit dans son domaine essentiel («Kernbereich»), et p. 110: l'admission du concours n'est pas compatible avec le principe de l'application uniforme. Voir HONNOLD, ad art. 45, n° 240.

⁷⁴⁹ Or, certain de ces droits sont beaucoup moins précis que le droit suisse en ce qui concerne les conditions de l'erreur: cf. SCHLECHTRIEM, in: Berner Tage, p. 139.

⁷⁵⁰ KROPHOLLER, p. 175: «So kann eine Vereinheitlichung weitgehend entwertet werden, wenn sie konkurrierende Ansprüche und Rechte aus der nationalen Rechtsordnung nicht entweder ganz verdrängt oder nur in dem durch das Einheitsrecht gesteckten Rahmen zulässt».

parfaitement contraire à la bonne foi, qu'une juste interprétation du droit uniforme ne devrait pas permettre⁷⁵¹.

Même lorsque l'application du droit uniforme ne résulte pas d'une prorogation expresse des parties, le recours aux moyens de droit prévus par le droit national supplétif est contraire à la bonne foi. L'appareillage des moyens de droit uniforme est suffisamment complet pour que le recours à un droit national supplétif n'ait de sens que pour en contourner une condition. Les moyens de droit conventionnels sont notamment soumis à la condition du respect d'incombances. Ces incombances sont l'expression du principe de la bonne foi dans le commerce international: le contexte commercial du droit uniforme permet en effet d'attendre de l'acheteur une certaine diligence dans la vérification de la marchandise et l'avis des défauts. Ces incombances instaurent en outre un indispensable élément de prévisibilité pour le vendeur qui se sait libéré de toute obligation s'il n'a pas reçu l'avis des défauts dans un bref délai. C'est faire trop facilement fi de ces incombances que de permettre à l'acheteur qui ne les a pas respectées d'en éviter la sanction par le recours au droit national⁷⁵².

L'interprétation du droit uniforme selon le principe de la bonne foi dans le commerce international implique donc que lui soit reconnu un caractère de *lex specialis*, excluant le recours aux règles nationales applicables en cas de vice de consentement.

⁷⁵¹ HEIZ, p. 662: «Parties contracting under the Convention should be assured that the Convention will resolve all issues within its scope. An exclusive application of the Convention is the only way to achieve this goal».

⁷⁵² C'est là l'enjeu essentiel de la question du concours. Lors de la conférence de 1980, une proposition avait été faite par les Pays-Bas d'introduire dans le texte de la Convention la règle selon laquelle les moyens de droit nationaux relatifs aux vices de consentement liés à la qualité de la chose ne seraient invocables que «sous les conditions des articles 36 à 38» (correspondant aux actuels art. 38 à 40 CV). Cette proposition a été rejetée pour des raisons diamétralement opposées, soit parce que les questions touchant à la validité relèvent exclusivement du droit interne (M. DATE-BATH, Ghana) soit au contraire parce que l'application parallèle du droit uniforme et du droit national est «extrêmement difficile à admettre» (M KRISPIS, Grèce)(DOCUMENTS OFFICIELS, p. 382).

Voir également HEIZ, p. 661; HUBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 45, n° 78.

Telle était également la justification de l'art. 34 EKG, malheureusement pas repris par la Convention de Vienne: cf. VON CAEMMERER, *Vertragspflichten und Vertragsgültigkeit*, p. 38.

255. Les trois critères d'interprétation du droit uniforme permettent donc d'en déterminer l'indispensable caractère de *lex specialis* par rapport aux règles nationales sur l'invalidation en cas de vice de consentement⁷⁵³.

Dans le cas du *dol du vendeur*, l'argument des incombances tombe, puisque le vendeur ne peut plus faire valoir les articles 38 à 39 CV, respectivement 41 et 42 CV (art. 40 CV, respectivement 43 al. 2 CV). La spécialité du droit uniforme en la matière est dès lors à notre connaissance unanimement rejetée par la doctrine⁷⁵⁴. Il serait pourtant paradoxal que l'inopposabilité du non-respect des incombances en cas de *dol* justifiât le concours entre règles nationales sur le *dol* du vendeur et règles uniformes: c'est justement parce que le droit uniforme prévoit cette inopposabilité que l'on peut considérer qu'il prend suffisamment en compte cet état de fait pour lui apporter une solution exclusive. C'est au contraire si le droit uniforme n'envisageait pas la connaissance du défaut par le vendeur que l'on pourrait dénoncer son incapacité à appréhender l'hypothèse du *dol*. En l'espèce, la solution du droit uniforme est suffisamment équitable pour être exclusive: l'acheteur trompé peut résoudre le contrat même s'il a été négligent dans le respect de ses incombances (art. 40 CV, respectivement 43 al. 2 CV),

⁷⁵³ Pour cette solution: LOEWE, ad art. 45; BUCHER E. in: Berner Tage, p. 48; SCHLECHTRIEM in: Berner Tage, p. 110 et p. 123; HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 4, n° 13; HUBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 45, n° 86; REINHART, ad art. 45, n° 10; HERBER/CZERWENKA, ad art. 4, n° 22 et ad art. 71, n° 2; HEIZ, p. 660; HONNOLD, ad art. 35, n° 240; SCHWENZER, p. 115 et OR-SCHWENZER, Vorbemerkungen zu Art. 23-31, n° 13; HONSELL, p. 39; NIGGEMANN in: HOYER/POSCH. p. 108; dubitatif AUDIT, n° 121. Voir également l'art. 3. 2 du projet Unidroit de principes applicables aux contrats du commerce international: «A party shall not be entitled to avoid the contract on the ground of mistake if the circumstances on which he relies afford, or could have afforded, him a remedy for non performance» (AJCL 1992, p 710).

⁷⁵⁴ BUCHER E. in: Berner Tage, p. 48; HUBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 45 n° 93; HONNOLD, n° 65; OR-SCHWENZER ad art. 28, n° 23, et Vorbemerkungen zu Art. 23/31, n° 13; WEY, n° 312; SCHWENZER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 41, n° 24; SCHLECHTRIEM in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 29, n° 13; HERBER/CZERWENKA, ad art. 71, n° 2; REINHART, ad art. 71, n° 10; SCHLECHTRIEM, Borderland, p. 474; LACASSE, p. 36; NEUMAYER/MING, ad art. 4, n° 6. Rappelons à ce sujet que l'art. 34 EKG n'excluait pas les moyens nationaux relatifs au *dol* ou à la fraude (art. 89 EKG; STUMPF in: DÖLLE, ad art. 34 EKG; NEUMAYER in: DÖLLE ad art. 53, n° 4; MERTENS/REHBINDER, ad art. 34 EKG, n° 5).

et les dommages-intérêts auxquels il peut prétendre vont au-delà de ce que prévoient en général les droits nationaux⁷⁵⁵, puisqu'il s'agit de la réparation du dommage résultant de la lésion de son intérêt positif à la bonne exécution du contrat. Aucun problème de prescription ne se pose qui justifierait le maintien du droit à l'invalidation dans un souci de protection de l'acheteur trompé, puisque, quelle que soit la solution retenue quant à l'applicabilité de l'article 210 CO dans le cadre du droit uniforme⁷⁵⁶, l'article 210 alinéa 3 CO exclut la prescription courte de l'article 210 alinéa 1 CO en cas de dol.

La protection de l'acheteur est donc complète, et il ne gagnerait rien à conserver des moyens de droit nationaux. La prévisibilité du droit et l'effectivité de l'uniformisation gagnent au contraire beaucoup à l'exclusivité du droit uniforme.

L'acheteur trompé pourrait certes être lésé par la perte des moyens de droits nationaux dans l'hypothèse d'un dol du vendeur non constitutif d'une contravention essentielle au contrat, le défaut ne privant pas substantiellement l'acheteur de ce qu'il attendait du contrat au sens de l'article 25 CV⁷⁵⁷. L'économie de la Convention repose cependant sur l'idée que la mise à néant du contrat, solution coûteuse et peu pratique en matière internationale, soit réservée aux cas où le préjudice subi par l'acheteur le justifie⁷⁵⁸. Cette économie doit être conservée même en cas de dol du vendeur, les autres moyens prévus par la Convention, notamment l'indemnisation de l'acheteur, sanctionnant suffisamment le dol du vendeur. Il n'y a d'ailleurs aucune raison objective pour que l'acheteur soit mieux protégé lorsqu'il est trompé lors de la conclusion du contrat que lorsque le contrat porte sur une marchandise déterminée par son genre, et que le vendeur décide par la suite de délivrer une marchandise non conforme: à ces deux hypothèses

⁷⁵⁵ Même remarque en droit suisse concernant les rapports entre invalidation et actions édiliciennes: cf. OR-HONSELL, *Vorbemerkungen zu Art. 197-210*, n° 12.

⁷⁵⁶ Sur cette question, cf. *infra* n° 289 ss.

⁷⁵⁷ Dans de nombreux cas, droit uniforme et droit suisse se rejoignent cependant: Un tel dol ne donnera lieu qu'à une invalidation partielle du contrat, probablement une modification du prix, qui correspondra soit à une résolution partielle au sens de l'art. 51 CV si la marchandise est divisible, soit à une action minutoire de l'acheteur.

⁷⁵⁸ AUDIT, n° 122.

similaires le droit uniforme apporte la réponse commune et suffisante de l'article 40 CV (respectivement 43 al. 2 CV)⁷⁵⁹.

255 bis. La règle de la spécialité du droit uniforme doit également être retenue en ce qui concerne le cas de l'insolvabilité du cocontractant ou de son incapacité subjective à s'exécuter existant avant la conclusion du contrat⁷⁶⁰: le droit uniforme permet, comme le droit suisse, de se départir du contrat de façon anticipée. Il est plus généreux que le droit suisse dans l'octroi de dommages-intérêts. La comparaison de ces solutions, mise en relation avec les critères d'interprétation du droit uniforme, plaident pour l'exclusivité des solutions conventionnelles.

Enfin, la règle suisse sur l'insolvabilité du débiteur survenant après la conclusion du contrat est une règle qui s'inscrit dans le cadre générales des règles sur l'inexécution, la conséquence étant un droit de résolution similaire à celui de l'article 107 CO. La Convention de Vienne règle exhaustivement les conséquences de l'inexécution, qui relèvent de son domaine d'application par excellence. Son caractère de *lex specialis* en la matière doit être reconnu.

C. Les autres sources d'obligations

a. La responsabilité civile

256. La question du concours entre les règles sur la responsabilité civile et le droit uniforme s'inscrit dans le cadre plus général de la distinction entre responsabilité civile et contractuelle. Il ne s'agit plus, comme pour les règles relatives aux vices de consentement, de coordonner, au sein de l'édifice contractuel, des règles ayant pour but la protection d'un intérêt identique, soit l'expectative contractuelle déçue de l'un des cocontractants: les règles de la responsabilité civile sanc-

⁷⁵⁹ Le moment de la connaissance de défaut par le vendeur au sens de l'art. 40 CV n'est en effet pas la conclusion du contrat mais la remise de la marchandise au transporteur: STUMPF in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 40, n° 6.

⁷⁶⁰ REINHART, ad art. 71, n° 5; ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH ad art. 71, n° 2; LESER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 71, n° 16; HERBER/CZERWENKA, ad art. 4, n° 22 et ad art. 71, n° 16. Contra KAROLLUS, p. 42; LESSIAK p. 494.

tionnent au contraire la violation d'intérêts généraux opposables à tout tiers, indépendamment de toute relation contractuelle.

257. Le fait que les intérêts protégés ne soient pas les mêmes n'exclut cependant pas la question du concours: un même acte peut constituer à la fois une violation d'une obligation contractuelle et une violation d'une obligation générale⁷⁶¹. En matière de vente, un tel concours se présente potentiellement en cas de livraison d'une marchandise défectueuse (lésion de l'intérêt contractuel de l'acheteur) occasionnant un dommage à la propriété de l'acheteur (lésion de son droit absolu de propriété)⁷⁶².

258. Cette divergence d'intérêts protégés change par contre les paramètres de la question du concours: reconnaître le statut de *lex specialis* aux règles relatives à la responsabilité contractuelle du vendeur, en l'occurrence le droit uniforme, priverait l'acheteur d'un moyen de droit dont il disposerait indépendamment de toute relation contractuelle. Parce qu'il dispose de moyens de défense particuliers, il perdrait ses moyens de défense généraux. Or, les moyens de défense particuliers, déduits du contexte contractuel, connaissent des conditions et des limites propres. Il serait choquant que l'existence d'un contrat fût un handicap pour l'une des parties: l'acheteur ne doit pas être moins bien protégé, du fait de l'existence du contrat, que s'il avait subi le même dommage hors de tout contexte contractuel⁷⁶³. Un premier impératif vient donc poser les bornes de notre raisonnement: *l'acheteur ne doit pas être défavorisé du fait de sa relation contractuelle*.

259. Par ailleurs, demeure le souci qui a conduit notre réflexion quant au concours entre droit uniforme et règles nationales sur les vices de consentement: l'uniformisation apportée par la Convention serait en péril si ses règles pouvaient être à tout instant contournées par les règles du droit national supplétif. Il serait contraire à la bonne foi dans

⁷⁶¹ OR-WIEGAND, ad art. 97, n° 58; ENGEL, p. 508; BUCHER E., AT, p. 337; GAUCH/SCHLUEP, n° 2906.

⁷⁶² OR-HONSELL, Vorbemerkungen zu Art. 197-210, n° 7; ATF 64 II 257; ATF 67 II 137; ATF 90 II 88; ATF 107 II 168.

⁷⁶³ En droit suisse, cf. STANISLAS, p. 190. Dans le contexte du droit uniforme, cf. HUBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 45, n° 89.

le commerce international au sens de l'article 7 CV que l'acheteur se réfugiat derrière les règles nationales du droit supplétif en matière de responsabilité civile pour contourner les conditions (par exemple les conditions liées à l'avis des défaut) et dépasser les limites (par exemple la limite du dommage prévisible) des moyens de droit issus du droit uniforme⁷⁶⁴. Un deuxième impératif vient donc contredire le premier dans notre réflexion: *les règles du droit supplétif ne doivent pas être vidées de leur sens par le recours aux règles du droit national supplétif en matière de responsabilité civile.*

260. Ce débat n'est pas propre aux relations entre droit uniforme et droit national supplétif: il se pose de façon plus générale en droit national, dans le cadre des rapports entre responsabilité contractuelle et délictuelle. Le contexte du droit uniforme apporte cependant à ce débat quelques considérations nouvelles:

- l'obligation internationale des Etats contractants d'appliquer le droit uniforme, qui préempte les domaines dont il traite⁷⁶⁵;
- le risque de compromettre l'apport de l'uniformisation internationale par l'admission de moyens de droit nationaux⁷⁶⁶;
- le risque de compromettre pour la même raison un équilibre des droits et obligations de l'acheteur et du vendeur résultant d'une pesée d'intérêt ayant fait l'objet d'un large consensus international;
- le risque d'une discrimination dans la sanction infligée au non-respect des incombances entre les cas où le cumul est admis par le droit national et les cas le cumul est exclu⁷⁶⁷;
- le risque de l'imprévisibilité du droit national supplétif applicable dans le contexte international qu'implique le droit uniforme⁷⁶⁸.

⁷⁶⁴ HUBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 45, n° 78; SCHLECHTRIEM, *Borderland*, p. 468.

⁷⁶⁵ SCHLECHTRIEM, *borderland*, p. 469: « The Convention has, so to speak, «preempted» the field for all matter regulated by the Convention, if and as far as it is applicable».

⁷⁶⁶ HONNOLD, ad art. 5 n° 73, p. 124.

⁷⁶⁷ HONNOLD, ad art. 5 n° 73, p. 124.

⁷⁶⁸ Art. 132 à 135 LDIP. Le droit applicable à une prétention délictuelle de l'acheteur n'est pas forcément le droit national supplétif applicable au contrat.

261. Cette question ne se pose en rapport avec le droit uniforme que pour les dommages *matériels* causés à l'acheteur par la livraison d'une marchandise défectueuse. La responsabilité du vendeur pour les dommages *corporels* en résultant est exclue du champ d'application du droit uniforme par l'article 5 CV.

262. En droit suisse, un concours alternatif entre responsabilité civile et contractuelle est admis de façon générale, lorsque la violation d'une obligation contractuelle constitue également un acte illicite⁷⁶⁹. Doivent cependant être réservées un certain nombre de règles spéciales excluant la responsabilité contractuelle⁷⁷⁰.

La jurisprudence du Tribunal fédéral a tempéré cette solution dans le cadre du concours entre responsabilité civile et actions édictées. La Haute Cour a en effet lié l'admissibilité d'une prétention délictuelle de l'acheteur aux conditions de sa responsabilité contractuelle, considérant que *«l'acceptation d'une chose défectueuse selon l'article 201 CO exclut même l'action en réparation du dommage causé par un acte illicite»*⁷⁷¹. Cette jurisprudence est cependant sujette à fluctuations⁷⁷², et fait l'objet de nombreuses critiques d'une doctrine plus favorable au concours alternatif⁷⁷³.

263. Par cette jurisprudence, le droit suisse occupe une position intermédiaire entre la solution française du non-cumul, selon laquelle

⁷⁶⁹ ATF 113 II 247; GAUCH/SCHLUEP, n° 2909; OR-SCHNYDER, ad art. 41, n° 1. Ce concours alternatif est un héritage du droit romain: cf. BUCHER E., AT, p. 337. Il n'est pas exempt de critiques doctrinales: cf. JÄGGI, Mélanges Schönenberger, pp. 181 ss; VON TUHR/ESCHER, pp. 108 ss.

⁷⁷⁰ DESCHENAUX/TERCIER, p. 271, n° 13.

⁷⁷¹ ATF 67 II 132.810.

⁷⁷² L'arrêt publié in: ATF 67 II 132 est confirmé par les arrêts publiés in: ATF 114 II 131 et ATF 107 II 419. Ces arrêts constituent un revirement de jurisprudence par rapport à l'arrêt publié in: ATF 64 II 254. La même question a été laissée ouverte dans l'arrêt publié in: ATF 90 II 86. Prétention contractuelle et prétention délictuelle ont en outre été liées dans l'arrêt publié in: ATF 107 II 161, en ce sens que le Tribunal fédéral a considéré qu'une exonération de garantie excluait également l'action délictuelle.

⁷⁷³ CAVIN, p. 113; BUCHER E., BT, p. 107; STANISLAS, p. 190; GIGER, Vorbemerkungen zu Art. 197-210; n° 56; VON BÜREN, B. T. p. 44.

le dommage résultant de la violation d'une obligation contractuelle ne donne lieu qu'à une responsabilité contractuelle, à l'exclusion d'une responsabilité délictuelle⁷⁷⁴, et la solution allemande du concours alternatif⁷⁷⁵. D'autres voies ont été explorées par la doctrine, notamment celle d'une action unique résultant de la fusion des actions contractuelles et délictuelles, avec ses conditions et solutions propres⁷⁷⁶. Surprenante par son syncrétisme, cette solution ne s'accorde guère d'un droit uniforme dont l'application fait l'objet d'une obligation internationale et dont le contenu matériel ne saurait être ainsi modifié par sa fusion avec un droit national de la responsabilité délictuelle⁷⁷⁷.

La diversité des solutions nationales en la matière accroît le risque d'une désuniformisation des solutions en cas de livraison d'une marchandise défectueuse, le droit national supplétif décidant de la conséquence économique du non-respect des incombances par l'acheteur.

264. La livraison d'une marchandise défectueuse n'est cependant pas constitutive d'un acte illicite, lorsque le défaut n'endommage pas d'autres biens de l'acheteur: celui-ci n'ayant jamais été propriétaire d'une marchandise non défectueuse, la présence du défaut en tant que tel ne constitue pas une atteinte à sa propriété⁷⁷⁸. Dans une telle hypothèse, seul le droit uniforme est donc applicable, non en raison d'un statut de *lex specialis*, mais parce que les conditions d'une responsabilité délictuelle de l'acheteur ne sont pas réalisées⁷⁷⁹.

⁷⁷⁴ TUNC, pp. 32 ss, donne un aperçu complet de cette théorie, dans une perspective de droit comparé.

⁷⁷⁵ SCHLECHTRIEM, *Borderland*, p. 470.

⁷⁷⁶ TUNC, p. 44; SCHLECHTRIEM, *Borderland*, p. 469, sur le «contort» proposé en droit anglo saxon, et l'«Einheitsanspruch» proposée en droit allemand. En droit suisse, cf. JÄGGI, *Mélanges Schönenberger*, pp. 181 ss.

⁷⁷⁷ SCHLECHTRIEM, *Borderland*, p. 469: «but merging means that some elements of the respective liability systems are selected and put together to create a new remedy (...). This would lead to (...) an infringement of CISG's regulation of buyer's or seller's remedies and the corresponding liabilities».

⁷⁷⁸ GAUCH, *Der Werkvertrag*, n° 1707 ss. Le raisonnement vaut aussi bien pour le contrat de vente que pour le contrat d'entreprise.

⁷⁷⁹ Certes, la livraison d'une marchandise défectueuse en raison du défaut peut être constitutive d'un acte illicite, par la création d'un état de fait dangereux (DESCHENAUX/TERCIER, p. 70, n° 18 ss). Si le risque ne se réalise pas, la condition du dommage n'est cependant pas réalisée.

265. Plus complexe est la situation où un défaut mineur à l'origine conduit à la destruction de toute la marchandise. La jurisprudence allemande a considéré qu'il pouvait y avoir atteinte à la propriété de l'acheteur, et donc acte illicite du vendeur, lorsque le défaut n'affectait à l'origine qu'une partie séparable de la marchandise, mais entraînait par la suite la perte de la marchandise⁷⁸⁰. Cette jurisprudence trouve sa justification dans une distinction des intérêts protégés par la responsabilité contractuelle et délictuelle, soit respectivement l'expectative contractuelle de l'acheteur (la réception d'une marchandise non défectueuse) et l'intégrité de ses biens juridiques (y compris la marchandise reçue, si elle a été détruite en raison d'un défaut initialement mineur et portant sur une pièce détachable de la marchandise)⁷⁸¹

266. SCHLECHTRIEM reprend ces mêmes critères d'intérêt pour aller plus loin dans le cadre du concours entre droit uniforme et règles nationales sur la responsabilité civile. Cet auteur considère en effet que les dommages causés par une marchandise défectueuse ne relèvent pas en premier lieu des intérêts contractuels protégés par la Convention, même si seule la marchandise livrée a été détruite. Il en déduit que l'action délictuelle ne doit être en aucun cas paralysée par le non-respect des incombances: *«Therefore, a tort action for property damages caused by defective and non conforming goods should not be barred by an omission to give notice within reasonable time under Article 39 of CISG (...) Even if the goods themselves were destroyed by a defect giving rise to a tort action based on strict liability, the interest protected is basically an extra contractual one, for it should not be decisive whether the «dangerous» defect destroyed the goods sold or another piece of property of the buyer or someone else»*⁷⁸².

267. Cette solution nous semble aller trop loin par la prédominance qu'elle accorde à l'action délictuelle sur l'action contractuelle. Elle

⁷⁸⁰ HUBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 45, n° 88 et les arrêts allemands cités par l'auteur, note 147 (en particulier BGHZ 67, 359, 363).

⁷⁸¹ Voir notamment l'arrêt du BGH du 18.1.1983, publié in: JZ 1983, pp. 499 ss, commenté par STOLL. Du même, Remarques relatives à l'arrêt du BGH Urteil 7.11.1985 in: JZ 1986, pp. 400 ss; SCHWENZER, Ingeborg, Sachgüterschutz im Spannungsfeld deliktischer Verkehrspflichten und vertraglicher Leistungspflichten, in: JZ 1988, pp. 525 ss.

⁷⁸² SCHLECHTRIEM, Borderland, p. 474.

consacre la réalisation des risques de désuniformisation que nous mentionnions, et n'est pas suffisamment justifiée par cette théorie des intérêts protégés: la destruction de la marchandise livrée en raison d'un défaut initial ne lèse pas un intérêt «*basically extracontractuel*», mais au contraire l'expectative contractuelle principale de l'acheteur. La destruction de la marchandise par suite d'un défaut est en soi un cas de défaut de conformité dont répond le vendeur, même si cette destruction ou cette détérioration a eu lieu après la livraison de la marchandise⁷⁸³. Il peut paraître artificiel, comme le relève SCHLECHTRIEM, de distinguer entre la destruction de la marchandise et la destruction d'autres biens du vendeur, mais c'est précisément ce à quoi aboutit une réflexion basée sur la distinction des intérêts protégés, l'expectative contractuelle essentielle de l'acheteur étant l'obtention de la marchandise, qui ne serait pas entrée dans son patrimoine si le contrat n'avait pas été conclu et exécuté, et dont la perte est la conséquence de l'inexécution d'une obligation du vendeur.

268. Une «*saine application du droit au fait de la cause*»⁷⁸⁴ permet au contraire d'exclure l'action délictuelle en cas de destruction ou de détérioration de la marchandise par suite d'un défaut.

Si un défaut conduit à la destruction de la marchandise, l'acheteur dispose d'une créance en livraison d'une marchandise de remplacement (art. 46 al. 2 CV): la destruction de la marchandise, dont le vendeur répond au sens de l'article 36 alinéa 2 CV, constitue une contravention essentielle au sens de l'article 36 alinéa 2 CV⁷⁸⁵.

⁷⁸³ Art. 36 al. 2 CV: le vendeur est responsable de tout défaut de conformité survenant après le transfert des risques s'il est imputable à l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations. Tel est le cas d'un défaut de conformité affectant toute la marchandise (par exemple l'explosion de la machine livrée), apparu après la livraison en raison d'un défaut de conformité n'affectant à l'origine qu'une partie de la marchandise (par exemple une pièce défectueuse de la machine).

⁷⁸⁴ Selon l'expression de ENGEL, p. 510.

⁷⁸⁵ Ce droit à une marchandise de remplacement ne vaudrait que pour les marchandises déterminées par leur genre (HUBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 46, n° 21 et 48). L'art. 46 al. 2 CV ne le prévoit pourtant pas expressément et cette restriction n'a à notre avis pas de raison d'être si la marchandise, même déterminée comme corps certain par les parties, est remplaçable (soit en tout cas chaque fois qu'il s'agit d'un article neuf fabriqué en série)(Dans ce sens VON HOFFMANN, p. 295). Quoi qu'il en soit, l'acheteur dispose de toute façon du droit

La situation patrimoniale de l'acheteur est donc la même qu'avant la livraison de la marchandise, alors qu'il disposait d'une créance en exécution (art. 46 alinéa 1 CV).

Un dommage supplémentaire peut résulter du retard dans la livraison, mais ce type de dommage est de nature purement patrimoniale et ne pourrait de toute façon être réparé sous l'angle de la responsabilité délictuelle.

Certes, l'acheteur peut être déchu du droit de demander une marchandise de remplacement s'il n'a pas rempli ses incombances (art. 38 et 39 CV). Son dommage correspond alors à la valeur économique de ce droit dont il est déchu. La cause de ce dommage ne réside pas dans un acte du vendeur, mais dans une omission de l'acheteur. Elle est la sanction contractuelle du non-respect des incombances. Le non-respect des incombances est un fait de l'acheteur si déterminant dans la perte de son droit à une marchandise de remplacement qu'il fait apparaître le fait du vendeur au second plan et interrompt le lien de causalité adéquate⁷⁸⁶ entre la livraison de la marchandise défectueuse et le dommage constitué de la perte du droit à une marchandise de remplacement.

En conclusion, la perte de la marchandise consécutive à un défaut relève exclusivement du droit uniforme, à l'exclusion de toute responsabilité délictuelle concurrente du vendeur⁷⁸⁷.

269. Si par contre le défaut conduit à la destruction ou à la détérioration d'autres biens de l'acheteur, ou lorsqu'une autre contravention du vendeur cause un dommage à des biens de l'acheteur autres que la marchandise vendue, celui-ci peut tenter alternativement une action délictuelle et une action basée sur le droit uniforme contre le vendeur⁷⁸⁸. Faire dépendre l'admissibilité de l'action délictuelle de l'ad-

la résolution du contrat ou du droit à la diminution du prix qui lui permet d'éviter tout dommage. Le but des actions en garantie est de rétablir l'*équilibre contractuel entre les parties* plus que la réparation d'un dommage (cf. de façon générale PETITPIERRE, p. 144). La sanction infligée au non-respect des incombances est l'un des éléments de cet équilibre contractuel.

⁷⁸⁶ Cf. DECHENAUX/TERCIER p. 63, n° 60.

⁷⁸⁷ Dans ce sens, HUBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 45, n° 88; HONNOLD, ad art. 5 n° 73.

⁷⁸⁸ HUBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 45, n° 88; CZERWENKA, p. 168; STOLL, in: Inhalt und Grenzen der Schadenersatzpflicht, p. 259; WEY, n° 361 ss;

missibilité de l'action contractuelle (notamment des incombances) reviendrait défavoriser l'acheteur du fait de sa relation contractuelle, aboutirait à une meilleure protection des tiers par rapport à une partie au contrat. Le droit uniforme a pour vocation de régir les droits des parties découlant du contrat (art. 4 CV) et ne saurait compromettre l'application des règles nationales sur la responsabilité civile. Ce n'est pas compromettre l'uniformisation du droit de la vente internationale que de constater que l'uniformisation du droit n'a pas été réalisée en matière délictuelle, et que la qualité de vendeur d'un sujet de droit ne le préserve pas de toute responsabilité délictuelle.

270. Les avantages d'une action délictuelle par rapport à une action contractuelle ne doivent d'ailleurs pas être surévalués: certes, l'action délictuelle n'est pas subordonnée au *respect des incombances* et c'est là son principal intérêt par rapport à l'action contractuelle⁷⁸⁹. Cet intérêt doit être relativisé pour deux raisons:

- D'une part l'action délictuelle implique la faute du vendeur (art. 41 CO) ou d'un employé (art. 55 CO). Cette faute résultera souvent du fait que le vendeur ou son employé a connu ou aurait dû connaître le défaut. Dans une telle hypothèse, l'article 40 CV lui interdit de se prévaloir du non respect des incombances⁷⁹⁰.
- D'autre part le non respect des incombances par l'acheteur est constitutif d'une faute concomitante au sens de l'article 43 CO, pouvant conduire à une réduction ou à une suppression de l'indemnité⁷⁹¹.

KHOO in: BIANCA/BONELL, ad art.4, n° 3.3.1; SCHLECHTRIEM, *Borderland*, p. 473. Concernant l'EKG, cf. MERTENS/REHBINDER, ad art. 42, n° 11 et ad art. 89, n° 5. Contra: ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH ad art. 5 n° 1.2; HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 4 n° 23 et ad art. 5 n° 10; HERBER/CZERWENKA, ad art. 5, n° 5 et ad art. 4 n° 21. Ces auteurs considèrent que la responsabilité délictuelle du vendeur est exclue dans la mesure où il assume une responsabilité contractuelle fondée sur le droit uniforme.

Dubitatifs: AUDIT, n° 40, p. 37 et KAROLLUS, p. 44.

⁷⁸⁹ HUBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 45, n° 78.

⁷⁹⁰ Si le vendeur est responsable en sa qualité d'employeur (art. 55 CO), seul l'employé connaît ou aurait dû connaître le défaut. La connaissance de l'art. 40 CV peut également être celle des auxiliaires du vendeur au sens de l'art. 79 al. 2 CV (LOEWE, ad art. 40).

⁷⁹¹ CAVIN, p. 111.

La réparation du dommage fondée sur une responsabilité délictuelle n'est pas limitée par la condition de la *prévisibilité du dommage* au sens de l'article 74 CV⁷⁹². Elle est cependant limitée par la condition de la causalité adéquate, qui implique que l'acte illicite ait été propre, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, à causer le dommage⁷⁹³. L'un des critères de cette causalité adéquate est la prévisibilité objective du dommage, selon un pronostic rétrospectif, du point de vue d'un observateur neutre ayant l'expérience de la vie et des choses. Cette définition recouvre sinon totalement du moins en grande partie celle de l'article 74 CV, qui répond à un critère très proche: «*Massgebend ist sonach, ob der Schuldner oder eine verständige Person in seiner Lage bei Vertragsschluss hätte voraussehen müssen, dass, wenn der Vertrag in der geschehenen Weise verletzt wird, die eingetretenen Schadensfolgen entstehen können*»⁷⁹⁴. Dans les cas où il y a un rapport de causalité adéquate le fait du vendeur (acte illicite et contravention au contrat) et le dommage, le vendeur aurait au moins dû prévoir un dommage qu'un tiers neutre pouvait prévoir.

Reste la question de la *prescription*, qui peut rendre l'action délictuelle plus intéressante pour l'acheteur qu'une action contractuelle fondée sur le droit uniforme. Ainsi la solution allemande de l'article 3 VertragsG implique-t-elle une prescription de six mois dès l'avis des défaut (et non dès la livraison comme le prévoit le par. 477 BGB) pour toute action contractuelle découlant du défaut⁷⁹⁵, alors que l'action délictuelle se prescrit en droit allemand par trois ans dès la connaissance du dommage⁷⁹⁶. En droit suisse, l'application de l'article 210 alinéa 1 CO à titre supplétif doit à notre avis être rejetée au profit de la prescription ordinaire de l'article 127 CO⁷⁹⁷, ce qui rendrait l'action

⁷⁹² HUBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 45, n° 78: «Ausserdem beschränkt Art. 74 S. 2 CISG den Schadensersatz auf den «voraussehbaren» Schaden; das kann weniger sein als beispielsweise der nach deutschem Recht zu ersetzende «adäquat verursachte» Schaden».

⁷⁹³ OR-SCHNYDER, ad art. 41, n° 9; BREHM, n° 121.

⁷⁹⁴ STOLL in VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 74, n° 27. En droit suisse, cf. OR-SCHNYDER, ad art. 41, n° 9; DESCHENAUX/TERCIER, p. 58, n° 33; BREHM, n° 121.

⁷⁹⁵ Par renvoi au par. 477 BGB.

⁷⁹⁶ Par. 852 BGB.

⁷⁹⁷ Sur cette question, cf. infra n° 289 ss.

contractuelle plus intéressante que l'action délictuelle de ce point de vue. Le délai court de l'article 210 alinéa 1 CO est en outre de toute façon exclu en cas de dol du vendeur (art. 210 al. 3 CO; cf. par 477 al. 1 BGB).

271. L'action délictuelle doit donc être admise en concours avec l'action contractuelle fondée sur le droit uniforme, dans la mesure où ses conditions sont réalisées, ce qui n'est pas le cas lorsque seule la marchandise livrée est endommagée ou détruite, même si cette détérioration ou cette destruction survient après la livraison, du fait d'un défaut initial de la marchandise.

b. La loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits

272. Le vendeur peut également être producteur: tel est notamment le cas lorsque le contrat de vente est un contrat de livraison d'ouvrage soumis au droit uniforme en vertu de l'article 3 alinéa 1 CV⁷⁹⁸. Sa responsabilité peut dès lors s'examiner sous l'angle de la responsabilité du fait des produits.

En droit suisse, la loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits du 18 juin 1993 (ci après LRFP)⁷⁹⁹, entrée en vigueur le premier janvier 1994, comble la lacune législative qui a motivé la jurisprudence extensive du Tribunal fédéral au sujet de l'article 55 CO⁸⁰⁰. Cette loi fédérale s'inspire de la directive européenne sur la responsabilité du fait des produits défectueux⁸⁰¹.

273. L'article 5 CV tend à éviter tout conflit entre le droit uniforme et les législations nationales sur la responsabilité du fait des produits⁸⁰². Par rapport à la loi fédérale, l'article 5 CV est particulièrement mal ajusté si son but est d'en faire la réserve:

⁷⁹⁸ Cf. infra n° 55.

⁷⁹⁹ ATF 1993 IV 3122-3125.

⁸⁰⁰ ATF 110 II 456 = JT 1985 I 378. Voir par ailleurs FELLMANN/VON BÜREN-VON MOOS, pp. 157 ss.

⁸⁰¹ Cette loi fédérale a été reprise de l'ensemble législatif «Eurolex» (FF 1992 V, 1ss, notamment 413; non entré en vigueur en Suisse), destiné à harmoniser la législation suisse avec la législation européenne. La directive européenne du 21 juillet 1985 est reproduite in: FELLMANN/VON BÜREN-VON MOOS, p. 186.

⁸⁰² REINHART, ad art. 5 n° 2; HERBER/CZERWENKA, ad art. 5, n° 1; AUDIT, p. 35.

- *Quant au sujet de la responsabilité*: la loi fédérale concerne la responsabilité du producteur, de l'importateur, et subsidiairement du fournisseur (art. 2 al. 1 et 2 LRFP). Or le vendeur n'est pas forcément producteur au sens de l'article 2 alinéa 1 lettre a et b LRFP, et, dans le cadre d'un contrat international, il est exportateur et non importateur au sens de l'article 2 alinéa 1 lettre c LRFP⁸⁰³. L'article 5 CV exclut donc de son champ d'application du droit uniforme des hypothèses qui n'entrent pas dans le champ d'application de la loi fédérale.
- *Quant à la nature du dommage*: la loi fédérale s'applique également à certains dommages matériels⁸⁰⁴. Or, l'article 5 CV n'exclut pas du champ d'application du droit uniforme ces hypothèses soumises à la loi fédérale⁸⁰⁵.

L'article 5 CV est donc à la fois trop large et trop étroit⁸⁰⁶, en ce qu'il n'évite pas les conflits entre droit uniforme et responsabilité du fait des produits, et laisse au contraire échapper certaines hypothèses par les interstices de cet échafaudage juridique mal ajusté.

274. S'agissant des dommages corporels, le droit uniforme ne s'applique pas⁸⁰⁷ et la question du concours entre droit uniforme et droit national ne se pose donc pas.

⁸⁰³ Dans le cas de l'importateur revendeur en Suisse, le contrat de vente conclu entre cet importateur et l'acheteur établi en Suisse n'est pas international au sens du droit conventionnel. Le vendeur est certes fournisseur au sens de l'art. 2 LRFP, mais il ne répond à ce titre que subsidiairement, si le producteur ne peut être identifié.

⁸⁰⁴ Art. 1 let. b LRFP.

⁸⁰⁵ HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 5, n° 9; REINHART, ad art. 5, n° 4. L'exclusion de la Convention pour les dommages matériels résultant d'un défaut de la marchandise a été envisagée lors de la conférence (DOCUMENTS OFFICIELS, p. 261, intervention de ROGNLIEN), puis rejetée pour ne pas compromettre l'uniformisation entreprise (DOCUMENTS OFFICIELS, p. 261, interventions de HJERNER et PLANTARD).

L'exclusion des dommages corporels du champ d'application du droit uniforme se justifie au regard de la Convention européenne sur la responsabilité du fait des produits *en cas de lésions corporelles ou de décès* (Série des traités européens, février 1977, n° 91), non ratifiée par la Suisse.

⁸⁰⁶ Sur cette critique, cf. RUMMEL in: HOYER/POSCH, p. 180.

⁸⁰⁷ Il est néanmoins controversé de savoir si le droit uniforme peut s'appliquer en cas de dommage corporel non causé par un défaut, mais par une autre contraven-

S'agissant des dommages matériels, un concours peut éventuellement se présenter entre droit uniforme et loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits. On retrouve alors la ligne de démarcation que nous avons tracée entre droit uniforme et droit de la responsabilité civile⁸⁰⁸: le dommage causé à la marchandise ne relève que de la responsabilité contractuelle du vendeur, alors que le dommage causé à d'autres biens de l'acheteur implique un concours alternatif entre responsabilité contractuelle et responsabilité fondée sur d'autres sources d'obligations. La loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits confirme notre analyse, puisqu'elle prévoit en son article 1 alinéa 2 que le producteur ne répond pas du dommage causé au produit défectueux⁸⁰⁹.

Un concours alternatif entre responsabilité du vendeur selon le droit uniforme et responsabilité du producteur selon la loi fédérale doit donc être admis pour tout dommage causé à une chose de l'acheteur autre que la marchandise livrée, dans les limites respectives de ces responsabilités⁸¹⁰. L'application exclusive du droit uniforme à ces

tion au contrat (par exemple la violation d'une règle de bonne foi au sens de l'art. 7 CV). Voir à ce sujet MAGNUS, p. 85; SCHLECHTRIEM in: COLLOQUE DE LAUSANNE, p. 163; LÜDERITZ ad art 5, n° 2. Une approche téléologique et textuelle de l'art. 5 CV donne la réponse: seuls les dommages corporels «causés par les marchandises» en sont l'objet, et le but de cette disposition est de réserver les règles nationales sur la responsabilité du fait du produit. Un dommage non causé par un défaut de la marchandise n'est donc pas visé par l'art. 5 CV (MAGNUS, p.95).

⁸⁰⁸ Cf. supra n° 256 ss.

⁸⁰⁹ Cf. FELLMANN/VON BÜREN-VON MOOS, p. 61 et p. 62 n° 135; POTT/FRIELING, Geste über die Haftung für fehlerhafte Produkte, Kommentar, Essen 1992, par. 1 n° 39: «Das Interesse des Verbrauchers, ein Produkt ohne wert- oder tauglichkeitsmindernde Eigenschaften zu erhalten, wird durch die Gewährleistungsvorschriften im Kauf und Werkvertragsrecht hinreichend berücksichtigt».

⁸¹⁰ Soit notamment la limite de la prévisibilité en droit uniforme (art. 74 CV) et de l'affectation de la chose endommagée à un usage privé en droit de la responsabilité du fait des produits (art. 1 al. 1 let.b LRFP).

Pour ce concours alternatif: HUBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 45, n° 89; MERTENS/REHBINDER, ad art. 8 EKG, n° 21; MAGNUS, p. 96; LÜDERITZ, ad art. 5 n° 3; STOLL in: FS Férid, p. 510; CZERWENKA, p. 168; REINHART, ad art. 5, n° 5; NEUMAYER/MING, ad art. 5, n° 2.

Contra: HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 5, n° 10; WEY, n° 312; HERBER/CZERWENKA, ad art. 5, n° 5; AUDIT, p. 36; HERBER in: MDR, p. 106. Ces

situations ne serait ni équitable ni justifiée: elle serait inéquitable car elle placerait le premier acheteur dans une situation moins favorable que les acheteurs suivants, en lui faisant perdre le bénéfice de cette loi de protection du simple fait de sa relation contractuelle directe avec le producteur. Elle serait injustifiée car la loi fédérale est une loi plus récente que la Convention et plus spéciale en ce qu'elle prend en compte l'élément spécial de la qualité de producteur du vendeur. Elle comprend en son article 12 une règle de coordination avec d'autres dispositions du droit fédéral, qui doit s'appliquer également au droit uniforme. Cette disposition consacre la solution du concours alternatif⁸¹¹.

275. Le démembrement juridique qu'implique l'article 5 CV, véritable dépeçage légal par rapport au dépeçage contractuel auquel peuvent se livrer les parties, conduit donc à des résultats malheureux quant aux droits de l'acheteur vis-à-vis du vendeur, notamment dans les cas où le défaut de la chose cause à la fois des dommages corporels et matériels⁸¹². Ainsi une contravention unique au contrat (la livraison d'une marchandise défectueuse) par un vendeur-producteur, causant

auteurs plaident pour l'application exclusive du droit uniforme, sous réserve cependant des cas où les parties sont établies dans des Etats de la Communauté Européenne, la Directive européenne en la matière étant un «accord international» au sens de l'art. 90 CV (cf. notamment HERBER, in: MDR, p 105).

⁸¹¹ Voir à ce sujet FELLMANN/VON BÜREN-VON MOOS, pp. 137 ss, notamment 139 ss; MESSAGE du Conseil fédéral in: FF 1992 IV p. 423, 4ème par., qui mentionne l'éventualité d'un concours entre la responsabilité du fait du produit défectueux et une responsabilité contractuelle. L'art. 13 de la directive communautaire prévoit également un concours alternatif: «La présente directive ne porte pas atteinte aux droits dont la victime d'un dommage peut se prévaloir au titre de la responsabilité contractuelle...»

Pour les Etats membres de la Communauté européenne, HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 90 CV, plaide pour l'application de l'art. 90 CV en faveur de la directive européenne, celle-ci pouvant être considérée comme un «accord international déjà conclu ou à conclure qui contient des dispositions concernant les matières régies par la (...) Convention (de Vienne)»; (Voir également HERBER/CZERWENKA, ad art. 5, n° 7; MAGNUS, p. 96). L'art. 13 de cette directive réserve cependant la responsabilité contractuelle du producteur. Même si la directive prévalait sur le droit uniforme au sens de l'art. 90 CV, le droit uniforme resterait applicable par la réserve de l'art. 13 de la directive.

⁸¹² Sur cette critique, cf. NIGGEMANN in: HOYER/POSCH, p. 101; PLANTARD, p. 327.

divers type de dommages, peut impliquer la mise en oeuvre d'un vertigineux arsenal législatif:

- Pour les *dommages corporels*, le droit uniforme ne s'applique pas (art. 5 CV).

Si le vendeur est également producteur, importateur, ou à titre subsidiaire fournisseur au sens de l'article 2 LRFP, la loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits s'applique en concours avec les règles de la responsabilité civile (en particulier l'article 55 CO)⁸¹³ et contractuelle (soit les articles 197 ss CO, à nouveaux applicables puisque le droit uniforme ne s'applique pas)⁸¹⁴.

A noter que même si le vendeur n'est pas producteur, et si l'hypothèse n'implique donc aucune responsabilité du fait du produit, l'exclusion de l'article 5 CV reste valable et la responsabilité contractuelle du vendeur est soumise au Code des obligations, en particulier aux articles 197ss CO.

- Pour les *dommages matériels*, la Convention s'applique même si le vendeur est producteur⁸¹⁵.

Elle s'applique exclusivement si le dommage ne concerne que la marchandise livrée.

Pour les dommages à d'autres biens de l'acheteur, il faut distinguer entre les biens à usage privé au sens de l'article 1 alinéa 1 lettre b LRFP et les autres biens⁸¹⁶. Pour ces premiers, s'appliquent en concours alternatif au sens de l'article 11 LRFP la loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits, le droit uniforme, et les règles générales sur la responsabilité civile. Pour les autres, seul un concours alternatif entre droit uniforme et règles générales sur la responsabilité civile peut être envisagé.

- Pour les *dommages purement économiques* enfin, seul le droit uniforme est applicable: la loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits⁸¹⁷ ne permet pas d'appréhender de tels dom-

⁸¹³ FELLMANN/VON BÜREN-VON MOOS, p. 154.

⁸¹⁴ FELLMANN/VON BÜREN-VON MOOS, p. 139.

⁸¹⁵ Dans les limites de l'art. 3 CV.

⁸¹⁶ FELLMANN/VON BÜREN-VON MOOS, pp. 58 ss.

⁸¹⁷ WERRO in: La responsabilité du fait des produits et la construction immobilière, Journée du droit de la construction, vol. II, Fribourg, 1993, p. 8.

mages et les règles générales sur la responsabilité civile ne le permettent que dans les cas exceptionnels où un tel dommage lèse un intérêt qui entre dans le champ de protection de la norme violée⁸¹⁸.

276. Cette arborescence législative, examinée ici du seul point de vue du droit suisse, doit en pratique être encore complétée par les règles du droit international privé: l'application du droit uniforme suppose un contexte international et chacun des chefs de responsabilité du vendeur répond à des règles de rattachement différentes.

Pour une seule prétention en dommages-intérêts, impliquant divers postes de dommage, le juge se trouve donc confronté à un enchevêtrement de législations impliquant de savantes distinctions quant aux notions de défaut (art. 35 CV; art. 197 CO; art. 4 LRFP), quant aux conditions de responsabilité (art. 74 et 79 CV; responsabilité causale de l'art. 208 alinéa 2 CO, et responsabilité pour faute de l'art. 208 alinéa 3 CO; art. 5 LRFP; art. 55 CO), quant aux exonérations conventionnelles de responsabilité⁸¹⁹ (art. 6 et 4 CV; art. 199 CO; art. 8 LRFP), et quant aux prescriptions (non réglée par la Convention de Vienne; art. 210 CO; art. 9 LRFP; art. 60 CO). La clarté et la sécurité du droit ont tout à y perdre; il n'est pas sûr que l'équité ait quelque chose à y gagner!

c. La responsabilité précontractuelle

277. La Convention de Vienne régit les droits et obligations qu'un contrat fait naître entre l'acheteur et le vendeur⁸²⁰. Les obligations des

⁸¹⁸ DESCHENAUX/TERCIER, p. 69 et 71; OR-SCHNYDER, ad art. 41, n° 15; BREHM, ad art. 42, n° 36; ATF 117 II 259; ATF 117 II 315.

⁸¹⁹ L'un des enjeux important du conflit entre droit uniforme et loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits concerne la validité d'une exonération de garantie. (HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 6, n° 30; HERBER/CZERWENKA, ad art. 5, n° 8). En droit uniforme, une dérogation de responsabilité est valable dans les limites de l'art. 199 CO, applicable en vertu de l'art. 4 let. a CV, si le droit suisse est le droit national supplétif. Si le droit uniforme était seul applicable pour les dommages matériels, une telle dérogation de responsabilité pourrait être opposée au lésé, ce qui irait à l'encontre de la logique de l'art. 8 LRFP.

⁸²⁰ Art. 4 CV.

parties précédant la conclusion de ce contrat n'entrent donc pas dans le champ d'application de la Convention⁸²¹. Les règles relatives à la responsabilité précontractuelle des parties relèvent dès lors du droit national supplétif. Trois questions viennent cependant troubler cette répartition des rôles:

- La responsabilité précontractuelle des parties peut-elle entrer en concours avec une responsabilité contractuelle régie par le droit conventionnel?
- Certains aspects de la responsabilité précontractuelle n'entrent-ils pas dans le champ d'application du droit uniforme, comme conséquence de l'obligation de bonne foi des parties prévue à l'article 7 alinéa 1 CV?
- Les règles du droit uniforme doivent-elles être prises en compte dans la détermination des obligations précontractuelles des parties?

278. L'hypothèse la plus probable d'un concours entre règles sur la responsabilité précontractuelle et droit uniforme est celle du défaut de la marchandise dissimulé intentionnellement ou ignoré par négligence par le vendeur. Le concours entre responsabilité précontractuelle et règles sur la garantie des défauts est une question controversée en droit suisse⁸²², alors que la spécialité de la responsabilité contractuelle est reconnue en droit allemand⁸²³. S'agissant du droit uniforme, les critères d'interprétation de l'article 7 alinéa 1 CV permettent d'en dégager le caractère de *lex specialis*: le principe de l'application uniforme requiert une réponse uniforme à cette question du statut de *lex specialis* du droit uniforme; la prise en compte de l'internationalité implique que soit évité dans la mesure du possible le recours à des moyens de droit fondés sur un droit national étranger à l'une des parties au moins, alors que leurs prévisions reposaient sur un droit commun; la bonne foi dans

⁸²¹ Cf. BONELL in: BIANCA/BONELL, ad art. 4, n° 3.3.4: «A claim based on what transpired before the contract is entered into could scarcely give rise to a liability «arising from» the contract unless the meaning of that expression is stretched to unacceptable limits».

⁸²² Pour la spécialité des règles de garantie de la vente: ANEX, p. 72; GONZENBACH, pp. 12 et 56; contra PIOTET, *Culpa in contrahendo*, p. 139; LÖRTSCHER, p. 65.

⁸²³ HUBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 45, n° 92, note 161 et la jurisprudence citée; NIGGEMANN in: HOYER/POSCH, p. 107, note 101. Voir cependant GONZENBACH, p. 56, note 117.

le commerce international exclut que l'équilibre instauré par le droit uniforme entre les droits des parties et leurs incombances soit compromis par le recours à des moyens de droit nationaux⁸²⁴.

Les critères d'interprétation de l'article 7 alinéa 1 CV, comme de façon plus générale le but uniformisateur du droit conventionnel, plaident donc pour *l'exclusivité de la responsabilité contractuelle des parties, lorsqu'une violation d'une obligation précontractuelle s'est matérialisée dans la violation d'une obligation contractuelle*⁸²⁵. Le risque qu'une des parties soit défavorisée du fait de sa relation contractuelle par rapport à n'importe quel tiers n'est pas réalisé ici, les obligations précontractuelles ne valant que dans le rapport relatif entre les parties.

La spécialité du droit uniforme doit donc être reconnue dans le cas de la livraison d'une marchandise défectueuse, lorsque le vendeur a commis une violation de son obligation précontractuelle d'informer son cocontractant de ce défaut, éventuellement d'éviter la survenance de ce défaut durant les négociations. De même l'omission de donner les informations nécessaires sur sa propre capacité à prester est-elle absorbée par les règles conventionnelles sur l'inexécution, le cas échéant par l'article 71 CV.

279. L'absorption de l'obligation de déclaration du vendeur par sa responsabilité contractuelle doit être mesurée à l'aune de la notion de défaut de conformité de l'article 35 CV. Ainsi l'omission de déclarer l'inadéquation d'une marchandise à un usage spécial prévu par l'acheteur et connu du vendeur pour une marchandise qui n'est pas défectueuse en soi doit être appréhendée sous l'angle exclusif de l'article 35 alinéa 2 lettre b CV⁸²⁶.

⁸²⁴ Sur cette discussion en général, cf. supra n° 252, 253, 254.

⁸²⁵ Pour cette exclusivité: HUBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 45, n° 92; HERBER/CZERWENKA, ad art. 4, n° 21; NIGGEMANN in: HOYER/POSCH p. 107; HERBER, SCHLECHTRIEM, SCHWENZER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, respectivement ad art. 4, n° 23; ad vor Artt. 14-24, n° 8, note 33; ad art. 41, n° 23; NICKL, p. 104.

Au sujet de l'EKG, cf. MERTENS/REHBINDER, ad art. 8, n° 9.

⁸²⁶ HUBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 30, n° 23 et ad art. 45, n° 92; NIGGEMANN in: HOYER/POSCH, p. 107. Tel est par exemple le cas lorsque le vendeur n'informe pas l'acheteur que le matériel informatique vendu, non défectueux en tant que tel, ne correspond pas à ses besoins (cf. en droit allemand BGH WM 1984 1092, 1095).

280. Pour autant, les règles nationales sur la responsabilité précontractuelle gardent toute leur importance dans les hypothèses où une violation d'une obligation précontractuelle ne se matérialise pas en violation d'une obligation contractuelle⁸²⁷. Ainsi ces règles nationales régissent-elles:

- les conséquences de l'inexécution d'un contrat nul (contrat illicite, contraire au moeurs, ou contrat invalidé dans le cas où une invalidation du contrat n'est pas exclue par des règles uniformes spéciales)⁸²⁸;
- les conséquences de la violation d'une obligation de garde ou de protection de la marchandise durant des négociations n'ayant pas conduit à la conclusion du contrat (par exemple la détérioration d'une machine durant les essais par l'acheteur, en cas de vente à l'essai)⁸²⁹;
- la violation d'un devoir d'information n'impliquant pas de violation d'une obligation contractuelle (par exemple la violation d'une obligation de donner une information correcte quant au mode d'emploi de la marchandise)⁸³⁰;
- les cas de rupture fautive des négociations⁸³¹.

281. Dans l'hypothèse où la responsabilité précontractuelle d'une partie est engagée, sans être absorbée par sa responsabilité contractuelle, la question se pose du régime de cette responsabilité précontractuelle. Alors que la doctrine majoritaire considère que cette question

⁸²⁷ Cf. HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 4, n° 23: «Wird jedoch eine allgemeine Sorgfaltspflicht beim Kaufabschluss verletzt und dadurch einem Vertragspartner Schaden zugefügt, so kann dies als Verschulden beim Vertragsabschluss nach nationalem Recht ersatzpflichtig machen».

⁸²⁸ NICKL, p. 75.

⁸²⁹ NICKL, p. 35. La Convention n'appréhende pas un tel événement qui survient avant la conclusion du contrat: HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 4, n° 13; KHOO in: BIANCA/BONELL, ad art. 4, n° 3; SCHWENZER, p. 602.

⁸³⁰ NICKL, p. 104.

⁸³¹ NICKL, p. 130. La Convention ne s'applique pas à la phase des négociations: SCHLECHTRIEM in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad vor Artt. 14-24, n° 8; contra BONELL in: RIW 1990, pp. 693 ss. Voir cependant infra n° 282, pour la phase de la durée de validité d'une offre au sens de l'art. 14 CV.

relève exclusivement du droit national supplétif⁸³², BONELL⁸³³ se fonde sur l'obligation de bonne foi de l'article 7 CV pour étendre le champ d'application du droit uniforme, en particulier l'article 74 CV, aux cas où le contrat n'est pas conclu par suite de la violation par l'une des parties à la négociation d'une obligation précontractuelle. Une telle extension du champ d'application de la Convention nous paraît injustifiée pour plusieurs raisons:

- Certes, l'article 7 CV n'est pas seulement une règle d'interprétation de la Convention, mais aussi, contrairement à ce que son texte laisse entendre, une source d'obligations des parties⁸³⁴. Pour déduire une obligation de l'article 7 CV, encore faut-il que la Convention soit applicable *ratione materiae*. Il est tautologique d'appliquer l'article 7 CV pour en déduire que la Convention est applicable à la responsabilité précontractuelle, alors que l'article 7 CV ne s'applique que si la Convention est applicable. Or, le texte conventionnel ne permet pas une telle déduction: l'extension du champ d'application du droit conventionnel à la responsabilité précontractuelle serait contraire au texte clair de l'article 74 CV, qui régit les conséquences d'une «*contravention au contrat*»⁸³⁵ et suppose donc sa conclusion, et à celui de l'article 4 CV qui pose les limites du droit uniforme⁸³⁶.

⁸³² KAROLLUS, p. 216; WEBER in: *berner Tage*, p. 194; KHOO in: BIANCA/BONELL, ad art. 4, n° 2. 2. 3; HERBER/CZERWENKA, ad art. 4, n° 21; STOLL, *Inhalt und Grenzen der Schadenersatzpflicht*, p. 261; et in: FS Ferid, pp. 504, 505; SCHLECHTRIEM, *Einheitliches Kaufrecht*, p. 45; JAMETTI GREINER in: HOYER/POSCH, p. 46; HERBER, HUBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, respectivement ad art. 4, n° 23 et ad 45, n° 92; SCHWENZER, p. 602; NEUMAYER/MING, ad art. 4, n° 1 et 11, avant art. 74, n° 2.

⁸³³ BONELL in: RIW 1990, p. 700. L'auteur propose également l'application de la Convention au contrat passé entre les parties pour régler leurs pourparlers. Dans le même esprit, l'auteur considère-t-il in: AJCL 1992, p. 628, que les art. 2.14 et 2.15 du projet d'Unidroit de codification des principes applicables au commerce international (cf. supra n° 19) sont une concrétisation de l'obligation de bonne foi des parties au sens de l'art. 7 CV. Or ces dispositions concernent la bonne foi durant les négociation, soit à un stade où, à notre sens, l'art. 7 CV n'est pas encore applicable.

⁸³⁴ STOLL in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 7, n° 8.

⁸³⁵ STOLL in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 74, n° 7.

⁸³⁶ HERBER/CZERWENKA, ad art. 4, n° 21.

- Cette interprétation n'est en outre pas opportune: La responsabilité précontractuelle permet en droit suisse la réparation du dommage résultant de la lésion de l'intérêt négatif du cocontractant à la non-conclusion du contrat. Ce n'est qu'exceptionnellement qu'elle permet la réparation du dommage résultant de la lésion de son intérêt positif⁸³⁷. L'article 74 CV vise la réparation d'un tel dommage⁸³⁸. Or, le propre de la négociation est que la conclusion du contrat reste incertaine jusqu'à sa conclusion, même en l'absence de toute faute précontractuelle. De même le contenu du contrat reste-t-il incertain jusqu'à sa conclusion. Comment dès lors accorder à une partie la réparation du dommage résultant de l'inexécution d'un contrat dont la conclusion était incertaine et le contenu indéterminé? Comment calculer un gain manqué alors que le prix de la marchandise n'avait pas été fixé? Comment calculer le dommage résultant de l'acquisition d'une marchandise de remplacement (art. 75 CV), alors que le vendeur n'avait pas encore fait une offre suffisamment précise exprimant sa volonté de s'engager au sens de l'article 14 CV?

BONELL convient lui-même que sa proposition implique une certaine flexibilité dans l'application de l'article 74 CV⁸³⁹. Il n'est cependant pas souhaitable de dénaturer l'article 74 CV pour parvenir à un résultat conforme au droit national supplétif: plutôt que de déguiser le droit national supplétif des habits du droit uniforme, mieux vaut reconnaître les limites de ce dernier et restituer au premier les questions qui lui reviennent.

- Le droit uniforme instaure une responsabilité causale, tempérée par l'article 79 CV. Comment insérer une responsabilité précontractuelle dans ce contexte? Peut-on envisager ce paradoxe d'une «*culpa in contrahendo*» sans faute?

⁸³⁷ GONZENBACH, pp. 199 ss.

⁸³⁸ STOLL in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 74, n°15, 16, et 17.

⁸³⁹ BONELL in: RIW 1990, p. 701: «Die Formulierung des Art. 74 erweist sich jedoch als ausreichend flexibel, um auch die letztgenannten Fälle im Rahmen einer analogen Anwendung sachgerecht zu erfassen: «Verlust» würde dann für die im Hinblick auf den erwarteten Vertrag gemachten Aufwendungen und «entgangener Gewinn» für die verpasste Gelegenheit eines Abschlusses mit anderen Partnern stehen...».

- L'extension du champ d'application matériel du droit uniforme à la responsabilité précontractuelle poserait en outre des problèmes d'application dans l'espace et dans le temps du droit conventionnel: le test d'applicabilité de l'article 1 alinéa 1 lettre b CV impliquerait-il la détermination du droit applicable à la responsabilité précontractuelle des parties, ou au contrat envisagé par les parties? Dans le premier cas, peut-on concevoir d'appliquer le droit uniforme à des pourparlers relatifs à un contrat qui lui aurait échappé? Dans le second cas, comment déterminer le droit applicable à un contrat avant même qu'il ne soit conclu?

De même, comment concilier l'extension du droit uniforme à la responsabilité précontractuelle avec l'article 100 alinéa 2 CV selon lequel les règles conventionnelles relatives à l'inexécution des obligations, soit en particulier l'article 74 CV, ne s'appliquent qu'aux contrats conclus après l'entrée en vigueur de la Convention?

Toutes ces questions sans réponses montrent combien le droit uniforme est inadéquat à l'appréhension de la responsabilité précontractuelle des parties, et combien a fortiori une interprétation allant contre le texte de la Convention est injustifiée.

282. Le droit uniforme intervient dès qu'une offre au sens de l'article 74 CV est adressée à une ou plusieurs personnes déterminées, suffisamment précise et indiquant la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. Si cette offre n'est pas acceptée dans son délai de validité fixé par l'auteur de l'offre (art. 20 CV) ou dans un délai raisonnable (art. 18 al. 2 CV), les relations entre les parties cessent d'être régies par le droit uniforme et sont restituées au droit national supplétif⁸⁴⁰. Pendant la durée de validité de l'offre, les règles nationales sur la responsabilité précontractuelle ne doivent pas compromettre l'exercice des droits conférés aux parties par la Convention. En ce sens le droit uniforme influe-t-il sur le concept national d'obligation précontractuelle. La Convention faisant partie du droit national des Etats contractants, l'exercice des droits qu'elle confère aux parties ne saurait être considéré comme contraire à la bonne foi au sens de la disposition

⁸⁴⁰ Sous réserve cependant des effets d'une acceptation tardive, qui sont régis par le droit conventionnel: art. 21 CV.

topique du droit national supplétif. Ainsi, la rétractation d'une offre au sens de l'article 15 alinéa 1 CV, ou sa révocation au sens de l'article 16 alinéa 1 CV, ne sont pas contraire à la bonne foi et ne peuvent donner lieu à une responsabilité précontractuelle⁸⁴¹. De même le silence du destinataire de l'offre ne valant pas acceptation au sens de l'article 19 CV n'est pas un comportement contraire à la bonne foi⁸⁴². Il s'agit dans tous ces cas de comportements dont les conséquences sont régies par le droit conventionnel et qui entrent dans le cadre des prévisions des parties. Le fait d'attacher à ces comportements une responsabilité précontractuelle déduite du droit national supplétif paralyserait l'usage des droits conférés aux parties par la Convention.

D. Conclusion.

283. Le choc du droit national supplétif et du droit uniforme n'est pas sans laisser quelques lézardes dans la façade de l'uniformisation. Une juste interprétation du droit uniforme, conforme à l'article 7 CV, permet néanmoins d'en limiter l'impact, et d'éviter ainsi l'effondrement de l'édifice.

284. Le pan le plus solide de cette façade est celui de la formation du contrat. C'est plutôt par la rencontre du droit uniforme avec les usages internationaux au sens de l'article 9 CV qu'il risque d'être ébranlé (n° 223 à 225).

285. Les moyens de droit dévolus aux parties par le droit uniforme doivent être confrontés à ceux qui relèvent du droit national supplétif, la question se posant en terme de concours. Si nos réponses à cette question ont pu paraître casuistiques à la lecture, elle sont pourtant l'écho d'une logique uniforme:

⁸⁴¹ KAROLLUS, p. 216; HERBER/CZERWENKA, ad art. 16, n° 12; SCHLECHTRIEM, *Einheitliches Kaufrecht*, p. 45, *Borderland*, p. 475, et in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 16, n° 13.

Dubitatif HONNOLD, ad art. 16, n° 148-151.

Contra, WEY n° 883.

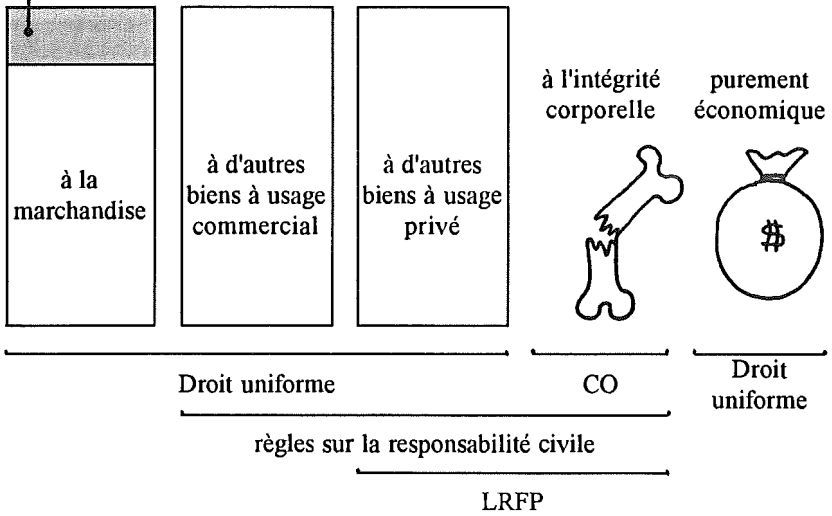
⁸⁴² SCHLECHTRIEM in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 18, n° 23.

- Lorsqu'il s'agit de moyens de droit ayant pour but de protéger une partie dans sa relation avec son cocontractant, l'application exclusive des moyens de droit prévus par le droit uniforme est non seulement équitable, mais également imposée par les règles d'interprétation de la Convention. Le triple critère de l'article 7 alinéa 1 CV permet de dégager le caractère de *lex specialis* du droit uniforme.
 - Lorsqu'il s'agit de moyens de droit ayant pour but de protéger un droit absolu indépendamment d'une relation contractuelle, l'application exclusive du droit uniforme serait insupportable car une partie ne doit pas être défavorisée par rapport à un tiers du fait de sa relation contractuelle.
286. A travers le prisme de cette logique, nous avons pu démontrer:
- Que les règles nationales sur l'invalidation du contrat en cas de vice de consentement ne doivent pas s'appliquer en concours avec des règles du droit uniforme. Cela vaut autant pour les cas d'erreur essentielle que pour les cas de dol du vendeur. Une évaluation de ces moyens de droit permet d'établir que cette solution n'implique pas de discrimination inéquitable pour la victime de l'erreur (n° 229 à 254).
 - Que, de la même façon, les règles nationales sur la responsabilité précontractuelle des parties doivent être «*absorbées*» par les règles du droit uniforme lorsque la violation de l'obligation précontractuelle se matérialise en une violation du contrat. La proposition d'appliquer le droit uniforme à d'autres cas de responsabilité précontractuelle n'est par contre pas justifiée (n° 277 à 282).
 - Que, au contraire, la protection conférée aux parties comme à tout tiers par les règles sur la responsabilité civile (n° 256 à 271), ou comme à tout acheteur successif par les règles de la loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits, ne doit pas être altérée par le droit uniforme (n° 272 à 276).

287. Au fil de cette étude, nous avons pu regretter l'inadéquation de la loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits et de l'article 5 CV (n° 273). Nous nous sommes enfin attachés à tracer une ligne de démarcation entre responsabilité civile et responsabilité contractuelle, cette dernière devant exclusivement conduire à la réparation du dom-

mage résultant de la destruction ou de la détérioration de la marchandise elle-même (n° 268 à 269). Les dommages résultant d'un défaut de conformité de la marchandise peuvent donc être appréhendés par un enchevêtrement de règles d'origines différentes. Une représentation graphique permet de mieux illustrer ces éventualités de concours:

Pièce défectueuse causant un dommage:



288. La multiplication des sources de droit (en l'occurrence un droit à vocation mondiale, un droit d'inspiration européenne, et un droit purement national) n'est pas le moindre des problèmes que l'organisation du monde en sphères concentriques posera aux juristes de demain.

V. LA PRESCRIPTION DES DROITS DECOULANT DU CONTRAT: TALON D'ACHILLE DE L'UNIFORMISATION?

A. Bases légales

289. La prescription des prétentions découlant du contrat de vente est, avec la validité, le transfert de propriété et la représentation, la quatrième fenêtre de la façade de l'uniformisation. Comme les autres, elle s'ouvre sur le paysage du droit national supplétif. Plus que les autres peut-être, elle met en danger la solidité de l'ensemble de la façade.

La Convention de Vienne s'appuie en effet sur deux béquilles: la Convention de Genève sur la représentation⁸⁴³ et la Convention de New York sur la prescription⁸⁴⁴. De ce triptyque, la Suisse n'a retenu que la partie centrale. Or, si la question de la représentation est une question relativement indépendante des autres domaines de l'uniformisation, traitée d'ailleurs de façon indépendante dans la systématique du code des obligations suisse, la question de la prescription est étroitement imbriquée avec celle des moyens de droit accordés aux parties par la Convention de Vienne: on a vu lors de nos réflexions précédentes combien la question de la prescription jouait un rôle dans l'équilibre des moyens de droit issus du droit national et du droit conventionnel; des prescriptions particulières sont traditionnellement prévues dans les droits nationaux pour certains moyens découlant d'un contrat de vente. Les règles de prescription sont donc un élément clef de l'équilibre contractuel établi par un ordre juridique. Sanctionner les moyens de droit du droit uniforme de délais de prescription nationaux, aussi variables qu'il y a de droits nationaux supplétifs potentiellement applicables, c'est le vêtir d'habits forcément mal ajustés⁸⁴⁵.

⁸⁴³ Cf. supra n° 15.

⁸⁴⁴ Cf. supra n° 15. Cette Convention est entrée en vigueur le 1er août 1988. Onze Etats sont parties à la Convention originale, six à la Convention modifiée par le protocole additionnel du 11. 4. 1980.

⁸⁴⁵ Cf. SPIRO, in: HOYER/POSCH, p. 197: «Man erkannte klar und war einig darüber, dass das Verjährungsabkommen eine wichtige, ich wage zu sagen: notwendige Ergänzung des einheitlichen Kaufrechts bildet».

290. La Convention de New York est au contraire taillée sur mesure pour le droit de la vente internationale. Son Protocole additionnel du 11. 4. 1980 parfait cette adéquation⁸⁴⁶:

- son processus d'application dans l'espace est identique⁸⁴⁷;
- son champ d'application *ratione materiae* est semblable⁸⁴⁸, sous réserve des questions de nullité que la Convention de New York prétend régir⁸⁴⁹;
- sa solution reprend la logique de la Convention de Vienne basée sur un concept unique de la contravention au contrat, puisqu'elle pose le principe d'un délai de prescription de quatre ans, sans distinction quant à la nature de la contravention⁸⁵⁰. Ce n'est que dans la détermination du *dies a quo* que certaines distinctions sont faites, selon les catégories de la Convention de Vienne⁸⁵¹.

La Convention de New York est donc moins sévère que le droit suisse pour tout moyen de droit basé sur un défaut de conformité (prescription de quatre ans dès remise effective de la marchandise à l'acheteur, contre une prescription d'un an dès la livraison en droit suisse), mais plus restrictive pour les moyens de droit basés sur une autre contravention, en particulier l'inexécution (prescription de quatre ans dès la date d'exigibilité de la prestation contre une prescription de dix ans en droit suisse). Elle est surtout mieux adaptée à la logique de la Convention de Vienne.

291. La Suisse n'ayant pas ratifié cette Convention de New York⁸⁵², la question de la prescription est restituée au droit national supplétif

⁸⁴⁶ LOEWE, V Einl 2.

⁸⁴⁷ Art. 3 CNY. Le protocole additionnel a introduit dans la Convention de New York un mécanisme comparable à celui de l'art. 1 al. 1 let. b CV (Cf. LOEWE, V Einl 2).

⁸⁴⁸ Art. 4 et 6 CNY, correspondant aux art. 2 et 3 CV.

⁸⁴⁹ Art. 1 al. 1 CNY, art. 10 al. 3 CNY. Une réserve peut cependant être apportée à cet égard par les Etats contractants: art. 35 CNY.

⁸⁵⁰ Art. 8 CNY. Cf. SPIRO, p. 202.

⁸⁵¹ Art. 9 et 10 CNY. La notion de défaut de conformité de la chose au sens de l'art. 10 al. 2 CNY est similaire à celle de la Convention de Vienne. L'art. 10 al. 2 CNY s'applique cependant également au cas de la marchandise affectée du droit ou d'une prétention d'un tiers (LOEWE, ad art. 10 V, p. 202).

⁸⁵² La Convention de New York rencontre peu de succès auprès des Etats industrialisés de l'Ouest: cf. KAROLLUS, p. 4.

désigné par les règles de conflit. Ce droit national supplétif peut être la Convention de New-York si le droit désigné par les règles de conflit est le droit d'un Etat contractant⁸⁵³. Si le droit suisse est désigné à titre supplétif⁸⁵⁴, la question de la prescription est soumise aux articles 127 ss CO⁸⁵⁵, sous réserve de l'application aux moyens de droit prévus par le droit uniforme en cas de défaut de conformité de l'article 210 CO. Cette disposition du droit suisse de la vente interne prévoit une prescription courte d'un an dès la livraison de la marchandise pour toute action en garantie pour les défauts.

Trois solutions peuvent à cet égard être envisagées: l'application abrupte de l'article 210 CO, indépendamment du contexte du droit uniforme; l'application de l'article 210 CO adapté à la logique du droit uniforme; l'abandon de l'article 210 CO, au profit des règles générales de prescription.

⁸⁵³ Art. 3 CNY; LOEWE, Einl. 2 V; KAROLLUS, p. 4; MAGNUS, p. 91.

⁸⁵⁴ Le droit applicable à la prescription est le droit applicable au contrat (KNOEPFLER, *Le contrat international*, p. 417), soit en matière de vente mobilière le droit désigné par la Convention de La Haye de 1955 (HERBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 4, note 37).

En droit Français, voir AUDIT, p. 102. En droit allemand, voir SCHLECHTRIEM in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 3 *VertragsG*, n° 2. Dans le même sens, voir l'art. 10. 1 d CR.

Voir cependant STOLL, in: FS Ferid, p. 507, 508 qui propose notamment que le droit au paiement du prix se prescrive selon le droit de l'établissement de l'acheteur.

⁸⁵⁵ Y compris pour les prétentions en restitution des prestations après la résolution du contrat, en tout cas lorsque cette résolution est consécutive à une inexécution du contrat. Ces prétentions sont en effet «analogues à des prétentions en enrichissement illégitime», mais non soumises au délai de prescription de l'art. 67 CO (ATF 60 II 27 ss; 61 II 257; 63 II 252). Sur la nature de cette prétention, cf. WEBER in: Berner Tage, p. 183; VON TUHR/PETER, p. 493, VON TUHR/ESCHER, p. 155, 494; BECKER ad art. 109, n° 2 et 5). Il s'agit de prétentions qui se prescrivent selon le délai de prescription ordinaire de l'art. 127 CO (GAUCH/SCHLUEP, n° 3086; OR-WIEGAND ad art. 109, n° 5, et ad art. 210, n° 3, STANISLAS, p. 27).

B. Application abrupte de l'article 210 CO

292. L'application abrupte de l'article 210 CO est la solution apparemment la plus simple: Le droit uniforme connaît l'équivalent des actions édiliciennes du droit suisse (droit de résoudre le contrat, droit à une diminution du prix, droit à une marchandise de remplacement, droit à des dommages-intérêts, en cas de défaut de la chose). A ces actions, l'article 210 CO peut être appliqué *mutatis mutandis*, quelle que soit par ailleurs la terminologie différente du droit uniforme. Cette application abrupte de l'article 210 CO serait pourtant contraire à l'esprit de la Convention, à sa lettre, et à son but.

293. *L'esprit de la Convention.*

Même si la Convention décrit l'état de fait du défaut de conformité et lui accorde parfois des conséquences propres, les moyens de droit qui en découlent sont pour l'essentiel commun à toutes les contraventions au contrat⁸⁵⁶. Appliquer des délais de prescription différenciés à ces moyens de droit, en conformité avec le champ d'application restreint de l'article 210 CO, c'est recréer artificiellement des distinctions héritées du droit national et dont le droit uniforme s'était détaché. Ainsi le droit à des dommages-intérêt de l'article 74 CV qui suppose une contravention au contrat quelle qu'elle soit, se prescrirait différemment selon la qualification de cette contravention d'après les critères du droit national⁸⁵⁷.

Certes le droit uniforme fait-il lui-même certaines distinctions entre défaut de conformité et autre contravention au contrat⁸⁵⁸. La notion de défaut de conformité du droit uniforme n'est cependant pas celle du défaut du droit national. L'exemple le plus frappant est celui de l'*aliud*, compris dans la notion de défaut de conformité en droit

⁸⁵⁶ SCHLECHTRIEM, in: Berner Tage, p. 104; WEBER in: Berner Tage, p. 209; HONSELL, BT, p. 111; HERBER/CZERWENKA, ad art. 45, n° 2: «Unerheblich ist, welcher Art die verletzte Pflicht ist».

⁸⁵⁷ En droit suisse, le droit de l'acheteur à des dommages-intérêts se prescrit par dix ans dès l'exigibilité en cas de demeure du vendeur (art. 127 CO; ATF 61 II 255) et par un an dès la livraison en cas de défaut de la marchandise (art. 210 al. 1 CO; ATF 91 II 213).

⁸⁵⁸ Par exemple art. 46 al. 2 CV; art. 49 al. 1 let. a et b CV.

uniforme⁸⁵⁹ mais pas dans la notion de défaut en droit suisse⁸⁶⁰. Une stricte application de l'article 210 CO impliquerait que le juge fasse cette distinction, abandonnée par le droit uniforme, pour savoir si la prétention examinée entre dans le champ d'application de l'article 210 CO. Ainsi l'analyse du droit uniforme devrait-elle se doubler d'une analyse du cas d'après les notions du droit national supplétif, pour déterminer la règle de prescription applicable. Imagine-t-on le juge étranger d'un Etat contractant qui, après avoir appliqué les articles 35 ss CV, devrait encore appréhender le même état de fait sous l'angle de l'article 197 CO (le droit suisse étant applicable à titre supplétif) pour savoir si le défaut de conformité est également un défaut au sens du droit suisse, donnant naissance à des moyens de droit se prescrivant selon l'article 210 CO?

Comment traiter enfin les moyens de droit accordés par le droit uniforme et non par le droit suisse en cas de défaut de conformité: le droit à la réparation de la marchandise de l'article 46 alinéa 3 CV échapperait-il à la prescription de l'article 210 CO⁸⁶¹, alors que le droit à une marchandise de remplacement de l'article 46 alinéa 2 y serait soumis?

Une application abrupte de l'article 210 CO ne répond pas à l'esprit de la Convention, car elle impliquerait la réintroduction de distinctions de droit national abandonnées par le droit uniforme et injustifiées dans son contexte⁸⁶².

294. *La lettre de la Convention.*

L'application abrupte de l'article 210 alinéa 1 CO serait également incompatible avec la lettre même de la Convention. Selon l'article 39 alinéa 1 et 2 CV, l'acheteur doit aviser le vendeur de l'existence d'un défaut de conformité dans un délai raisonnable à partir du moment

⁸⁵⁹ Incontesté: HERBER/CZERWENKA, ad art. 35, n° 2; KAROLLUS, p. 105; STUMPF in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 35, n° 6.

⁸⁶⁰ L'art. 210 CO n'est donc pas applicable aux prétentions de l'acheteur en cas de livraison d'un aliud: cf. HONSELL, BT p. 67.

⁸⁶¹ Le droit suisse de la vente interne ne prévoit pas de droit à la réparation de la marchandise en cas de défaut de la chose.

⁸⁶² Sur cette critique, cf. aussi KAROLLUS, p. 130: «Tatsächlich dürfte aber die abweichende Konzeption des Leistungsstörungsrechts im UNK (einheitlicher Tatbestand der «Vertragsverletzung») gegen eine Anwendbarkeit der besonderen Ausschlussfristen für Gewährleistungsansprüche sprechen».

où il l'a constaté ou aurait dû le constater, mais au plus tard deux ans après la date de la remise effective de la marchandise. A contrario, l'acheteur peut-il faire valoir un défaut de conformité jusqu'à cette date, s'il n'a pu ou dû s'apercevoir du défaut plus tôt. Or, selon l'article 210 CO, ses droits seraient prescrits une année après la date de la livraison. L'acheteur pourrait donc faire valoir le défaut de conformité selon le droit uniforme, mais les droits qu'il pourrait en déduire seraient prescrits selon le droit national⁸⁶³.

La même contradiction entre droit suisse de la vente interne et droit uniforme se retrouve au sujet de l'article 44 CV: cette disposition, concédée par les auteurs de la Convention aux pays en voie de développement⁸⁶⁴, conserve à l'acheteur le droit à une diminution du prix et à des dommages-intérêts s'il n'a une excuse valable de ne pas avoir procédé à la dénonciation du défaut dans le délai raisonnable de l'article 39 alinéa 1 CV⁸⁶⁵. L'application abrupte de l'article 210 alinéa 1 CO à titre supplétif, viderait cette disposition de son sens, l'excuse valable permettant de faire valoir des droits par ailleurs prescrits!⁸⁶⁶

Cette contradiction entre droit uniforme et droit national montre combien le second est inadéquat pour régler la question de la prescrip-

⁸⁶³ Sur cette contradiction, cf. BUCHER E. in: Berner Tage, p. 49; HERRMANN in: Berner Tage, p. 98; ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH ad art. 39, n° 6; SPIRO, p. 200. CHAUDET in: Cedidac, p. 124; WYLER, Garantie, conformité et inspection des marchandises dans la vente. Etude de la Convention de Vienne, in: Recueil de travaux en l'honneur du professeur François Gilliard, Tolochenaz 1987. Cette contradiction se retrouve avec les droits étrangers prévoyant un délai court de prescription pour les actions en garantie pour les défauts, notamment lorsque le dies a quo est au jour de la livraison: cf. en droit autrichien LOEWE ad art. 39; KAROLLUS, p. 129 (incompatibilité de l'art. 933 ABGB avec l'art. 39 CV). En droit allemand, l'art. 3 VertragsG prévoit une modification du par. 477 BGB pour le rendre compatible avec l'art. 39 CV (cf. HUBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 45, n° 55 et infra n° 296).

⁸⁶⁴ SPIRO, in: HOYER/POSCH, p. 199.

⁸⁶⁵ Le délai de deux ans de l'art. 39 al. 2 CV reste cependant absolu, ainsi que l'indique le texte de l'art. 44 CV («Nonobstant les dispositions du *paragraphe 1* de l'art. 39...») et de l'art. 39 al. 2 («Dans tous les cas...»), et contrairement à ce qui est affirmé dans le MESSAGE, n° 232.33 (LICHTSTEINER, ad art. 44; HERBER/CZERWENKA, ad art. 44, n° 1; SONO in: BIANCA/BONELL, ad art. 44, n° 3.3).

⁸⁶⁶ SPIRO, in: HOYER/POSCH, p. 200.

tion des moyens de droit issus du premier et combien une adaptation est nécessaire.

295. *Le but de la Convention.*

Le but de la Convention, auquel ont souscrit les Etats contractants, est l'uniformisation du droit de la vente internationale. On a vu combien cette uniformisation est menacée par le recours éventuel des parties à des moyens de droit nationaux concurrents⁸⁶⁷. L'intérêt pratique des parties au recours à de tels moyens est essentiellement une évaluation comparée des délais de prescription: c'est le court délai de l'article 210 alinéa 1 CO qui conduit les parties à invoquer les règles sur les vices de consentement ou sur la responsabilité délictuelle ou précontractuelle des parties. Le très bref délai de l'article 210 CO discrimine les actions édiliciennes par rapport à d'autres types de moyens de droit, et encourage l'acheteur à recourir à ces derniers à titre alternatif⁸⁶⁸. Si cette alternativité est légitime en droit national, elle représente un grave péril pour l'uniformisation internationale du droit. L'applicabilité de l'article 210 CO à des prétentions autres que celles qui sont prévues par les articles 197 ss CO est en soi douteuse; dans la pesée d'intérêts qui doit présider à cette question, le but de l'uniformisation du droit de la vente internationale fait pencher la balance vers une réponse négative.

C. Adaptation de l'article 210 CO.

296. L'application de la règle nationale topique adaptée au contexte du droit uniforme est la solution prônée par la loi allemande du 5 juillet 1989 sur la Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises⁸⁶⁹: l'article 3 VertragsG renvoie en effet aux par. 477 et 478 BGB pour toutes les

⁸⁶⁷ Supra n° 249 et 270.

⁸⁶⁸ Voir par exemple SCHMIDLIN, ad art 23/24, n°262 au sujet de l'exclusion des règles sur l'erreur par les règles sur la garantie «Als Haupthindernis erweist sich die *kurze Verjährungsfrist* von einem Jahr, die vor allem dann zu unbilligen Lösungen führt (...)».

⁸⁶⁹ BGB1. II S. 586, reproduite in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, p. 761.

prétentions basées sur un défaut de conformité⁸⁷⁰. Appliquées dans le contexte du droit uniforme, ces dispositions du droit national allemand subissent une double transformation:

- Elles s'appliquent à tout défaut de conformité au sens des articles 35 ss CV, y compris notamment le cas de l'*aliud*⁸⁷¹. Cette solution évite d'introduire en droit uniforme les distinctions du droit national, et épargne au juge un double examen du cas d'espèce.
- Le *dies a quo* du court délai de six mois du par. 477 alinéa 1 BGB n'est plus, comme le prévoit cette disposition, la livraison de la marchandise, *mais l'avis des défaut*⁸⁷². Cette différence de taille rend la solution allemande compatible avec le texte de l'article 39 alinéa 2 CV et 44 CV, et ne discrimine pas l'action contractuelle par rapport à d'autres moyens de droit envisageables, au péril de l'uniformisation du droit.

297. La solution allemande est donc une excellente solution, qui permet l'application du droit national allemand tout en l'adaptant au contexte du droit uniforme. Cette solution est à prôner *mutatis mutandis et de lege ferenda* en droit suisse. En l'absence de disposition légale comparable à l'article 3 VertragsG, elle ne peut cependant s'imposer en droit positif suisse⁸⁷³.

⁸⁷⁰ Il est cependant douteux que cette règle s'applique aux prétentions de l'acheteur découlant du fait que la marchandise est l'objet du droit ou d'une prétention d'un tiers (art. 41 ss CV); dubitatif SCHLECHTRIEM in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 3 VertragsG, n° 5. Réponse négative: HERBER/CZERWENKA, ad art. 3 VertragsG, n° 6; SCHWENZER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 43, n° 7. Cet auteur en déduit que la règle générale de prescription (art. 195 BGB) est applicable, ce qui ne lui paraît pas satisfaisant. Il plaide donc pour une solution contractuelle de cette question.

⁸⁷¹ SCHLECHTRIEM in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 3 VertragsG, n° 4; HUBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 45, n° 55.

⁸⁷² Cf. SCHLECHTRIEM, in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 3 VertragsG, n°; REINHART, ad art. 3 VertragsG, n° 4. Ce *Dies a quo* vaut même lorsque l'avis des défauts est tardif mais excusable au sens de l'art. 44 CV (HUBER in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, ad art. 45, n° 55; HERBER/CZERWENKA, ad art. 3 VertragsG, n° 11).

⁸⁷³ Certains auteurs proposent cependant une adaptation au droit uniforme de leurs règles de prescription nationales relatives à la vente interne, malgré l'absence d'une base légale. Ainsi LOEWE ad art. 39, propose-t-il par voie d'interprétation

D. L'abandon de l'article 210 CO dans le contexte du droit uniforme

298. L'article 210 a été prévu pour s'appliquer aux actions des articles 205ss CO, et non à des moyens de droit déduits d'une autre source de droit. Son application aux moyens de droit issus du droit uniforme ne s'impose donc pas de lege lata.

Le second terme de l'alternative est l'application indifférenciée à tous les moyens de droit issus du droit uniforme des règles générales de prescription de l'article 127 CO (soit dix ans dès la commission de la contravention au contrat), le cas échéant de l'article 67 CO (soit un an dès la connaissance du droit à la répétition, au plus tard dix ans dès sa naissance). Cette solution serait-elle choquante par rapport à la sévérité du droit suisse vis-à-vis des contrats de vente internes? L'absence d'un court délai de prescription des moyens de droit de l'acheteur créerait-elle une insupportable insécurité juridique?

299. Le droit uniforme est intrinsèquement en mesure de parer à ces dangers⁸⁷⁴.

Pour tous les moyens de droit fondés sur un défaut de conformité, une première limite temporelle posée par le droit uniforme lui-même est celle de l'article 39 CV: l'acheteur est déchu de son droit de

une modification de l'art. 399 ABGB, pour permettre à l'acheteur de faire valoir son droit en cas de défaut caché, dans la limite des deux ans de l'art. 39 al. 2 CV (sur la situation allemande avant l'art. 3 VertragsG, voir également STOLL in: FS Ferid, p. 509). De même BUCHER E. in: Berner Tage, p. 49, envisage-t-il une prolongation du délai de l'art. 210 CO en un délai de deux ans compatible avec l'art. 39 al. 2 CV: «Eine korrigierende Annahme etwa einer Frist von 2 Jahren lässt sich allerdings nicht ausschliessen». Dans cette hypothèse, le dies a quo n'aurait cependant pas à être la découverte du défaut, comme le propose BUCHER, mais le jour de la livraison, puisque tel est également de dies a quo du délai de péremption de l'art. 39 al. 2 CV.

Pour notre part, il nous paraît difficile d'admettre que la simple interprétation de l'art. 210 CO, même dans le contexte du droit uniforme, puisse conduire au doublement du délai de prescription qu'il prévoit expressément. Comme le précise HONSELL (OR-HONSELL, ad art. 210, n° 8), c'est au législateur d'intervenir: «Eine Klärung durch den Gesetzgeber wäre wünschenswert».

⁸⁷⁴ Sur cette idée, KAROLLUS, p. 130.

se prévaloir du défaut de conformité s'il ne l'a pas dénoncé au vendeur dans un délai raisonnable, *au plus tard deux ans après la remise effective de la marchandise*. Ce n'est que lorsque le vendeur connaissait ou aurait dû connaître le défaut que cette limite temporelle tombe (art. 40 CV), ce qui correspond à la solution de l'article 210 alinéa 3 CO⁸⁷⁵.

300. Si cette première limite temporelle a été respectée par l'acheteur, le droit uniforme en pose de nouvelles sanctionnant certains moyens de droit:

- La résolution du contrat doit être déclarée dans un délai raisonnable dès que l'acheteur a eu ou aurait dû avoir connaissance du défaut de conformité⁸⁷⁶. Les conséquences de la résolution, soit les prétentions des parties en restitution des prestations, doivent à notre avis être soumises au délai de prescription de l'article 67 CO, qui est le plus proche par sa durée de l'article 210 CO et correspond à la nature de ces prétentions⁸⁷⁷.

⁸⁷⁵ KAROLLUS, p.130. L'art. 40 CV n'implique cependant que la connaissance qu'avait ou aurait dû avoir le vendeur du défaut, alors que l'art. 210 al. 3 CO implique son dol. L'acheteur est donc mieux protégé de ce point de vue par le droit uniforme que par le droit suisse de la vente interne (cf. SPIRO, in: HOYER/ POSCH, p. 199).

⁸⁷⁶ Art. 49 al. 1 let. bi) CV.

⁸⁷⁷ Les prétentions en restitution des prestations sont en effet «semblables» à une action en enrichissement illégitime, soumise cependant au délai de l'art. 210 CO (GIGER, ad art 208, n° 26: «Der Rückforderungsanspruch des Käufers i.s. Art. 208 II ist der *condictio ob causam finitam* jedoch ähnlich»; WEBER in: Berner Tage, p. 183; OR-HONSELL, ad art. 208, n° 2. Voir cependant BUCHER E., BT, p. 98). La situation est néanmoins compliquée en droit suisse par l'opinion d'une partie de la doctrine, reprise par un arrêt du Tribunal fédéral, selon laquelle le vendeur pourrait revendiquer la propriété de la chose vendue (ATF 109 II 30; KELLER/LORTSCHER, 84; GIGER, ad art. 208, n° 9; CAVIN p. 98; ENGEL, BT p. 39; contra BUCHER E., BT, p. 98; VON BÜREN, BT, p. 39; OR-HONSELL, ad art. 208, n° 3; PIOTET, La restitution après résolution du contrat, arrêt de Tribunal fédéral du 17 février 1983 dans la cause Intravend AG, Consorzio Gianola, Vittori et De Vittori, in: Droit de la construction, 1984, pp. 10 ss), ce qui rendrait sa prétention imprescriptible (sous réserve de l'art. 728 CC).

En droit uniforme, le droit des parties à la restitution des prestations selon l'art. 81 CV est de nature obligationnelle (cf. supra n° 243). L'art. 210 CO n'étant pas applicable dans le contexte du droit uniforme, il faut en revenir à notre avis à la règle générale en matière de restitution d'une prestation effectuée en vertu d'une

- La livraison d'une marchandise de remplacement, ou la réparation de la marchandise doivent être exigées au moment de la dénonciation du défaut de conformité conformément à l'article 39 CV, ou dans un délai raisonnable dès cette dénonciation⁸⁷⁸.

Seules l'action minutoire de l'article 50 CV, et l'action en dommages-intérêts de l'article 74 CV ne sont soumises à aucune limite temporelle topique, autre que celle de l'avis des défauts.

301. S'agissant de l'action minutoire, de deux chose l'une: soit l'acheteur n'a pas encore payé, soit il a déjà payé le prix. Dans le premier cas, il ne fera valoir l'action minutoire qu'à titre d'exception. Il est légitime que cette exception ne se prescrive qu'au terme du délai général de l'article 127 CO: telle serait également la solution de l'article 210 alinéa 2 CO⁸⁷⁹. Dans le deuxième cas, l'action minutoire se traduira par une action en restitution d'une partie du prix payé. L'article 210 CO étant écarté, cette action doit être qualifiée du point de vue du droit suisse d'action en enrichissement illégitime, soumise au délai de prescription de l'article 67 CO⁸⁸⁰, soit un délai d'un an dès la connaissance du droit à répétition, correspondant à la découverte du défaut. Cette solution implique une célérité qui écarte tout abus de la part de l'acheteur et tout risque d'insécurité juridique durable.

302. Seule l'action en dommages-intérêts pose donc un problème, dans la mesure où l'inapplicabilité de l'article 210 CO laisserait à l'acheteur un délai de dix ans pour agir en dommages-intérêt, à condition d'avoir avisé le vendeur du défaut de conformité dans le délai raisonnable de l'article 39 CV. Ce long délai de prescription est la solution du droit suisse pour toute contravention au contrat autre que la livraison d'une chose défectueuse⁸⁸¹. C'est respecter la logique de

cause qui a cessé d'exister, soit en l'espèce la prescription de l'art. 67 CO (sur l'application de l'art. 67 CO même en droit suisse de la vente interne, cf. STANISLAS, p. 137).

⁸⁷⁸ Art. 46 al. 2 et 3 CV.

⁸⁷⁹ Cette disposition instaure en effet la pérennité de l'exception. En droit allemand, cf. le par. 478 BG B auquel renvoie l'art. 3 VertragsG.

⁸⁸⁰ Cf. supra note 855.

⁸⁸¹ GAUCH/SCHLUEP, n° 3443; BRUNNER, Die Anwendung deliktsrechtlicher Regeln auf die Vertragshaftung, AISU Fribourg, 1991, pp. 387 ss. Voir cependant,

l'article 74 CV qui tend à s'appliquer à toute contravention au contrat indépendamment de la nature de cette contravention⁸⁸² que d'appliquer à cette action un délai de prescription unique. Le garde-fou de l'abus de droit de l'article 7 CV, et l'obligation de l'acheteur de diminuer le dommage de l'article 77 CV rendent admissible ce long délai de prescription d'une prétention en dommages-intérêts envers un vendeur déjà prévenu de l'existence d'un défaut.

303. L'article 210 CO peut donc être écarté dans le contexte du droit uniforme, au profit des règles générales de prescription du droit suisse⁸⁸³.

E. Conclusion

304. La Suisse n'ayant pas ratifié la Convention de New York sur la prescription, cette question doit être réglée selon les principes suivants lorsque le droit national supplétif est le droit suisse:

- La question de la prescription des prétentions des parties est régie par les dispositions générales sur la prescription, soit les articles 127 ss CO (n° 298, 301, 302).
- L'article 67 CO est à notre avis applicable aux prétentions en restitution des prestations après résolution en cas de défaut de conformité (n° 300).
- Les limites temporelles intrinsèques du droit uniforme tempèrent ces longs délais de prescription (n° 299 et 300).
- L'article 210 CO, applicable à la vente interne suisse, doit être écarté dans le contexte du droit uniforme (n° 298).

305. L'application, dans le contexte du droit uniforme, de l'article 210 CO, comme de toute règle de prescription nationale propre à certaines contraventions au contrat dans les droits nationaux de la vente interne, ferait de la question de la prescription le talon d'Achille de

SPIRO, *Begrenzung*, pp. 688 ss; JÄGGI, *Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung*, pp. 181 ss.

⁸⁸² WEBER in: *Berner Tage*, p. 191; HERBER/CZERWENKA, ad art. 74, n° 2.

⁸⁸³ Pour cette solution: HONSELL, BT, p. 127; OR-HONSELL, ad art. 210, n° 8; à titre alternatif BUCHER E. in: *Berner Tage*, p. 49.

l'uniformisation du droit de la vente internationale, en contraignant le juge à une double analyse systématique, selon le droit uniforme d'abord, selon le droit national supplétif ensuite pour qualifier les prétentions des parties et en déduire le délai de prescription applicable.

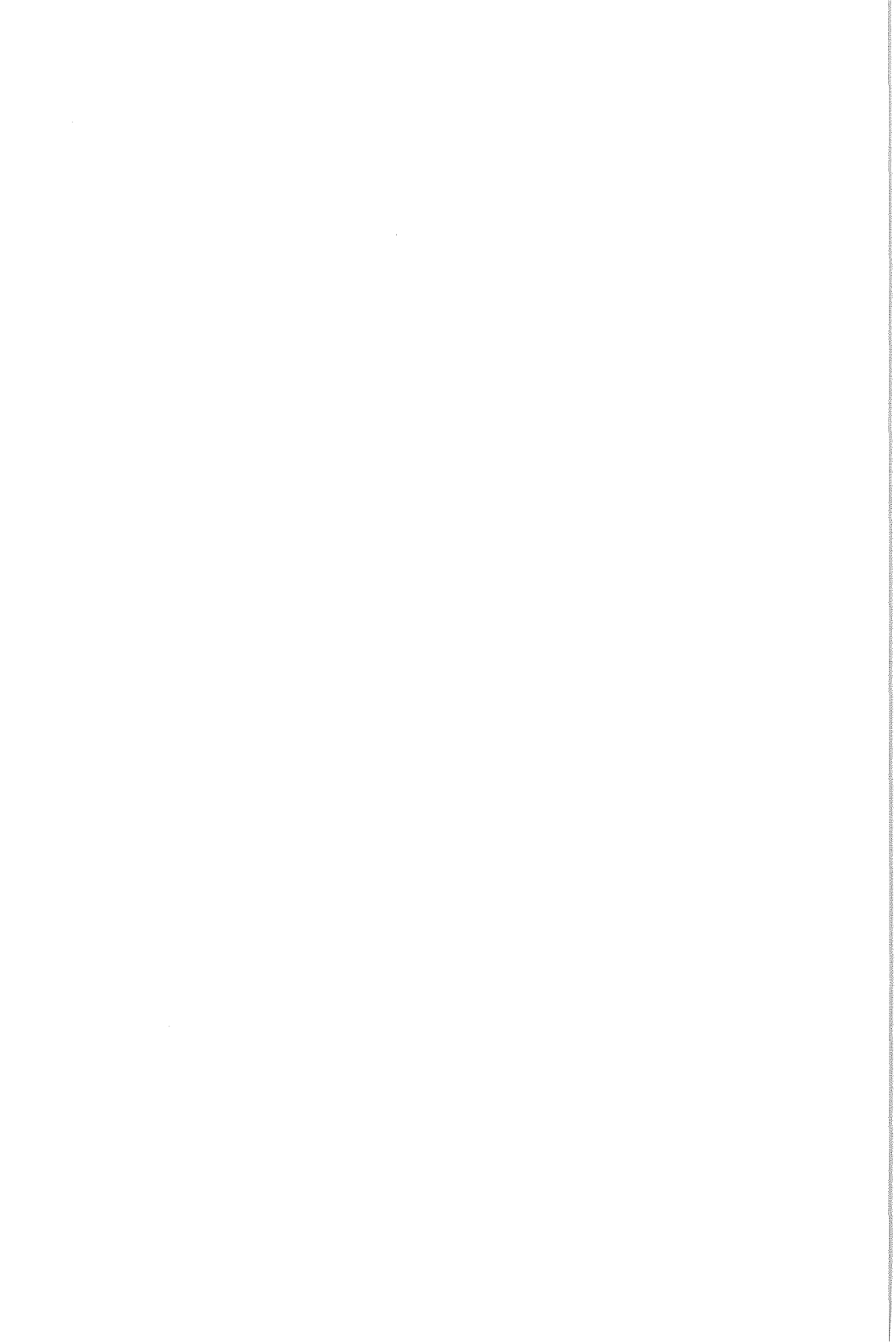
Des trois solutions envisageables quant au statut de l'article 210 alinéa 1 CO dans le contexte du droit uniforme, soit son application abrupte (n° 292 à 295), son adaptation (n° 296 à 297) ou son abandon (n° 298 à 302), la première n'est donc pas souhaitable, et la seconde manque de base légale. Au regard des limites temporelles intrinsèques du droit uniforme, seul un abandon de l'article 210 CO au profit des règles générales de prescription offre une solution équitable du point de vue des parties, et satisfaisante du point de vue de l'ambition uniformisatrice du droit conventionnel.



CONCLUSION GENERALE

Dans ce nouvel ordre, une élite de citoyens apatrides, de nomades économiques se déplace et communique par-dessus les frontières et les fuseaux horaires. En transportant des capitaux, des biens et des informations, ils circulent dans l'économie mondiale comme jadis les explorateurs et les marins naviguaient sur le même océan. Ces privilégiés vivent dans un espace sans frontières, sans gouvernement, et sans lois...

Jacques ATTALI, *Europe(s)*, Fayard 1994, p. 190.



306. Au terme de cette étude, une conclusion s'impose: à l'oeuvre maîtresse des auteurs de la Convention doit succéder une tâche, qui incombe aux juristes de chaque Etat contractant, de *délimitation* des sources du droit de la vente internationale, et de *coordination* des moyens de droit qui en découlent. La qualité du droit uniforme se juge à travers deux tests: le premier et le plus important a été brillamment réussi par la Convention de Vienne; il s'agit du test des ratifications. Le second intervient à plus long terme; il s'agit de la confrontation du droit uniforme avec les droits nationaux des Etats contractants. Une double érosion menace en effet le droit uniforme: érosion à travers la profusion des sources de droit nationales, internationales, ou anationales potentiellement applicables à la vente internationale; érosion à travers les solutions des droits nationaux dont le concours avec les solutions uniformes risque d'en altérer l'effectivité. C'est sur ce double danger que nous avons voulu attirer l'attention de nos lecteurs.

307. L'effort de délimitation auquel nous avons consacré la première partie de notre réflexion se heurte à l'abondance un peu désordonnée des textes régissant la vente internationale. «*Labyrinthe*», «*mosaïque*», «*Mehrspurigkeit*», «*patchwork*» ou «*enchevêtrement*», la doctrine n'est pas en manque de métaphores pour en dénoncer l'arborescence. Le fil d'Ariane de ce dédale est tissé de quelques lignes directrices moins complexes qu'il n'y paraît:

Tout contrat de vente dont les parties sont établies dans des Etats différents est un contrat de vente internationale au sens du droit uniforme. La proposition inverse n'est pas exacte, d'autres critères de l'extranéité pouvant rendre international un contrat de vente, qui est alors soumis au droit national désigné par les règles de conflits, à l'exclusion du droit matériel uniforme.

Pour les contrats internationaux au sens de la Convention de Vienne, *l'application des règles nationales suisses régissant des domaines concernés par la Convention (pour l'essentiel les articles 184 ss CO) est en toute hypothèse exclue*. En effet:

- Soit les conditions de l'article 1 alinéa 1 lettre a CV ou 1 alinéa 1 lettre b CV ne sont pas réalisées, et le droit applicable est un droit étranger.
- Soit les conditions de l'article 1 alinéa 1 lettre a CV ou 1 alinéa 1 lettre b CV sont réalisées, et les règles de la Convention sont applicables. C'est une obligation internationale s'il s'agit d'un

contrat de vente au sens de la Convention, et c'est une solution que la logique impose s'il s'agit d'un contrat innommé et que le juge, faisant usage du pouvoir créateur de droit que lui réserve l'article 1 alinéa 2 CC, souhaite appliquer par analogie les règles de la vente.

Le juge suisse ne doit tenir compte des réserves des Etats étrangers que dans la mesure où le droit uniforme le lui indique (cas d'une réserve au sens de l'article 96 ou 95 CV). Si tel n'est pas le cas, il doit appliquer la Convention telle qu'elle est entrée en vigueur en Suisse, et non telle que l'appliquerait le juge d'un Etat contractant étranger.

La grande liberté contractuelle dont jouissent les parties dans le domaine du commerce international peut les inciter à s'extraire d'un contexte juridique complexe par une élection de droit. C'est néanmoins par rapport à ce contexte juridique que doit être interprétée leur déclaration de volonté: l'entrée en vigueur de la Convention doit être prise en compte même par des parties qui souhaitent en exclure l'application, ne serait-ce que pour formuler une exclusion valable. L'impact du droit uniforme peut notamment conférer des conséquences juridiques nouvelles à des clauses d'élection de droit préétablies dans des conditions générales ou des contrats antérieurs. L'échappatoire de l'autonomie de la volonté n'est pas la panacée de la complexité des champs d'application respectifs des différents textes régissant le droit de la vente internationale.

Enfin, même lorsque le droit uniforme n'est pas applicable, il peut être pris en compte en sa qualité de codification des usages internationaux, ou à titre de droit de substitution au sens de l'article 16 alinéa 2 LDIP. Les rapports du droit uniforme et de la *lex mercatoria* sont ambigus, faits de concurrence et de complémentarité: la *lex mercatoria* risque d'éclipser les solutions conventionnelles, notamment pour toutes les questions relevant de la partie générale du droit des contrats (comme les règles de conclusion du contrat). D'un autre côté, c'est un rapport de complémentarité fructueuse qui unit ces deux sources de droit, puisque le droit uniforme contribue à préciser le contenu de la *lex mercatoria*, et puisque la théorie de la *lex mercatoria* peut permettre au droit uniforme de s'appliquer en s'affranchissant de ses propres règles d'application.

308. A peine tracée l'esquisse d'une délimitation entre les différentes sources du droit de la vente internationale, se pose la question de la coordination des règles qui en découlent. Le droit uniforme n'est en effet pas un droit autarcique: il doit se greffer sur un droit national supplétif, et les modalités de cette greffe sont délicates.

Il faut s'incliner devant les limites de l'uniformisation: tout au plus peut-on les regretter *de lege ferenda*. En droit suisse, les trois hypothèses de l'article 20 CO, l'impossibilité initiale objective, l'illégalité, et la contrariété aux bonnes moeurs, sont trois hypothèses qui relèvent de la validité du contrat et échappent donc au droit uniforme.

Pourtant, l'entrée en vigueur du droit uniforme dans un ordre juridique peut avoir, au-delà de ses propres limites, un impact sur cet ordre juridique. Ainsi un conflit entre des règles impératives et des règles uniformes doit être tranché en faveur du droit uniforme, en vertu du principe de la supériorité du droit international sur le droit national. De même, l'application de certaines règles du droit national peut être affectée par l'entrée en vigueur du droit uniforme: ainsi les règles impératives nationales se référant à l'ordre juridique dans son ensemble impliquent-elles la prise en compte du droit uniforme, qui en est partie intégrante. Un autre exemple, plus important en pratique, de l'impact du droit uniforme sur le droit national supplétif, est celui des règles nationales de prescription. L'application de ces règles nationales de prescription ne doit pas être aveugle, indifférente aux règles de préemption du droit uniforme: un effort de coordination est nécessaire, qui ne saurait consister en la simple constatation d'une limite du droit uniforme. Tout l'art de la coordination du droit national et du droit uniforme tient dans l'équilibre indispensable entre le respect des limites de la volonté d'uniformisation des Etats contractants d'une part, et la prise en compte de l'entrée en vigueur du droit uniforme, qui devient partie intégrante du droit national, d'autre part.

309. Cette question de la combinaison du droit uniforme et du droit national doit cependant être distinguée de la question du concours entre les moyens de droit issus de ces deux sources de droit. Une partie au contrat peut en effet disposer potentiellement d'un choix entre deux moyens de droit différents, lorsque le même état de fait est appréhendé à la fois par le droit uniforme et par le droit national supplétif. Ainsi l'hypothèse d'un défaut de conformité de la marchandise existant avant la conclusion du contrat peut donner naissance aux actions en garantie

du droit uniforme et aux moyens de droit que le droit national rattache aux vices de consentements.

Un tel problème se pose également en droit national, entre les règles spécifiques au contrat de vente et les règles de la partie générale du droit des contrats. Il n'existe aucun consensus en la matière, les solutions nationales étant des plus diverses. Cette question est une question d'interprétation: il s'agit de déterminer le statut de *lex specialis* des règles sur la vente. Or, les règles d'interprétation du droit uniforme sont différentes des règles d'interprétation nationales. On ne peut donc reprendre *mutatis mutandis* les solutions nationales en la matière. Il ressort à notre avis des règles d'interprétation du droit uniforme, en particulier de l'impératif de bonne foi dans le commerce international, que soit reconnu au droit uniforme un statut de *lex specialis*, dans la mesure toutefois où cette solution ne défavorise pas une partie au contrat par rapport à un tiers placé dans la même situation. Le droit uniforme doit régir l'équilibre contractuel entre les parties, mais ne doit pas priver une partie des moyens de protection que le droit national supplétif offre à tout sujet de droit, comme la protection découlant des règles sur la responsabilité civile. La question qui se pose alors est celle de la détermination de ce qui relève de cet équilibre contractuel et de ce qui relève de la protection générale dont bénéficie tout sujet de droit. Là encore, un équilibre doit être trouvé entre la nécessaire spécialité du droit uniforme et le respect des règles générales de protection des particuliers.

310. Ce numéro d'équilibriste auquel nous avons convié le lecteur suscitera peut-être un certain pessimisme par rapport à l'enthousiasme de nos premières pages. Après tout, que reste-t-il du mirage d'un droit universel, sinon un ensemble de règles régissant certaines questions relatives à certains contrats internationaux de vente de marchandises (mais pas toutes les ventes, pas toutes les marchandises, et pas tous les contrats internationaux), limitées dans leur application par des règles de rattachement que les réserves des Etats rendent absconses, dépendantes du bon vouloir des parties, impuissantes devant les règles impératives nationales, menacées par la concurrence d'une *lex mercatoria* en plein essor, soumises enfin à l'épée de Damoclès des moyens de droit concurrents issus du droit national?

La réalité du droit uniforme est aussi timide que son ambition est noble. Pourtant, la Convention de Vienne est le premier texte de

droit uniforme aussi largement accepté par la communauté internationale dans un domaine aux implications quotidiennes. Elle est l'instrument le plus achevé à ce jour de formation d'un droit privé transcendant les carcans nationaux, et restitue par là sa dimension universelle au sentiment d'équité.

BIBLIOGRAPHIE

Les ouvrages mentionnés dans cette bibliographie sont exclusivement les ouvrages mentionnés en note de bas de page, dans la mesure où leur référence complète n'a pas été indiquée dans la note elle-même.

- AICHER, Joseph, Leistungsstörungen aus der Verkäufersphäre, in: Hoyer/Posch (éd.), Das Einheitliche Wiener Kaufrecht, Orac, Vienne 1992, pp. 11-142 (cité AICHER in: HOYER/POSCH).
- ANEX, Jean, L'intérêt négatif, sa nature et son étendue, (Thèse) Lausanne 1977.
- AUDIT, Bernard, La vente internationale de marchandises, Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980, Droit des affaires, L.G.D.J, Paris 1990 (cité AUDIT).
- AUDIT, Bernard, Présentation de la Convention, in: La Convention de Vienne sur la Vente internationale et les Incoterms, Actes du Colloque des 1er et 2 décembre 1989, Droit des Affaires, L. G. D. J., Paris 1990, pp. 15-34 (cité AUDIT in: CV et Incoterms).
- BECKER, Hermann, (Berner) Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Band VI, Ab. 1. Art. 1-183 OR, Berne 1941.
- BECKER, Hermann, (Berner) Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Band VI. Ab. 2, Art. 184-551 OR, Berne 1934.
- BIANCA, Cesare Massimo, Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili, Estratto da «Le Nuove Leggi Civile Commentate», Fasc. 1.2, Milan 1992 (cité *collaborateur* in: BIANCA).
- BIANCA/BONELL, Commentary on the International Sales Law, the 1980 Vienna sales Convention, Giuffrè, Milan 1987 (cité *Collaborateur*, in: BIANCA/BONNELL).
- BONELL, Michael Joachim, Unification of Law by Non-Legislative Means: The Unidroit Draft Principles for International Commercial Contracts, in: American Journal of Comparative Law 1992, vol. 40, n° 3; pp. 617-633 (cité BONELL, in: AJCL 1992).
- BONELL, Michael Joachim, Uniform Law and party autonomy: What is wrong with the current approach? in: UNIDROIT (éd.), International Uniform Law in Practice (International Congress Rome 7-10.9.1987) New York (Oceana)/Rome (Unidroit) 1988, pp. 433-439 (cité BONELL, Uniform Law and party autonomy: What is wrong with the current approach?).
- BONELL, Michael Joachim, Vertragsverhandlungen und culpa in contrahendo nach dem Wiener Kaufrechtsübereinkommen, in: Recht der Internationalen Wirtschaft 1990, pp. 693-702 (cité BONELL, in: RIW 1990).

- BONELLI, La responsabilita per danni, in: La vendita internazionale, Convegno di Studi s. Margherita Ligure 26-28.9.1980, La Convenzion di Vienna dell 11 Aprile 1980, Milan 1981, pp. 235-299.
- BREHM, Roland, (Berner) Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Band IV, Ab. 1, Teilband 3. Unterteilband: Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR, Berne 1990.
- BUCHER, Andreas, Grundfragen der Anknüpfungsgerechtigkeit im internationalen Privatrecht (aus kontinentaleuropäischer Sicht), éd. Helbing & Lichtenhahn, (Thèse), Bâle 1975 (cité BUCHER A., Grundfragen).
- BUCHER, Andreas, La loi de droit international privé et les Conventions internationales, in: Conflits et harmonisation, Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck, éditions universitaires Suisse, Fribourg 1990, pp. 265-278 (cité BUCHER A., La LDIP et les Conventions internationales).
- BUCHER, Andreas, Le nouvel arbitrage international en Suisse, Helbing & Lichtenhan, Bâle, Francfort-sur-le-Main, 1988 (cité BUCHER A., Le nouvel arbitrage).
- BUCHER, Eugen, Der Trödelvertrag, mit dem Augen Ulpian betrachtet, in: Innominatverträge, Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schluemp, Schulthess, Zürich 1988, pp. 95-113 (cité BUCHER E., Der Trödelvertrag) .
- BUCHER, Eugen, Gefahrenübergang, in: Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises, Colloque de Lausanne des 19 et 20 novembre 1984, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1985, pp. 207-220 (cité BUCHER E. in: COLLOQUE DE LAUSANNE).
- BUCHER, Eugen, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3ème éd. Zurich 1988 (cité BUCHER E, BT).
- BUCHER, Eugen, Preisvereinbarung als Voraussetzung der Vertragsgültigkeit beim Kauf. Zum angeblichen Widerspruch Zwischen Art. 14 und Art. 55 des «Wiener Kaufrechts», in: Mélanges Paul Piotet, Berne 1990, pp. 371-408 (cité BUCHER E. in: Mélanges Piotet).
- BUCHER, Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2è. éd. Zurich 1988 (cité BUCHER E., AT).
- BUCHER, Eugen, Ueberblick über die Neuerungen des Wiener Kaufrechts; dessen Verhältnis zur Kaufrechtstradition und zum nationalem Recht, in: Wiener Kaufrecht, Berner Tage für die juristische Praxis 1990, éd. Stämpfli & cie AG, Berne 1991, pp. 13-52 (cité BUCHER E. in: Berner Tage).
- BULLETIN OFFICIEL de l'Assemblée fédérale (Conseil des Etats, Conseil national), office central des imprimés et du matériel.
- BYDLINSKI, Franz, Das Allgemeine Vertragsrecht, in: Doralt (éd.), Das Uncitral-Kaufrecht im Vergleich zum österreichischen Recht, Vienne, Manz 1985, pp. 57-90.

- CARBONE, Sergio, L'ambito di applicazione ed i criteri interpretativi della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale, in: Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale, Padova 1980, pp. 513-534.
- CAVIN, Pierre, Vente, échange, donation, in: Traité de droit privé suisse, tome VII.1, Fribourg 1978.
- CAYTAS, Ivo, Der unerfüllbare Vertrag: anfängliche und nachträgliche Leistungshindernisse und Entlastungsgründe: im Recht der Schweiz, Deutschlands, Oesterreichs, Frankreichs, Italiens Englands, der Vereinigten Staaten, im Völkerrecht und im internationalen Handelsrecht, (Thèse) St Gall 1984.
- CHAUDET, François, La garantie des défauts de la chose vendue en droit suisse et dans la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandise, in: Les contrats de vente internationale de marchandises, Dessesmontet éd., Cedidac, 1991, pp. 84-130.
- CHAUVEAU, Des Conventions portant loi uniforme: Clunet 83 (1956) p. 570.
- COLLOQUE DE LAUSANNE, Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises, Colloque de Lausanne des 19 et 20 novembre 1984, Schultess, Zurich 1985 (cité *intervenant* in: COLLOQUE DE LAUSANNE).
- CONETTI Giorgio, Internationalprivatrechtliche Probleme, die sich aus dem Beitritt Italiens zur Wiener Konvention über den internationalen Kauf ergebenen, in: Zeitschrift für Rechtsvergleichung (Vienne) 28, 1987, pp. 83-86.
- CONFERENCE DE LA HAYE de droit international privé, conférence diplomatique sur la loi applicable aux contrats de vente, Actes et documents de la session extraordinaire d'octobre 1985, édité par le bureau permanent de la Conférence, La Haye 1987 (cité CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE).
- CONFERENCE DIPLOMATIQUE sur l'unification du droit en matière de vente internationale, La Haye 2-25 avril 1964, actes et documents de la conférence, édité par le ministère de la justice des Pays-Bas, La Haye 1966 (cité CONFERENCE DIPLOMATIQUE sur l'unification du droit en matière de vente internationale).
- CZERWENKA, Beate G., Rechtsanwendungsprobleme im internationalen Kaufrecht, Schriften zum Wirtschaftsrecht, Band 60, Duncker & Humblot, Berlin 1988.
- DE LY, filip, International business Law and Lex Mercatoria, TMC Asser Institut, The Hague, North Holland 1992.
- DE NOVA, Rodolfo, Wann ist ein Vertrag international? in: Konflikt und Ordnung, Festschrift für Murad Ferid zum 70. Geburtstag, pp. 307-323.
- DEL VECCHIO, Giorgio, Humanité et unité du droit, Essai de philosophie juridique, Librairie générale de droit et de jurisrudence, Paris 1963.
- DELAUME, George, Transnational contracts, applicable law and settlement of dispute (a study in conflict avoidance), Library of Congress Cataloging in Publication Data, 1992.

- DELAUME, George, What is an international contract? An american and a gallic dilemma, in: *International and Comparative Law Quarterly* 1979, vol. 28 p. 258 (cité DELAUME, What is an international contract?).
- DÖLLE (éd.) *Kommentar zum einheitlichen Kaufrecht*, Beck, Munich 1976 (cité *Collaborateur* in: DÖLLE).
- DESCHENAUX, Henri, *Le Titre préliminaire du Code Civil*, in: *Traité de droit civil suisse*, Tome II 1, éd. universitaires Fribourg, Fribourg 1969.
- DESCHENAUX/TERCIER, *La responsabilité civile*, 2ème éd., Berne 1982.
- DESSEMONTET, François, *La Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises*, in: *Les contrats de vente internationale de marchandises*, (Dessemontet éd.) Cedidac, Lausanne 1991, p. 48.
- DETZER, Klaus, *Ueberblick über das neue UN-Kaufrecht*, in: *Betriebs-Berater*, cahier 34, 10 décembre 1992, pp. 2399-2381.
- DIEDRICH, Frank, *Anwendbarkeit des Wiener Kaufrechts auf Softwareüberlassungsverträge*, *Zugleich ein Beitrag zur Methode autonomer Auslegung von Internationalem Einheitsrecht*, in: *Recht der Internationalen Wirtschaft* 1993, pp. 441-452
- DOCUMENTS OFFICIELS, *Conférence des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises* (Vienne, 10 mars-11 avril 1980), Publications de Nations Unies, New York 1980.
- DORE, Isaak, *Choice of Law under the International Sales Convention: A US perspective*, in: *American Journal of International Law*, 1983, pp. 521-540.
- DROBNIG, Ulrich, *Substantive Validity* in: *American Journal of Comparative Law* 1992, vol. 40, pp. 635-643.
- DROZ, George A. L., *Entrée en vigueur de la Convention sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objet mobiliers corporels*, in: *Revue Critique de Droit International Privé*, 1964 pp. 663-670 (cité DROZ).
- DROZ, George A. L., *Les réserves et les facultés dans les Conventions de La Haye de droit international privé*, in: *Revue Critique de Droit International Privé* 1969, pp. 381-424 (cité DROZ, Réserves).
- DUTOIT/KNOEPFLER/LALIVE/MERCIER, *Répertoire de droit international privé suisse*, Staempfli & cie SA, Berne 1986 (cité *Répertoire de droit international privé*).
- EBENROTH, Carten T., *Internationale Vertragsgestaltung im Spannungsverhältnis zwischen ABGB, IPR-Gesetz und UN- Kaufrecht*, in: *Österreichische Juristische Blätter* 1989, p. 1986, pp. 681-695.
- EKELMANS, Marc, *Le dépeçage du contrat dans la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, in: *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, 1986, pp. 243-253.

- ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH, Internationales Kaufrecht, Kaufrechtskonvention, Verjährungskonvention, Vertretungskonvention, Rechtsanwendungskonvention, Haufe, Berlin 1991.
- ENGEL, Pierre, Contrats de droit suisse, Berne 1992 (cité ENGEL, Contrats).
- ENGEL, Pierre, Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO, Neuchâtel 1973.
- ERDEM Ercüment, La livraison des marchandises selon la Convention de Vienne des Nations Unies sur le contrat de vente internationale de marchandises de 11 avril 1980, Editions universitaires Fribourg Suisse, (Thèse) Fribourg 1990.
- ERNE, Monica, Vertragsgültigkeit und drittstaatliche Eingriffsnormen: Rechtsvergleichende Studie aus dem internationalen Vertragsrecht, (Thèse), Zurich 1985.
- EUSTATHIADES, Constantin Th., Convention de codification non ratifiées, in: Multido legum, ius unum, Band I, Festschrift für Wilhem Wengler zu seinem 65. Geburtstag, pp. 77-133.
- EVANS, Malcolm, Rapport explicatif sur la Convention sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises, in: Revue de Droit Uniforme, 1984 I pp. 72-158.
- FARNSWORTH Edward Allan, Introduction au système juridique des Etats Unis; traduit par B. Baron renault, LGDJ Paris 1986 (cité FARNSWORTH, Introduction au système juridique des Etats Unis).
- FARNSWORTH, Edward Allan, Negotiation of contract and precontractual liability, in: Conflict and harmonization, Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck à l'occasion de son 65^{ème} anniversaire, éd. universitaires Fribourg, 1990 (cité FARNSWORTH, Negotiation of contract and precontractual liability).
- FELLMANN/VON BÜREN -VON MOOS, Grundriss der Produktehaftpflicht, Berne 1993.
- FERID, Murad, Internationales Privatrecht, 3. Auflage, JA-Sonderheft 13, A. Metzner Verlag, 1986.
- FIRSCHING, Karl, Einführung in das internationale Privatrecht, 3. éd., C.H.Beck, 1987.
- FONTAINE, Marcel, Droit des contrats internationaux: analyse et rédaction de clauses, Fondation pour l'étude du droit et des usages du commerce international, Forum Européen de la communication, Paris 1989.
- FOUCHARD, Philippe, Rapport de synthèse, in: La Convention de Vienne sur la vente internationale et les Incoterms. Actes du colloque des 1er et 2 décembre 1989, Droit des affaires, LGDJ, Paris 1990, pp. 151-169 (cité FOUCHARD, in: CV et incoterms).
- GANDOLFI, Giuseppe, Pour un code européen des contrats, in: Revue trimestrielle de droit civil, 1992, n° 4, pp. 707-736.

- GAUCH, Peter, *Der Zweigbetrieb im Schweizerischen Zivilrecht: mit Einschluss des Prozess- und Zwangsvollstreckungsrechts*, Schulthess, Zurich, 1974 (cité GAUCH, *Der Zweigbetrieb im Schweizerischen Zivilrecht*).
- GAUCH, Peter, *Der Werkvertrag*, 3ème éd., Zurich 1985 (cité GAUCH, *Der Werkvertrag*).
- GAUCH, Peter, *Werkvertrag und «Wiener Kaufrecht» (WKR)*, in: *Droit de la construction*, Fribourg 1993, n° 1, pp.23-25 (cité GAUCH in: *Droit de la construction*).
- GAUCH/SCHLUEP, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 5ème éd., Zurich 1991.
- GAZZANIGA, Louis, *Introduction historique au droit des obligations*, Presses universitaires de France, Paris 1992.
- GIGER, Hans, (Berner) *Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht*, Band VI, 2. éd., 1. Teilband, 1. Abschnitt: *Allgemeine Bestimmungen und Fahrniskauf*, art. 184-215 CO, Berne 1979.
- GONZENBACH, Rainer, *Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht*, éd. Stämpfli & Cie AG, Berne 1987.
- GUHL, Théo, KOLLER, Alfred, DRUEY Jean Nicolas, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 8ème éd. Zurich 1991 (cité GUHL).
- HEINI, Anton, *Die Rechtswahl im Vertragsrecht und das neue IPR-Gesetz*, in: *Beiträge zum neuen IPR des Sachen-, Schuld- und Gesellschaftsrechts*, Festschrift für Rudolf Moser, Zurich 1987, pp. 67-78.
- HEITZ, Cristoph, *Validity of contracts under the United Nations Convention on Contracts for the international Sale of Goods*, April 11, 1980, and *Swiss Contract Law*, 20 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* (1987), pp. 639-663.
- HERBER, Rolf, *Anwendungsvoraussetzung und Anwendungsbereich des Einheitlichen Kaufrecht*, in: *Einheitliches Kaufrechts und nationales Obligationenrecht*, Schlechtriem (éd.), Baden Baden 1987, pp. 97-105.
- HERBER, Rolf, *Möglichkeiten der Vertragsgestaltung nach dem VN-Kaufübereinkommen*, in: *Wiener Kaufrecht*, *Berner Tage für die juristische Praxis* 1990, éd. Stämpfli & cie AG, Berne 1991, pp. 215-237 (cité HERBER in: *Berner Tage*).
- HERBER, Rolf, *UN- Kaufrechtsübereinkommen: Produkthaftung - Verjährung*, in : *Monatschrift für deutsches Recht* 2/93, pp. 105-107 (cité HERBER in: *MDR*).
- HERBER/CZERWENKA, *Internationales Kaufrecht, UN-Uebereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf*, Kommentar, C. H. Beck, Munich, 1991.
- HERRMANN, Gerold, *Anwendungsbereich des Wiener Kaufrechts -Kollisionsrechtliche Probleme*, in: *Wiener Kaufrecht*, *Berner Tage für die juristische Praxis* 1990, éd. Stämpfli & cie AG, Berne 1991, pp. 83-99 (cité HERRMANN, in: *Berner Tage*).
- HEUZE, Vincent, *La réglementation française des contrats internationaux*, GLN éditions, Paris 1990 (cité HEUZE, *La réglementation française des contrats internationaux*).

- HEUZE, Vincent, *La vente internationale de marchandises, droit uniforme*, GLN éditions, Paris 1992 (cité HEUZE).
- HONNOLD John O., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 2nd édition, Kluwer, Deventer 1991 (cité HONNOLD).
- HONNOLD, John O., *Documentary history of the Uniform Law for International Sales*, Kluwer, Deventer, 1989 (cité HONNOLD, *Documentary history*).
- HONNOLD, John O., *The United Nations Commission in International Trade Law: Mission and Methods*, in: *American Journal of Comparative Law* 27/ 1979, pp. 201-211 (cité HONNOLD, *The United Nations Commission in International Trade Law: Mission and Methods*).
- HONSELL Heinrich, *Das Uebereinkommen über den internationalen Warenkauf (Wiener Kaufrecht)*, in: *Plädoyer* 1990, pp. 38-44 (cité HONSELL).
- HONSELL, Heinrich, *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Honsell/Vogt/Wiegand éd.)*, éd. Helbing & Lichtenhahn, Bâle 1992, art. 192-210 CO (cité OR- HONSELL).
- HONSELL, Heinrich, *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 2ème éd*, Berne 1992 (cité HONSELL, BT).
- HOPT, Klaus J., *La convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises. Une étude comparative avec le droit Suisse, adaptation en français par C. M. Radtke et V. Mercier*, in: *Le nouveau droit de la vente internationale (Colloque, Chambre de commerce de Paris 21.10.1987) Cahiers juridiques et Fiscaux de l'exportation (Paris) 1987, n°5 spécial*, pp. 1329-1367.
- HOYER Hans, *Der Anwendungsbereich des Einheitlichen Wiener Kaufrechts*, in: *Hoyer/Posch (éd.)*, *Das Einheitliche Wiener Kaufrecht*, Orac, Vienne 1992, pp. 31-42.
- HUGUENIN, Claire, *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Honsell/Vogt/Wiegand éd.)*, éd. Helbing & Lichtenhahn, Bâle 1992, art. 19-21 CO (cité OR-HUGUENIN).
- HUGUENIN, *Nichtigkeit und Unverbindlichkeit als Folgen anfänglicher Vertragsmängel (Thèse)* Berne 1984 (cité HUGUENIN).
- JACQUET, Jean Michel, *Le contrat international*, Dalloz, Paris 1992.
- JÄGGI, Peter, *Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung*, in: *Festgabe für Wilhelm Schönenberger*, Fribourg 1968, pp. 181-197.
- JÄGGI/GAUCH (Zürcher) *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V 1b, Art. 18 OR*, Schulthess, Zurich 1980.
- JAMETTI GREINER, Monique, *Der Vertragsabschluss*, in: *Hoyer/Posch (éd.)*, *Das Einheitliche Wiener Kaufrecht*, Orac, Vienne 1992, pp. 43-58 (cité JAMETTI GREINER in: HOYER/ POSCH).

- KAHN, Philippe, Convention de Vienne du 11 avril 1980, Caractères et domaines d'application, in: *Droit et pratique du commerce international*, 1989, tome 15, n° 3, pp. 385- 399 (cité KAHN, in: DPCI).
- KAHN, Philippe, *La vente commerciale internationale*, Paris, éd. Sirey, 1961.
- KAPPUS, Andreas, «Conflict avoidance» durch «lex mercatoria» und UN-Kaufrecht 1980, in: *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1990, pp. 788-794 (cité KAPPUS in: RIW).
- KAPPUS, Andreas, «Lex Mercatoria» in Europa und Wiener UN-Kaufrechtskonvention 1980, «conflict avoidance» in *Théorie und Praxis schiedsrichterlicher und ordentlicher Rechtsprechung in Konkurrenz zum Einheitskaufrecht der Vereinten Nationen*, P. Lang, Frankfurt s.M., Berne 1990.
- KAROLLUS, Martin, *UN-Kaufrecht, Eine systematische Darstellung für Studium und Praxis*, Wien, New York, Springer 1991.
- KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle, le droit international privé des contrats: la Suisse face à l'Europe, in: *Semaine Judiciaire* 1992, pp. 257-278.
- KAZUAKI, Sono, the role of Uncitral, in: *International Sales, The United Nation Convention on Contract for the International Sales of Goods*, Galston Smith éd. , New York 1984, pp. 4-11.
- KEGEL, Gerhard, *Internationales Privatrecht*, 6. Auflage, Verlag C.H.Beck, Munich 1987.
- KELLER/LÖRTSCHER, Kaufrecht, *Eine systematische Darstellung*, 2. éd., Zurich 1986.
- KELLER/SCHLAEPFER, *Convergences et divergences entre le droit international privé et le droit matériel privé*, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zurich, 1982.
- KELLER/SIEHR, *Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts*, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zurich, 1986.
- KELLER/SCHÖBI, *Das schweizerische Schuldrecht, Gemeinsame Rechtsinstitute für Schuldverhältnisse aus Vertrag, unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung*, Bâle et Francfort s/Main, Tome IV, 2ème éd. 1984.
- KELSEN, Hans, *Théorie pure du droit*, trad. Eisenmann, Dalloz, Paris 1989.
- KINDLER, Peter, Die Anwendungsvoraussetzungen des Wiener Kaufrechtsübereinkommens der Vereinten Nationen im Deutsch- Italienischen Rechtsverkehr, in: *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1988, pp. 776-782 (cité KINDLER, in: RIW 1988).
- KINDLER, Peter, Zur Anknüpfung von Handelsvertreter- und Vertragshändlerverträgen im neuen bundesdeutschen I.P.R., in: *Recht der internationalen Wirtschaft* 1987, pp. 660-666 (cité KINDLER, in: RIW 1987).
- KNOEPFLER, François, *Le contrat dans le nouveau droit international privé Suisse*, in: *Le nouveau droit international privé Suisse*, (Dessemontet éd.) Ceditac, Lausanne 1988, pp. 79-105 (cité KNOEPFLER, *Le contrat dans le nouveau droit international privé Suisse*).

- KNOEPFLER, François, Le contrat international en droit suisse, in: *Revue de Droit des Affaires Internationales* 1988, pp. 413-435 (cité KNOEPFLER in: RDAI 1988).
- KNOEPFLER/SCHWEIZER, Précis de droit international privé Suisse, éd. Staempfli & cie SA, Berne.
- KRAMER, Ernst, (Berner) Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Band VI, Ab. 1, Teilband 2, Inhalt des Vertrages, Art. 19-22 OR, Berne 1991
- KRAMER/SCHMIDLIN, (Berner) Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Band VI, Ab. 1, Teilband 1, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Berne 1986.
- KREUTZER Karl, Einheitsrecht als Ersatzrecht, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 1983, pp. 1943-1948 (cité KREUZER, NJW).
- KRITZER, A. H., Guide to practical Application of the United Nations Convention on Contracts for the international Sale of Goods, Kluwer, Deventer, Boston 1989.
- KROPHOLLER, Jan, Internationales Einheitsrecht: Allgemeine Lehren, Tübingen, JCB Mohr, 1975.
- LACASSE, Le champ d'application de la Convention des Nations-Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, in: *Nouvelles règles de la vente internationale de marchandises: Convention de 1980. Conférence d'Ottawa du 14 octobre 1987*, Perret/Lacasse éd. , Montréal 1989.
- LALIVE, Pierre, Cours général de droit international privé, Académie de droit international, Recueil des cours, 155, 1977 II (cité LALIVE, Cours général de droit international privé).
- LALIVE, Pierre, Sur une notion de contrat international, in: *Multum non Multa, Festschrift für Kurt Lipstein*, Heidelberg 1980, pp. 135-156 (cité LALIVE, Sur une notion de contrat international).
- LANDO, Ole, Principles of European Contract Law: An Alternative or a Precursor of European Legislation? in: *American Journal of Comparative Law* 1992, vol. 40, n° 3; pp. 573-585 (cité LANDO, in: AJCL 1992).
- LASZLO, Reczei, The Area of operation of the International Sales conventions, in: *American Journal of Comparative Law*, 1981, pp. 513-522.
- LÖRTSCHER, Thomas, Sachgewährleistung beim Unternehmenskauf im schweizerischen und deutschen Recht, in: *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 83 (1984), pp. 51-71.
- LESGUILLON, Henri, LAMY- Contrats internationaux, Lamy SA, Paris 1991 Tome I.
- LESSIAK, Uncitral-Kaufrechtsübereinkommen und Irrtumsanfechtung, in: *österreichische Juristische Blätter* 1989, pp. 487-496.
- LEU, Urs, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Honsell/Vogt/Wiegand éd.), éd. Helbing & Lichtenhahn, Bâle 1992, art. 68-90 CO (cité OR-LEU).

- LICHTSTEINER, René A., Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, Commentaire (Présentation et comparaison avec le droit Suisse) in: Les contrats de vente internationale de marchandises, (Dessemontet éd.) Cedidac, 1991, pp. 182-294.
- LOEWE, Roland, Anwendungsgebiet, Auslegung, Lücken, Handelsgebräuche, in: Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises, Colloque de Lausanne des 19 et 20 novembre 1984, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1985, pp. 11-20 (cité LOEWE, in: COLLOQUE DE LAUSANNE).
- LOEWE Roland, Internationales Kaufrecht: Wiener UN-Kaufrechtsübereinkommen vom 11. April 1980 und New Yorker UN-Verjährungsübereinkommen vom 14. Juni 1974 samt Protokoll vom 11 April 1980, R. Loewe (éd.), Wien, Manz 1989 (cité LOEWE).
- LOOKOFKY, Joseph, Loose Ends and Contorts in International Sales: Problems in the Harmonization of Private Law Rules, in: American Journal of Comparative Law, 1991, vol. 39, pp. 403-416.
- LOUSSOUARN Y., BREDIN J.D. Droit du commerce international, Ed. Sirey 1969.
- LÜDERITZ, Alexander, Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf, vom April 1980, in: SOERGEL, Bürgerliches Gesetzbuch, Band 3, 12ème éd., Stuttgart, Berlin, Cologne 1991, pp. 2231-2341.
- MAGNUS, Ulrich, Aktuelle Fragen des UN-Kaufrechts, in: Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, 1/ 1993, éd. C. H. Beck, pp. 79-99.
- MANAI, Dominique, Eugen Huber, jurisconsulte charismatique, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, Frankfurt s. M., 1990.
- MAYER, Pierre, Droit international privé, 3ème éd., Montchrestien, Paris 1987.
- MCLACHLAN, Campbell, The new Hague Sales Convention and the limits of the choice of Law process, in: the Law quarterly Review, London, 102, 1986, pp. 591-627.
- MCDUGAL III, Luther L., Private International Law: Ius Gentium Versus Choice of Law Rules or Approches, in: American journal of comparative law 1990, pp. 521- 537.
- MEIER-HAYOZ Arthur, (Berner) Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht Band I. Art.1-10 ZGB, Staempfli, Berne 1966
- MEIER-HAYOZ, Arthur, Application du droit, la suppression des lacunes par le juge, in: Fiches Juridiques Suisses, n° 1096, mise au point 15 janvier 1952 (cité MEIER-HAYOZ in: FJS 1096).
- MEIER-HAYOZ, Arthur, Contrats non prévus par la loi, in: Fiches Juridiques Suisses, n° 1134 et 1135, mises au point 15 mai 1965 (cité MEIER-HAYOZ in: FJS 1134 ou 1135).
- MERTENS/REHBINDER, Kommentar zu den Einheitlichen Kaufgesetzen, Metzner Verlag, Frankfurt s. M., 1975.

- MESSAGE DU CONSEIL FEDERAL concernant la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises, du 11 janvier 1989, Feuille fédérale 1989, I, 709 (cité MESSAGE).
- MESSAGE DU CONSEIL FEDERAL concernant une loi fédérale sur le droit international privé du 10 novembre 1982, Feuille fédérale 1983, I, 255 (cité Message concernant la LDIP).
- MESSAGE DU CONSEIL FEDERAL relatif à la Convention de La Haye sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels, Feuille fédérale 1971, II, 1037 (cité Message relatif à la CLH-1955).
- MEYER, Christian Alexander, *Der Alleinvertrieb, Ein Handbuch für den Praktiker*, 2ème éd., St Gall 1992.
- MONTAIGNE, Michel Eyquem de, *Les Essais*, Arléa, Paris 1992.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat de, *De l'Esprit des lois*, Montesquieu; Chronologie; introd., bibliographie de V. Goldschmidt, Flammarion, Paris 1988.
- MOULY, Christian, La conclusion du contrat selon la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, in: *Droit et Pratique du Commerce International*, 1989, tome 15, n° 3, pp. 400-422 (cité MOULY).
- MOULY, Christian, La Formation du contrat, in: *La Convention de Vienne sur la Vente internationale et les Incoterms*, Actes du Colloque des 1er et 2 décembre 1989, *Droit des Affaires*, LGDJ, Paris 1990, pp. 57-82 (cité MOULY in: CV et Incoterms).
- NEUMAYER/MING, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Commentaire, éd. F. Dessemontet, Cedidac, Lausanne 1993 (cité in: NEUMAYER/MING).
- NICKL, Ulrich, *Die Qualifikation der «Culpa in contrahendo» im internationalen Privatrecht*, P. Lang, Frankfurt s. M 1992.
- NIGGEMANN, Friedrich, *Pflichten des Verkäufers, Rechtsbehelfe des Käufers*, in: Hoyer/Posch (éd.), *Das Einheitliche Wiener Kaufrecht*, Orac, Vienne 1992, pp. 77-110 (cité NIGGEMANN in: HOYER/POSCH).
- OPPÉTIT, Bruno, *Le droit international privé, droit savant*, in: *Académie de droit international, Recueil des cours 1992*, III, pp. 338-433.
- OSER/SCHÖNENBERGER, (Zürcher) *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Tome V. 2, art. 184-418 CO, 2è. éd. Zurich 1936.
- OSMAN, Filali, *Les principes généraux de la Lex Mercatoria: contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, LGDJ, Paris 1992.
- PADOVICINI, Fabio, *Der internationale Kauf: Von den Haager Konventionen zur Wiener Konvention- Erfahrungen und Aussichten*, in: *Zeitschrift für Rechtsvergleichung (Wien)* 28, 1987, p. 87.

- PALANDT, Bürgerliches Gesetzbuch bearbeitet vom Bassenge, Diederichsen, Edenhofer, Heinrichs, Heldrich, Putzo, Thomas, 50. Auflage, Verlag C.H. Beck, Munich, 1991.
- PASCAL, Blaise, Pensées, Pensées de Blaise Pascal sur la religion et sur quelques autres sujets, G. Desprez, 2^{ème} édition, Paris 1670.
- PATOCCHI, Paolo Michele, Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel, thèse Genève, Georg 1985.
- PELICHET, Michel, Vente internationale de marchandises et conflit de lois, Académie de droit international, Recueil des cours, 201, 1987, tome I.
- PETITPIERRE, Gilles, La responsabilité du fait des produits: les bases d'une responsabilité spéciale en droit suisse, à la lumière de l'expérience des Etats-Unis, Thèse Genève, Georg 1974 (cité PETITPIERRE, La responsabilité du fait des produits).
- PETITPIERRE, Gilles, Réflexions sur l'impossibilité objective initiale provoquée par la faute d'une partie, in: mélanges à la mémoire du professeur Halûk Tangodan, Ankara 1990, pp. 167-171 (cité PETITPIERRE, Réflexions sur l'impossibilité objective initiale).
- PILTZ, Burghard, Internationales Kaufrecht, in: Neue Juristische Wochenschrift 1989, pp. 615-621 (cité in: PILTZ in: NJW).
- PILTZ, Burghard, Praktische Erfahrungen in Deutschland mit der Anwendung der Haager Einheitlichen Kaufgesetze, in: Schlechtriem, Peter (ed.) Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht, (Fachtagung Freiburg i. Br. 16./17.2.1987) Baden-Baden (Nomos) 1987, pp. 37-74 (cité PILTZ).
- PIOTET, Paul, Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en droit privé suisse, Berne 1963 (cité PIOTET, Culpa in contrahendo).
- PIOTET, Paul, Le contrat estimatoire (Trödelvertrag), spécialement le passage de la propriété et des risques, in: Innominatverträge, Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schlupe, Schulthess, Zurich, 1989, pp. 115-129 (cité PIOTET, Le contrat estimatoire).
- PLANTARD, Jean-Pierre, Un nouveau droit uniforme de la vente internationale: la Convention des Nations Unies du 11 avril 1980, in: Journal de droit international- Clunet (Paris) 115, 1988, pp. 311-367.
- POTT/FRIELING, Gestz über die Haftung für fehlerhafte Produkte, Kommentar, Essen 1992.
- PÜNDER, Hermann, Das Einheitliche UN-Kaufrecht, Anwendung kraft kollisionsrechtlicher Verweisung nach Art. 1 Abs 1 Lit. b UN-Kaufrecht, in: Recht der Internationalen Wirtschaft, 1990, pp. 869-874.
- PUTZEY, Jacques, Le droit uniforme désuniformisé, in: UNIDROIT (éd.), International Uniform Law in Practice (International Congress Rome 7-10.9.1987) New York (Oceana)/Rome (Unidroit) 1988, pp. 440-447.

- QUINONES ESCAMEZ, Ana, Las normas de aplicación del convenio de la uncitral sobre la compraventa internacional de mercancías (vienna 1980) in: España y la codificación internacional del derecho internacional privado, Terceras jornadas de Derecho internacional privado, San Lorenzo de El Escorial, 14 et 18 décembre 1991, pp. 107-153.
- RABEL, Ernst, Das Recht des Warenkauf, Eine rechtsvergleichende Darstellung, 1. Band, JCB Mohr, Tübingen 1936.
- RAJSKI, Jerzy, International Compensation Trade Transactions, in: International contracts and conflict of law (Sarcevic éd.), Trotman/Nijhoff, 1990, p. 102.
- REHBINDER, Eckard, Alleinvertriebsverträge im Einheitskauf- und Kartellrecht, IPrax 1982 pp. 7-9.
- REINHART, Gert, Dix ans de jurisprudence, de la République Fédérale d'Allemagne à propos de la loi uniforme sur la vente internationale d'objets mobiliers corporels, Revue de Droit Uniforme, 1984 II, pp. 425-440 (cité REINHART, Dix ans de jurisprudence).
- REINHART Gert, Entspräche das Kaufrecht der Vereinten Nationen den Erwartungen Ernst Rabels? in: Festschrift für Hubert Niederlander zum siebzigsten Geburtstag am 10. Februar 1991, C. Winter, Heidelberg 1991, pp. 353-362 (cité REINHART, Entspräche das Kaufrecht der Vereinten Nationen den Erwartungen Ernst Rabels?).
- REINHART, Gert, UN-Kaufrecht, Kommentar zum Ucbereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1991 (cité REINHART).
- REITHMANN, Christoph, Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge, 4me éd, Cologne 1988.
- Répertoire de droit international privé, Cf. DUTOIT.
- ROSETT, Arthur, Unification, Harmonization, Restatement, Codification, and Reform in International Commercial Law in: American Journal of Comparative Law 1992, vol. 40, n° 3; pp. 683-697 (cité ROSETT, in: AJCL 1992).
- RUMMEL, Peter, Schadenersatz, höhere Gewalt und Fortfall der Geschäftsgrundlage, in: Hoyer/Posch (éd.), Das Einheitliche Wiener Kaufrecht, Orac, Vienne 1992, pp. 177-193 (cité RUMEL in: HOYER/POSCH)
- SACERDOTI, Giorgio, I criteri di applicazione della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale: diritto uniforme, diritto internazionale privato e autonomia dei contraenti, in: Rivista trimestriale di diritto e procedura civile, Milan 1990, p. 733.
- SAMSON, Claude, La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises: étude comparative des dispositions de la Convention et des règles de droit québécois en la matière, in: les Cahiers de droit, Quebec 1982, p. 919.

- SCHÖNLE, Herbert, (Zürcher) Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Teilband V 2.a, Kauf und Schenkung, Art. 184-191 OR, Zurich 1993.
- SCHÖNLE, Herbert, Remarques sur la responsabilité causale du vendeur selon les art. 195 al. 1 et 208 al. 2 CO, in: Semaine Judiciaire 1977, pp. 465-492 (cité SCHÖNLE, in: SJ 1977).
- SCHLECHTRIEM, Peter, Gemeinsame Bestimmungen über Verpflichtungen des Verkäufers und des Käufers, in: Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises, Colloque de Lausanne des 19 et 20 novembre 1984, Schulthess, Zurich 1985, pp. 149-172 (cité SCHLECHTRIEM in: COLLOQUE DE LAUSANNE).
- SCHLECHTRIEM, Peter, Die Pflichten des Verkäufers und die Folgen ihrer Verletzung, insbesondere bezüglich der Beschaffenheit der Ware, in: Wiener Kaufrecht, Berner Tage für die juristische Praxis 1990, éd. Stämpfli & cie AG, Berne 1991, pp. 103-142 (cité SCHLECHTRIEM, in: Berner Tage).
- SCHLECHTRIEM, Peter, Anwendungsvoraussetzungen und Anwendungsbereich des UN-Ubereinkommens über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG), in: Pratique Juridique Actuelle, Zurich 1992, pp. 339-345 (cité SCHLECHTRIEM, in: PJA).
- SCHLECHTRIEM, Peter, Einheitliches UN-Kaufrecht, Tübingen 1981 (cité SCHLECHTRIEM Einheitliches UN-Kaufrecht).
- SCHLECHTRIEM, Peter, The Borderland of tort and Contract- Opening a new Frontier? in: 21 Cornell Int'L L.J. 467 (1988), pp. 467-478 (cité SCHLECHTRIEM, Borderland).
- SCHLECHTRIEM, Peter, Uniform Sales Law: The UN Convention on contracts for the international Sale of Goods, Vienne, Manz, 1986 (cité SCHLECHTRIEM, Uniform Sales Law).
- SCHLECHTRIEM/MAGNUS, Internationale Rechtsprechung zu EKG und EAG, eine Sammlung belgischer, deutscher, italienischer, israelischer und niederländischer Entscheidungen zu den Haager einheitlichen Kaufgesetz, Baden-Baden (Nomos) 1987.
- SCHLUEP Walter R. Innominatverträge, in: schweizerisches Privatrecht, VII/2, Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, Bâle et Stuttgart, 1979
- SCHMIDLIN, Bruno, (Berner) Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Band VI, Ab. 1, 1b: Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 23-31 OR, Berne 1993.
- SCHMIDLIN, Bruno, Der Irrtum über zukünftige Sachverhalte nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR: Fehldiagnose oder Fehlprognose? in: PJA 11/1992 pp. 1386-1393 (cité SCHMIDLIN, Der Irrtum über zukünftige Sachverhalte).
- SCHMIDLIN/CANNATA, Droit privé romain, Payot, Lausanne 1984.
- SCHNYDER, Anton K., Das neue IPR-Gesetz, 2. Auflage, Zurich 1990 .
- SCHNYDER, Anton, K. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Honsell/Vogt/Wiegand éd.), éd. Helbing & Lichtenhahn, Bâle 1992, art. 41-59 CO (cité OR- SCHNYDER)

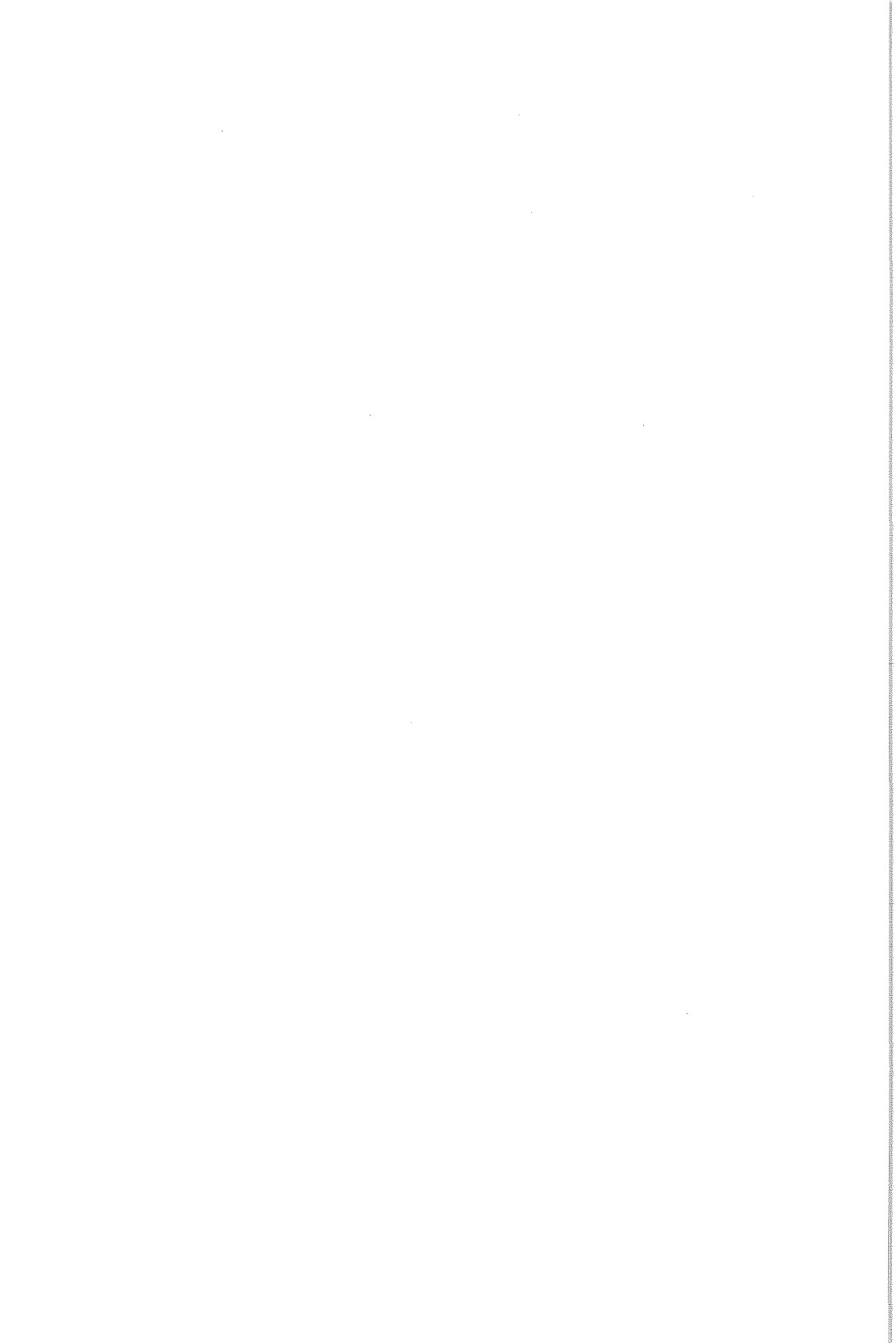
- SCHULZE, Carsten, Die Kodifikation des Vertragsstatuts im internationalen Privatrecht, Helbing & Lichtenhahn, Bâle et Frankfurt s. M, 1980.
- SCHWANDER, Ivo, Die Behandlung der Innominatverträge im internationalen Privatrecht, in: Innominatverträge, Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schlupe; Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zurich, 1988, pp. 501-513 (cité SCHWANDER, Innominatverträge).
- SCHWANDER, Ivo, Einführung in das internationale Privatrecht: Lehrbuch, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Dike Verlag AG, St Gall 1990 (cité SCHWANDER).
- SCHWANDER, Ivo, Zum Gegenstand des internationalen Privatrechts, in: Festschrift zum 65. Geburtstag von Mario Pedrazzini, Bern, Staempfli, 1990, pp. 355-366 (cité SCHWANDER, in: Festschrift Pedrazzini).
- SCHWANDER, Ivo, Zur Rechtswahl im IPR des Schuldvertragsrechts, in: Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zurich, 1989, pp. 473-484 (cité SCHWANDER, Zur Rechtswahl).
- SCHWENZER, Ingeborg, Das UN- Abkommen zum internationalen Warenkauf (CISG), in: Recht 1991, heft 4, pp. 113-121.
- SCHWENZER, Ingeborg, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Honsell/Vogt/Wiegand éd.), éd. Helbing & Lichtenhahn, Bâle 1992, art. 23-31 (cité OR- SCHWENZER).
- SEVON, L., Passing of risk, in: Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandise, Colloque de Lausanne des 19 et 20 novembre 1984, Schulthess Polygraphischer Verlag Zurich, 1985, pp. 189-206.
- SÖLLNER, Alfred in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Allgemeiner Teil, Munich 1979.
- SIEHR, Kurt, Der internationale Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts, in: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, Tübingen, 52, 1988, pp. 587-616 (cité SIEHR).
- SIEHR, Kurt, Die Parteiautonomie im internationalen Privatrecht, in: Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zurich, 1989, pp. 485-510 (cité SIEHR, Parteiautonomie).
- SIEHR, Kurt, Internationale Rechtsvereinheitlichung von Innominatverträgen, in: Innominatverträge, Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schlupe, Schulthess, Zurich, 1988, pp. 25-43 (cité SIEHR, Internationale Rechtsvereinheitlichung von Innominatverträgen).
- SPIRO, Karl, Befristung und Verjährung der Ansprüche aus dem Wiener Kaufrechtsübereinkommen, in: Hoyer/Posch (éd.), Das Einheitliche Wiener Kaufrecht, Orac, Vienne 1992, pp. 195-206 (cité SPIRO in: HOYER/POSCH).
- SPIRO, Karl, die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs-, und Fatalefristen, Stämpfli, Berne 1975 (cité SPIRO, Begrenzung).

- STANISLAS, Guy, *Le droit de résolution dans le contrat de vente*, Mémoires publiés par la Faculté de droit, n° 63, Genève 1979.
- STAUDER, Bernd, *La Convention de Genève de 1983 sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises*, Mélanges Robert Patry, Payot, Lausanne 1988, pp. 217-248.
- STEINAUER, Paul-Henri, *Les droits réels*, Tome I (2ème éd) et II, Staempfli, Berne 1985 et 1990.
- STERN, Elisabeth, *Erklärungen im Uncitral- Kaufrecht*, Vienne 1990.
- STOFFEL, Walter, *Ein neues Recht des internationalen Warenkaufs in der Schweiz*, Schweizerische Juristen-Zeitung 1990, pp. 169-179 (cité STOFFEL, in: SJZ).
- STOFFEL, Walter, *Le droit applicable aux contrats de vente internationale de marchandises*, in: *Les contrats de vente internationale de marchandises*, (Dessementot éd.) Cedidac, 1991, pp. 15-45 (cité Stoffel, in: Cedidac).
- STOFFEL Walter, *Le rapport juridique international*, in: *Conflit et harmonisation*, Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck, Fribourg 1990, pp. 421-451 (cité STOFFEL, *Le rapport juridique international*).
- STOLL, Hans, *Inhalt und Grenzen der Schadensersatzpflicht sowie Befreiung von der Haftung im UN-Kaufrecht im Vergleich zu EKG und BGB*, in: *Schlechtriem (éd.), Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht*, Baden-Baden 1987, pp. 257-281 (cité STOLL, *Inhalt und Grenzen der Schadensersatzpflicht*).
- STOLL, Hans, *Internationalprivatrechtliche Fragen bei der landesrechtlichen Ergänzung des Einheitlichen Kaufrechts*, in: *Festschrift Ferid*, Frankfurt s. M; Verlag für Ständesamtswesen, 1988, pp. 495-518 (cité STOLL in: FS Ferid).
- STOLL, Hans, *Regelungslücken im Einheitlichen Kaufrecht und IPR*, in: *IPRax 1993/2*, pp. 75-79 (cité STOLL, in: IPRax 1993).
- STONE, Bradford, *Uniform Commercial Code in a nutshell*, St Paul Minn, West publishing Co, 1975.
- TERCIER, Pierre, *Des législateurs innommés*, in: *Innominatverträge*, Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schluép; Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zurich, 1988, p 45 (cité TERCIER, *Des législateurs innommés*).
- TERCIER, Pierre, *La partie spéciale du Code des obligations*, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zurich, 1988 (cité TERCIER).
- THEVENOZ, Luc, *La rétroactivité des effets du contrat entre absents et le transfert des risques*, in: *Semaine Judiciaire 1983*, pp. 481-490.
- THIEFFRY, Jean, GARNIER Chantale, *La vente internationale*, Centre français du commerce extérieur, 1985.
- THIEFFRY, Jean, *Les nouvelles règles de la vente internationale*, in: *Droit et Pratique du Commerce International*, Paris 1981, pp. 369-384.
- TUNC, André, *La responsabilité civile*, 2ème éd., Economica, Paris 1990.

- UPEX, Robert, *Davies on contract*, 6th. édition, Sweet and Maxwell, London, 1991.
- VALLINDAS, *International Uniform Law- A New Branch of Law*, in: *Annuaire de l'association des Auditeurs de l'Académie de droit international privé* 27 (1957) p. 28.
- VEKAS, Lajos, *Zum persönlichen und räumlichen Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts* in: *IPRax* 7, 1987, pp. 342-346.
- VICO, Giambattista, *Principes de la philosophie de l'histoire*, traduit de la «*Scienza nuova*», Bibliothèque de Cluny-le trésor, A. Colin, Paris 1963.
- VISCHER, Frank, ad art 19, in: *IPRG Kommentar*, Herausgeber Heini, Keller, Siehr, Vischer, Volken, Schulthess Polygraphischer Verlag Zurich 1993 (cité VISCHER ad art. 19).
- VISCHER, Frank, *Das Haager Abkommen betreffend das auf den internationalen Warenkauf anwendbare Recht und die Praxis des schweizerischen Bundesgerichts*, in: *Annuaire Suisse de droit international*, 1964 XXI, p. 49 (cité VISCHER, *das Haager Abkommen*).
- VISCHER, Frank, *Das internationale Vertragsrecht nach dem neuen Schweizerischen IPR-Gesetz*, in: *Das neue Bundesgesetz über das internationale Privatrecht in der praktischen Anwendung*, Schulthess, Zurich 1990, pp. 9-34 (cité VISCHER, *Das internationale Vertragsrecht*).
- VISCHER, Frank, *General Course on Private International Law*, Académie de droit international, *Recueil des cours*, 1992 I, pp. 13-255 (cité VISCHER, *General Course*).
- VISCHER, Frank, *La loi fédérale de droit international privé, Introduction générale*, in: *Le nouveau droit international privé Suisse*, Cedidac, Lausanne 1988, pp.11-28 (cité VISCHER in: Cedidac).
- VISCHER, Frank, *Veränderungen des Vertragsstatuts und ihre Folgen*, in: *Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag*, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zurich, 1989, pp. 547-561 (cité VISCHER, *Veränderungen des Vertragsstatuts*).
- VISCHER/VON PLANTA, *Internationales Privatrecht*, 2ème éd., Helbing & Lichtenhahn, Bâle et Frankfurt s. M, 1982.
- VOLKEN, Paul, *Das Wiener Übereinkommen über den internationalen Warenkauf, Anwendungsvoraussetzungen und Anwendungsbereich*, in: *Schlechtriem P (éd) Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht*, Baden-Baden 1987, pp. 81-104.
- VOLKEN, Paul, *The Vienna Convention: Scope, Interpretation and Gap-Filling*, in: *Sarcevic/Volken éd. International Sale of Goods*, Londres, New York, Rome, Oceana 1986, pp. 19-55 (cité VOLKEN, *interpretation*).
- VON BÜREN, Bruno, *Schweizerische Obligationenrecht, Besonderer Teil*, Zurich 1972 (cité VON BÜREN, BT).
- VON BÜREN, Bruno, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Zurich, 1964.

- VON CAEMMERER, Ernst, Vertragspflichten und Vertragsgültigkeit im international Einheitlichen Kaufrecht, in: Festschrift Beitzke, Berlin New York: de Gruyter (1979) pp. 35-42 (cité VON CAEMMERER, Vertragspflichten und Vertragsgültigkeit).
- VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Verlag C.H.Beck, Munich 1990 (cité *collaborateur*, in: VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM).
- VON HOFFMANN, Bernd, Gewährleistungsansprüche im UN- Kaufrecht- verglichen mit dem EKG und BGB, in: Schlechtriem (éd.), Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht, Baden Baden: Nomos, 1987, pp. 293-303.
- VON OVERBECK, Alfred E., Juge interne et conventions de droit international privé, Cours général de droit international privé, Académie de droit international, recueil des cours, 132, 1971, tome I, pp. 9-106.
- VON OVERBECK, Alfred, (rapporteur) Le Champ d'application des règles de conflit ou de droit matériel uniforme prévue par des traités, in: Annuaire de l'institut de droit international 1982, vol. 59 II, pp. 172-174 (cité Von Overbeck in: Annuaire de l'institut de droit international).
- VON TUHR, Andreas, ESCHER, Arnold, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Tome II, 3ème éd., Zurich 1974 (cité VON TUHR/ESCHER).
- VON TUHR, Andreas, PETER, Hans, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Tome I, 3ème éd., Zurich 1979 (cité VON TUHR/PETER).
- VON WESPHALEN, Friedrich Graf, Allgemeine Geschäftsbedingungen und Einheitliches Kaufgesetz, in: Schlechtriem (éd), Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht, Baden Baden (Nomos) 1987, pp. 49-74.
- WALTER, Gerhard, Das UN-Kaufrechtsübereinkommen und seine prozessualen Folgen für die Schweiz, in: Beiträge zum schweizerischen und internationalen Zivilprozessrecht, Festschrift für Oscar Vogel, Fribourg 1991, pp. 317-335.
- WEBER, Rolf, Vertragsverletzungsfolgen: Schadenersatz, Rückabwicklung, vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten, in: Wiener Kaufrecht, Berner Tage für die juristische Praxis 1990, éd. Stämpfli, Berne 1991, pp. 165-214 (cité WEBER in: Berner Tage).
- WERRO, Franz, La responsabilité du fait des produits et la construction immobilière, in: Journées du droit de la construction, vol II, Fribourg 1993, pp. 2-12.
- WEY, Marc, Der Vertragsabschluss beim internationalen Warenkauf nach Uncitral- und schweizerischem Recht, (Thèse) Bâle 1984.
- WIDMER, Pierre, Droits et obligations du vendeur, in: Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises, Colloque de Lausanne des 19 et 20 novembre 1984, Schulthess Polygraphischer Verlag Zurich, 1985, pp. 91-104.
- WIEGAND, Wolfgang, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, (Honsell/Vogt/Wiegand éd.), éd. Helbing & Lichtenhahn, Bâle 1992, art. 97-109 (cité OR-WIEGAND).

- WILHELM, Christophe, Introduction et force obligatoire des traités internationaux dans l'ordre juridique suisse, thèse de l'Université de Lausanne, Presse centrales Lausanne 1992.
- WINSHIP, Peter, The Scope of the Vienna Convention on International Sales Contracts in: Galston/Smith (éd.) International Sales, New York 1984, chapter 1, pp. 1-50.
- WITZ Claude, L'exclusion de la Convention des Nation Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises par la volonté des parties (Convention de Vienne du 11 avril 1980), in: Recueil Dalloz Sirey (Paris) 17 (1990), Chronique XIX, pp. 107-112.
- XUEREFF, Carol, Les Incoterms 1990, in: Les contrats de vente internationale de marchandises, Cedidac, Lausanne 1991, pp. 131-155.
- ZIEGLER, Antje, Die anfängliche Unmöglichkeit der Leistung in der schweizerischen Lehre, (Thèse) St Gall, 1991.
- ZUFFEREY-WERRO, Jean-Baptiste, Le contrat contraire aux bonnes moeurs, Editions universitaires Fribourg Suisse, (Thèse) Fribourg 1988.
- ZWEIGERT, DROBNIG, EINMAHL, FLESSNER, KÖTZ, Der Entwurf eines einheitlichen Gesetzes über die materielle Gültigkeit internationaler Kaufverträge über bewegliche Sachen, in: *RebelsZ* 32, 1968, pp. 201-257.



INDEX

(Renvois aux paragraphes et aux notes)

A - B

Abus de droit: 151, 154, 243, 249,
302, *notes* 587, 712, 714
Action en exécution: 7, 166, 178, 214
Aliud: 293, 296, *notes* 671, 860
Anatocisme: 202
Apparence créée: 38
Application «autonome» de la Con-
vention: 32, 66, 68-71, 87, 88, *note*
276
Application «dépendante» de la Con-
vention: 32, 66, 72, 73-76, 78
Application dans le temps de la Con-
vention: 127, 136, 139
Application uniforme: 3, 9, 11, 151,
152, 169, 181, 182, 193, 196, 253,
278, *notes* 437, 538, 611, 619, 748
Autonomie de la volonté des parties:
21, 24, 53, 86, 106, 107-143, 197,
307, *notes* 372, 420
Bonne foi: 110, 141, 151, 153, 169,
170, 242, 246, 254, 259, 277, 278,
282, 309, *notes* 432, 433, 435
Bonnes moeurs: 173, 182, 192, 193,
194, 199, 200, 209, 210, 211, 219,
308, *note* 590

C

Causalité adéquate: 268, 270, *note*
602
Choix de la Convention: 129-136
Choix du droit d'un Etat non contrac-
tant: 127-128
Choix du droit d'un Etat contractant:
120-126
Chose déterminée par son genre: 174,
236, 237, 255

Clause gel de droit: 121, 127, 136,
139, *notes* 372, 377CNUDCI: 2,
151, *notes* 7, 241, 50, 529, 181
Code européen de droit privé: 18,
note 84
Compensation (opération de): 56
Concours d'actions: 168, 169, 170,
172, 188, 231, 232, 233, 234, 236,
237, 238, 239, 240, 241, 250-
255bis, 256, 257, 258, 259, 262,
263, 266, 271, 274, 275, 277, 278,
285, 287, 306, 309, *notes* 195, 495,
496, 498, 560, 581, 650, 651, 652,
667, 741, 742, 744, 747, 748, 752,
769, 810, 811
Conditions générales: 17, 114, 126,
137, 139, 152, 203, 214, 307, *notes*
37, 81, 600
Conflit entre Convention et droit fé-
déral: 204-207
Conflit entre Conventions: 16, 69, 70,
75, 78, 92, 104, 117, *notes* 71, 276,
280, 810
Contrat de distribution exclusive: 56,
note 230
Contrat de livraison d'ouvrage: 55,
272, *note* 218
Contrat d'entreprise: 55
Contrat de représentation exclusive:
voir contrat de distribution exclusi-
ve
Contrat de soumission: 56, *note* 227
Contrat mixte: 6, 54, 64, *note* 203
Contrat simulé: 223
Contrats innommés: 53, 56, 64, 307,
notes 206, 208, 486
Convention de Genève sur la repré-
sentation en matière de vente inter-
nationale de marchandises, du 17
février 1983): voir représentation

Convention de La Haye de 1955 sur la loi applicable aux ventes internationales d'objets mobiliers corporels: 14, 24, 33, 50, 62, 70, 74, 77, 100, 103, 108, 111, 112, 117, 132, *notes 189, 192, 261, 279, 310, 384*

Convention de La Haye sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises, du 22 décembre 1986: 15, 16, 28, 33, 50, 108, 117, *notes 71, 109, 189, 285, 223, 345, 352, 435, 581, 614*

Convention de New York des Nations Unies sur la prescription dans les ventes internationales de marchandises, de 1974: voir prescription

Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles, du 19 juin 1980: 15, 16, 28, 29, 71, 92, 117, *notes 66, 98, 106, 109, 110, 280, 285, 287, 363, 397, 435*

Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités: 84, 151, *notes 303, 305, 537, 571*

Conventions de La Haye de 1964 portant loi uniforme sur la vente d'objets mobiliers corporels et sur la formation des contrats de vente internationale: 5, 7, 15, 16, 27, 33, 37, 50, 55, 58, 62, 63, 90, 95, 107, 117, 136, 151, 154, 228, *notes 6, 7, 10, 22, 25, 39, 77, 93, 124, 127, 130, 177, 232, 261, 267, 286, 368, 383, 388, 399, 441, 455, 576, 649, 698, 752, 754*

Corps certain: 176, 177, 190, 235, 237, 238, *notes 559, 675, 785*

Crainte fondée: 229, 232, *notes 659, 660*

Culpa in contrahendo: voir responsabilité précontractuelle

D

Déclaration (République fédérale d'Allemagne): 91, *notes 300, 319*

Défaut de conformité: 80, 227, 232, 234, 235, 236, 238, 239, 242, 245, 247, 248, 249, 267, 279, 287, 290, 291, 293, 294, 296, 299, 300, 302, *notes 454, 649, 671, 698, 783, 851*

Dépeçage du contrat: 118, 129, 197, 275, *notes 361, 363, 385, 586, 587*

dépôts: 33

Devises: 209, 211

Documents précontractuels: 57

Dol: 186, 201, 216, 229, 233, 234-255, en particulier 255, 270, 286, *notes 633, 649, 725, 726, 738, 754, 757, 875*

Dommage corporel: 164, 261, 274, 275, *notes 478, 805, 807*

Dommage économique: 227, 275

Dommages-intérêts: 7, 166, 215, 245, 247, 248, 249, 255, 276, 294, 300, 302, note 540, 726, 857. Voir également responsabilité.

Dommage matériel: 227, 261, 273, 274, 275, *note 805*

Donation: 49, 56

Droit de substitution (art. 16 al. 2 LDIP): 79, 104, 128, 307

E

Echange: 49, 56

Emption (droit d'): 52

Enrichissement illégitime: 215, 244, 301, *notes 519, 708, 717, 855, 877*

Erreur essentielle de déclaration: 231

Erreur essentielle sur les motifs: 169, 174, 188, 229-255, 286, *notes 496, 498, 559, 637, 661, 674, 680, 701, 725, 747, 749, 868*

- Etablissement des parties: 25, 28, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 40, 41, 65, 66, 70, 144, 211, *notes 109, 131, 133, 134, 147, 151, 161, 167, 458, 854*
- Eviction: 163, 216, 234, 236, *note 673*
- Exclusion contractuelle de garantie: 203
- Exclusion de la Convention: 114-119.
Exclusion tacite: voir volonté tacite des parties.
- Exécution en nature: 7, 166, 178, 214, 268, *notes 518, 785*
- Exonération: 166, 176, 178, 185, 186, 188, 248, 276, 281
- Insolvabilité: 234, 240, 241, 248, 249, 255 bis, *notes 738*
- Intérêt négatif: 178, 188, 245, 281, *note 524*
- Intérêt positif: 9, 178, 179, 188, 249, 255, 281, *note 524*
- Intérêts: 7, 157, 199, 244, *notes 598, 717, 718*
- Internationalité du contrat: 22-43
- Interprétation de la Convention: 3, 6, 9, 19, 58 151, 152, 153, 154, 158, 169, 170, 181, 230, 251, 278, 281, 283, 285, 309, *notes 40, 177, 264, 422, 432, 435, 446*
- Invalidation: 161, 169, 174, 188, 227, 229-255, 280, 286
- Jus gentium: 1, *note 2*

F

- Filiale: 33, *note 134*
- Foire: 33
- Formation du contrat: 9, 51, 53, 95, 126, 156, 177, 206, 223-225, 282, 284, 603, 658
- Forme du contrat: 74, 100, 101, 102, 103, 111, 161, 206, 223, *note 196*

I-J

- Illicéité: 167, 187, 192-222, *notes 546, 595*
- Impossibilité de restituer les prestations: 243, 244
- Impossibilité objective initiale : 174-191
- Impossibilité objective subséquente non fautive d'exécution: 166
- Incombances de l'acheteur: 80, 242, 249, 254, 255, 260, 263, 266, 268, 269, 270, 278, 294, 296, 299 *notes 700, 701, 785*
- Incoterms: 17, 114, 137, 138, *notes 174, 402*

L

- Lacunes: 7, 33, 55, 57, 110, 149, 150, 153-158, 160, 167, 215, 227, 250, 251, *notes 39, 295, 441, 444, 455, 492*
- Leasing avec droit d'achat: 56, *note 224*
- Lésion: 232, *note 660*
- Lésions corporelles: 155, 164, 168, 227, 273, 274, 275, *notes 805, 807*
- Lex mercatoria: 11, 17, 19, 20, 135, 137, 140, 141, 152, 193, 199, 224, 307, *notes 3, 48, 74, 75, 76, 78, 79, 91, 273, 296, 405, 411, 412, 640*
- Liberté contractuelle: 7, 24, 107-143, 149, 154, 182, 190, 193, 203, 214, 220, 222
- Location-vente: 56
- Loi fédérale contre la concurrence déloyale: 203, 214, *note 626*
- Lois d'application immédiate: 197, 198, 208, 210, 219, 389, 590, *note 614*

M-N

- Marchandises, définition: 58-64
Méthodes d'harmonisation du droit: 5
Monnaies: 62
Navires, bateaux, aéroglisseurs, aéro-
nefs: 62
Nullité: 51, 161, 178, 179, 182, 186,
188, 190, 195, 196, 205, 213, 215,
216, 220, 221, *notes 348, 509, 540,*
546, 603, 608. Voir également im-
possibilité initiale, illicéité, bonnes
moeurs

O

- Objets d'art: 60
Obligation naturelle: 214
Opting in: 114, *notes 350, 370*
Opting out: 115, 121, 128, 138, 142,
note 370
Ordre public étranger: 196, 211, 219,
note 96

P

- Péremption: 230, 242, 249, 308, *note*
873
Pluralité d'établissements: 33, 38
Préemption (droit de): 52, 64, *note*
202
Prescription: 15, 156, 157, 160, 168,
242, 243, 249, 254, 270, 276, 289-
305, 308, *notes 455, 843-883*
Prévisibilité du dommage: 245, 249,
270, *note 810*
Principe de la confiance: 9, 110, 142,
223, *note 600*
Principes applicables aux contrats
commerciaux internationaux (projet
UNIDROIT): 19, 140, 151, 194, *no-*
tes 568, 753

- Principes généraux: 7, 33, 153, 154,
157, 158, 160, 203, 250, *notes 39,*
40, 441, 455
Projet de loi uniforme sur la validité
des contrats: 179, 183, 194, *note*
529

R

- Règles impératives 24, 26, 29, 50,
111, 131, 134, 140, 162, 182, 192,
193, 201-212, 213, 308, *notes 98,*
106, 388, 412, 546, 595, 596, 610
Réméré (droit de): 52, 64, *note 202*
Renvoi: 73, *notes 281, 285, 290, 322*
Représentation: 15, 16, 38, 50, 56,
58, 156, 157, 160, 168, 223, 289,
notes 73, notes 131, 132, 155, 167,
192
Réserve au sens de l'art 94 CV: 81,
82, 125
Réserve au sens de l'art. 92 CV: 81,
83, 84, 89, 95-97, 98, 105, 223
Réserve au sens de l'art. 93 CV: 81,
82
Réserve au sens de l'art. 95 CV: 75,
81, 83, 84, 85-95, 98, 105, 123, 129
Réserve au sens de l'art. 96 CV: 81,
83, 84, 98-, 103, 105, 111, 161,
204, 206, 223
Résidence habituelle: 25, 36, *note*
151
Résolution du contrat: 9, 161, 169,
178, 179, 215, 216, 230, 240, 242-
249, 252, 255, 300, *notes 496, 498,*
519, 522, 705, 706, 707, 709, 714,
785, 855
Responsabilité précontractuelle: 168,
178, 227, 245, 249, 277-282, 286,
295, *notes 417, 432, 524, 637, 649,*
725, 727

Responsabilité civile: 164, 168, 227, 256-271, 274, 275, 286, 287, 295, *notes* 496, 497, 649, 725, 768, 772, 788

Responsabilité du fait du produit: 7, 164, 227, 272-276, 287, *notes* 147, 476, 478, 805, 811, 819

Restitution de la marchandise: 169, 243, 244, 300, 304, *notes* 708, 717, 855, 877

Restitution des fruits: 246

Restitution du prix: 244, 300, 304, *notes* 519, 708, 855, 877

Rétractation d'une offre: 206, 282

Revendication: 169, 215, 243

Révocation d'une offre: 206, 282

S-T-U

«Schuldstatuttheorie»: 210, 211

Sources: 13-20

Succursale: 32, 33, 34

Terminologie: 11, 161, *note* 51

Transfert de propriété: 7, 74, 156, 163, 169, 243, *notes* 35, 176, 177, 466, 708

Usage personnel, familial ou domestique: 51, 61, 103, 134, 195

Usages internationaux: 11, 12, 17, 19, 20, 80, 104, 128, 135, 138, 140, 141, 152, 154, 162, 199, 224, 226, 253, 307, *notes* 78, 79, 81, 91, 207, 295, 402, 433, 448, 471, 640

V-W

Vente à l'essai: 51, 280,

Vente à tempérament: 51, 64, 102, 103, 206, *notes* 196, 335

Vente aux enchères: 50, 64, *notes* 188, 192

Vente d'électricité: 62

Vente d'entreprise: 59

Vente de droit: 59

Vente de gaz: 59

Vente de logiciel: 59

Vente de titres: 62, 124

Vente en cours de transport: 110, 176, 178, 184, 185, *notes* 509, 553

Vente sur échantillon: 51, 236

Vente sur saisie ou par autorité de justice: 50, 64

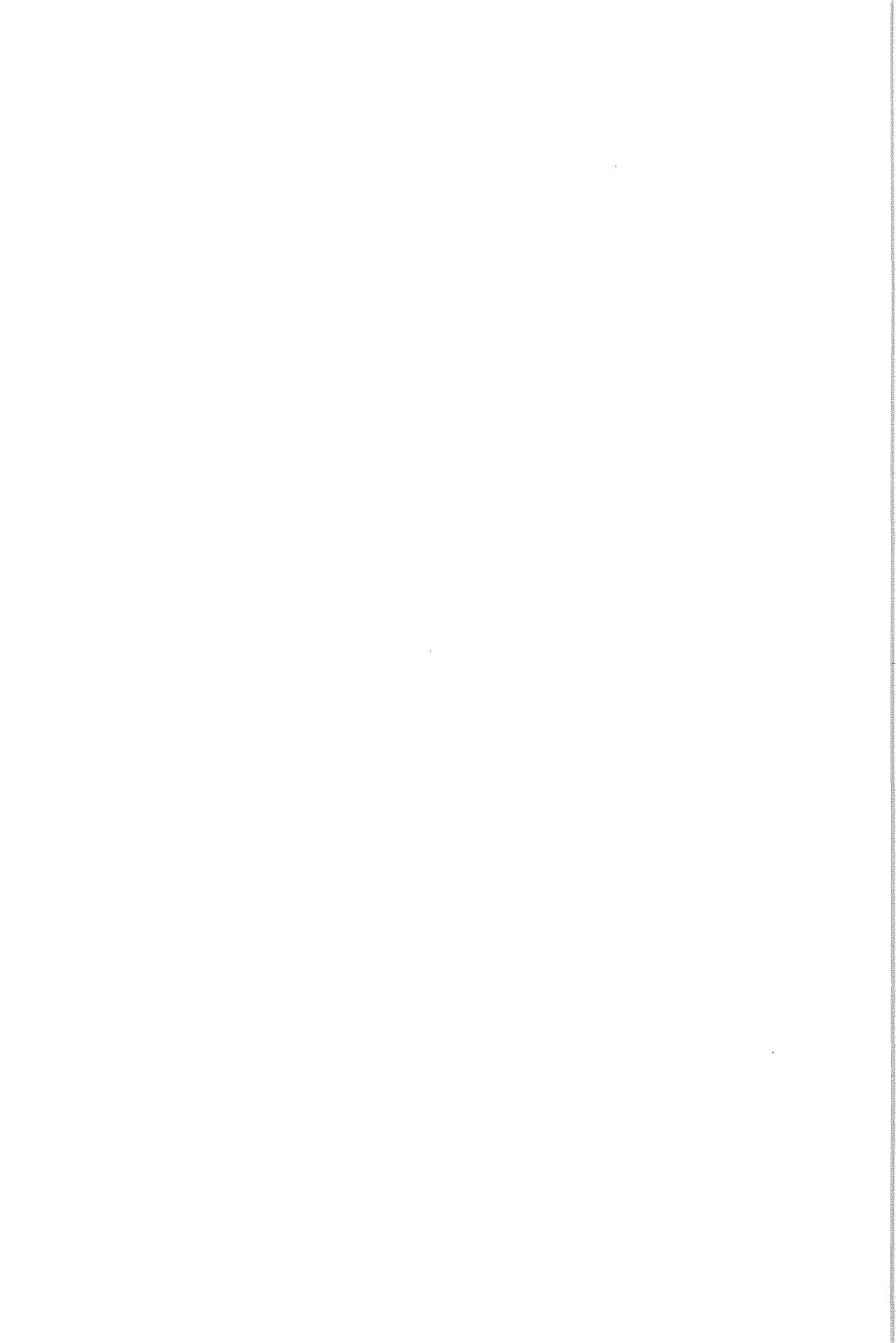
Vente: définition: 47-57

VertragsG (Gesetz zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf): 249, 270, 296, 297, *notes* 319, 863, 873, 879

Volonté hypothétique des parties: 117, 142, 182, 216, 242, *notes* 470, 707

Volonté tacite des parties: 114, 117, 121, 122, 128, 129, 138, 139, 142, *note* 354, 359

«Weiterfresserschäden»: 265-268, 287, voir également 274, 275





COLLECTION GENEVOISE

Michel Hottelier

L'article 26 CEDH
et l'épuisement des voies de recours
en droit fédéral suisse

Silvia Tevini Du Pasquier

Le crédit documentaire
en droit suisse.
Droits et obligations
de la banque mandataire
et assignée

Henry Peter

L'action révocatoire
dans les groupes de sociétés

Xavier Oberson

Les taxes d'orientation.
Nature juridique et constitutionnalité

Pierre Garrone

L'élection populaire en Suisse.
Etudes des systèmes électoraux
et de leur mise en œuvre
sur le plan fédéral et dans les cantons



COLLECTION GENEVOISE

Présence et actualité de la constitution
dans l'ordre juridique

Mélanges offerts à la Société suisse
des juristes pour son Congrès 1991 à Genève

Charles-Albert Morand
(Editeur)

Les instruments d'action de l'Etat

Christine Chappuis

La restitution des profits illégitimes.
Le rôle privilégié de la gestion d'affaires
sans mandat en droit privé suisse

Gustavo Scartazzini

Les rapports de causalité dans le droit suisse
de la sécurité sociale.
Avec un aperçu des différentes théories de la causalité

Sonja Gafner d'Aumeries

Le principe de la double incrimination.
En particulier dans les rapports d'entraide judiciaire internationale
en matière pénale entre la Suisse et les Etats-Unis



COLLECTION GENEVOISE

Charles-Albert Morand
(*Editeur*)

La légalité: un principe à géométrie variable

Marie-Claire Pont Veuthey

Le pouvoir législatif dans le canton du Valais

Charles-Albert Morand
(*Editeur*)

Droit de l'environnement: mise en œuvre et coordination

Daniele Cattaneo

Les mesures préventives et de réadaptation de l'assurance-chômage

Marina Mandofia Berney

Vérités de la filiation et procréation assistée

Elias Kastanas

Les Origines et le fondement du contrôle de la constitutionnalité
des lois en Suisse et en Grèce

Sylvie Chavanne

Le retard dans l'exécution des travaux de construction



COLLECTION GENEVOISE

Nicolas Jeandin

Le chèque de voyage

Margareta Baddeley

L'association sportive face au droit

Les grands juristes

Dominique Mani

Eugen Huber

juriste charismatique

Bruno Schmidlin et Alfred Dufour
(Éditeurs)

Jacques Godefroy (1587–1652)
et l'Humanisme juridique à Genève.
Actes du colloque Jacques Godefroy