

LE NOUVEAU DROIT DES CONDITIONS GÉNÉRALES D'AFFAIRES

Jochen BAUERREIS *

Dans la pratique contractuelle allemande, les conditions générales d'affaires (*Allgemeine Geschäftsbedingungen*) revêtent une importance croissante non seulement dans le cadre des contrats conclus entre un professionnel et un consommateur, mais aussi de ceux conclus entre professionnels. Il peut parfois paraître surprenant que, même pour les transactions d'un certain volume, les entreprises, au lieu de s'engager dans un seul acte signé par les deux parties, aient tendance à préférer le jeu successif de l'offre et de l'acceptation en y joignant leurs conditions générales respectives.

Si l'utilisation de conditions générales se justifie par l'objectif d'optimiser ses droits et devoirs contractuels par rapport aux règles législatives en vigueur, cette finalité reste lettre morte dès lors que les parties soumettent au contrat des conditions générales divergentes. En effet, dans l'hypothèse d'une « bataille des formulaires » les clauses contractuelles contradictoires sont, pour ainsi dire, neutralisées et substituées par les règles législatives. Suite aux critiques formulées par la doctrine¹, cette solution, semble-t-il, est également en train de s'imposer sous le règne de la Convention de Vienne du 11 avril 1980² dont la conception juridique pourtant suggère plutôt l'application de la « théorie du dernier mot »³.

* Maître de conférences (Université de Strasbourg III), Directeur du Magistère de juristes d'affaires franco-allemands, Avocat (Rechtsanwalt) à Fribourg-en-Brisgau (Allemagne).

¹ V. P. SCHLECHTRIEM, in SCHLECHTRIEM, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, Beck, Munich, 3^e éd., 2000, art. 19, n° 19.

² Dans ce sens, la Cour Fédérale de Justice (BGH) dans un arrêt récent du 9 janvier 2002 : « [...] *Nach der wohl herrschenden Meinung werden teilweise von einander abweichende AGB (nur) insoweit Vertragsbestandteil, als sie sich nicht widersprechen ; im Übrigen gelten die gesetzlichen Regeln [...]* », *NJW* 2002, p. 1651 et s., spéc. p. 1653. *Adde* : S. KRÖLL/R. HENNECKE, « Kollidierende Allgemeine Geschäftsbedingungen in internationalen Kaufverträgen », *RIW* 2001, p. 736 et s. ; p. 740 et s.

³ Sur la théorie du dernier mot, V. V. HEUZÉ, *La vente internationale de marchandises*, I.GDJ, 2000, n° 187.

En Allemagne, la prolifération de jurisprudence et de doctrine suite à l'entrée en vigueur de la loi allemande sur les clauses abusives du 9 décembre 1976⁴ a influé sur le droit des conditions générales d'affaires d'une manière telle qu'il est devenu une discipline juridique à part, réservée à certains spécialistes⁵. La réforme du droit allemand des obligations a-t-elle influencé cette nouvelle branche du droit allemand ? La réponse doit être nuancée. En ce qui concerne le texte même de la loi, force est de constater qu'il a été incorporé dans le Code civil allemand (§ 305 et s. BGB) avec seulement quelques modifications et adaptations terminologiques mineures de sorte que l'on pourrait presque parler d'une « codification à droit constant ». En revanche, l'impact de la réforme est considérable quant à la question de savoir si les clauses contractuelles sont de nature à désavantager le cocontractant de façon disproportionnée (*unangemessene Benachteiligung*) par rapport à la nouvelle conception légale. Avant de mettre en relief les répercussions majeures de la réforme sur la rédaction du droit des conditions générales d'affaires et, à partir de là, de proposer une alternative intéressante en matière de commerce international, il nous semble indispensable de présenter brièvement certaines caractéristiques et spécificités du droit allemand telles qu'elles existaient déjà avant la réforme.

I. LES CARACTÉRISTIQUES DU DROIT ALLEMAND DES CONDITIONS GÉNÉRALES

Nous nous proposons d'étudier successivement les spécificités du droit allemand des conditions générales quant à son champ d'application et aux critères de contrôle prévus par la loi.

A. — *Champ d'application du droit allemand des conditions générales*

Il convient de distinguer le champ d'application *ratione materiae* de celui *ratione personae*.

1. *Champ d'application ratione materiae*

Les conditions générales d'affaires sont définies par le § 305 alinéa 1^{er} BGB comme des « conditions contractuelles préformulées pour une multitude de contrats, que l'une des parties au contrat (stipulant) fixe à l'autre partie lors de la conclusion d'un contrat »⁶. Cette notion est très large

⁴ « Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz) » du 9 déc. 1976.

⁵ Parmi les ouvrages et commentaires courants : WOLF/HORN/LINDACHER, *AGB-Gesetz, Kommentar*, 4^e éd., 1999 ; ULMER/BRANDNER/HENSEN, *AGB-Gesetz*, 9^e éd. ; F. GRAF VON WESTPHALEN, *Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke*, 2000 (tomes I et II).

⁶ Sur la notion des conditions générales d'affaires en droit français et allemand, V. notamment, G. LARDIEUX, *Les clauses standardisées en droit français et en droit allemand*, Septentrion, 2001 ; F.-X. LICARI, *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, Préface C. WITZ, Avant-propos M. MARTINEK, Litec, 2002, p. 58 et s., spéc. p. 69 et s.

car elle englobe non seulement les conditions générales *strictu sensu* qui sont régulièrement jointes au contrat, mais également les clauses d'un contrat-type destiné à être conclu avec plusieurs cocontractants. Ne sont pas considérées comme des conditions générales au sens du § 305 BGB les conventions et clauses contractuelles qui ont été individuellement négociées (*ausgehandelt*) entre les parties. Or, selon une jurisprudence constante de la Cour Fédérale de Justice, il est nécessaire, pour échapper au contrôle opéré par les §§ 307 et suivants BGB, que « le stipulant soumette de façon sérieuse le contenu des clauses proposées à la disposition du cocontractant en l'invitant à apporter des modifications »⁷.

2. *Champ d'application ratione personae*

Contrairement au droit français⁸, le contrôle des conditions générales n'est pas limité aux seuls contrats conclus par un consommateur mais concerne également les contrats entre professionnels. Il existe toutefois certaines restrictions. D'une part, les conditions générales deviennent plus facilement partie intégrante d'un contrat lorsque le cocontractant du stipulant est également un professionnel, les dispositions protectrices du consommateur du § 305 alinéas 2 et 3 ne trouvant pas application⁹. D'autre part, le contrôle des conditions générales convenues entre professionnels est atténué dans la mesure où les interdictions concrètes de clauses abusives énoncées dans les §§ 308 et 309 ne sont pas applicables, le seul critère d'appréciation étant celui du « désavantage disproportionné » (*unangemessene Benachteiligung*) au sens de la clause générale du § 307 BGB¹⁰.

B. — *Le contrôle des conditions générales*

Le cadre de cette étude ne permet pas de passer en revue les divers critères de contrôle prévus soit par le législateur lui-même soit par la jurisprudence. Nous nous contenterons ici d'évoquer certains grands principes qui caractérisent plus particulièrement le droit allemand quant au contrôle au fond et au contrôle purement formel des conditions générales.

⁷ BGH, 10 oct. 1991, *NJW* 1992, p. 1107, BGH, 3 nov. 1999, *NJW* 2000, p. 1110. H. HEINRICHS in PALANDT, *Kommentar zum BGB*, Beck, Munich, 61^e éd. 2001, § 1 AGBG, n° 18.

⁸ Comp. l'art. L. 132-1 Code de la consommation. Toujours est-il que la loi « NRE » du 15 mai 2001 a introduit dans le Code de commerce des dispositions relatives aux « pratiques restrictives de concurrence » (art. L. 442-1 et s. Code de commerce) qui instaurent, dans les rapports entre professionnels, un contrôle des conditions générales de vente fondé sur les principes du droit de la concurrence. En effet, aux termes de l'art. L. 442-6 Code de commerce, « engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou artisan, de pratiquer, à l'égard d'un partenaire économique, ou d'obtenir de lui des prix, des délais de paiement, des conditions de vente ou des modalités de vente ou d'achat discriminatoires et non justifiées par des contreparties réelles en créant, de ce fait, pour ce partenaire, un désavantage ou un avantage dans la concurrence [...] ». Sur l'ensemble de la question, V. M. BEHAR-TOUCHAIS/D. FERRIER, « Les pratiques restrictives de concurrence », *JCP* 2001, Cahier de Droit de l'Entreprise, n° 4, p. 18 et s.

⁹ V. le § 310 al. 1^{er} BGB.

¹⁰ Sur cette disposition, V. en détail F.-X. LICARI, *op. cit.*, p. 345 et s.

1. *Contrôle au fond*

La première spécificité du droit allemand a trait au caractère strictement abstrait de l'appréciation de la licéité de la clause. Que faut-il entendre par appréciation « abstraite » ? L'approche du juge doit être « généralisante et orientée vers la typicité » (*generalisierende typisierende Betrachtungsweise*)¹¹. Pour vérifier si une clause est licite, le juge allemand est obligé de faire abstraction des circonstances particulières de l'espèce à trancher. La clause ne saurait être considérée comme licite que si elle est conforme aux critères de contrôle dans n'importe quelle hypothèse d'application. En d'autres termes : même si une clause semble être parfaitement adéquate au cas concret, elle doit être sanctionnée par le juge dès lors qu'elle risque d'apporter un « désavantage disproportionné » dans d'autres cas de figure.

Deuxième particularité du droit allemand, le juge n'a pas la faculté de réduire une clause illicite à un niveau (encore) admis par la jurisprudence (*Verbot der geltungserhaltenden Reduktion*). En effet, la jurisprudence souhaite dissuader le stipulant d'utiliser des clauses abusives en lui refusant de maintenir la clause réduite à un contenu acceptable. A titre d'exemple, le délai légal de deux ans prévu pour la prescription de l'action en responsabilité en matière de vente de marchandises¹² peut être raccourci, dans le cadre des conditions générales de vente, à un an¹³. En revanche, si le stipulant ne prévoit qu'une durée de 6 mois, ce qui pourrait facilement s'expliquer en raison d'un défaut d'actualisation des conditions générales après la réforme¹⁴, la clause doit être considérée comme entièrement inefficace de telle sorte que le délai légal de deux ans a vocation à s'appliquer. En aucun cas, le juge allemand ne pourrait sauver la clause en la réduisant au niveau admis par le législateur qui est d'un an. D'où l'intérêt pour le stipulant de respecter, lors de la rédaction des conditions générales, la marge de manœuvre prévue par la loi ou la jurisprudence.

2. *Contrôle formel : exigence de transparence*

Si les conditions générales sont inefficaces dès lors qu'elles « désavantagent le cocontractant du stipulant d'une façon disproportionnée et en dépit des impératifs de la bonne foi », la nouvelle disposition du § 307 alinéa 1^{er} BGB précise dans la deuxième phrase que le « désavantage disproportionné » peut également provenir d'une rédaction ambiguë et opaque de la clause même¹⁵. Cette exigence de transparence qui vient d'être expressément consacrée par le législateur de la réforme du droit allemand des obligations existait déjà sous le règne du droit antérieur en

¹¹ V. F.-X. LICARI, *op. cit.*, p. 346.

¹² § 438 al. 1^{er} n° 3 BGB. V. notre article sur « Le nouveau droit de la prescription », *infra* p. 1023.

¹³ § 309 n° 8 lit. b, ff. BGB.

¹⁴ En effet, selon l'anc. § 477 BGB le délai légal était de six mois.

¹⁵ Sur le principe de la transparence, V. F. X. LICARI, *op. cit.*, p. 348.

tant que règle établie par la jurisprudence¹⁶. Selon cette règle, il est suffisant qu'une clause soit rédigée de façon ambiguë et opaque pour être frappée d'inefficacité même si elle ne serait pas critiquable au regard du sens que le stipulant a voulu donner. Il va de soi que la transparence des conditions générales revêt une importance d'autant plus grande que la matière en cause excelle par sa complexité. Or cette dernière caractérise le nouveau droit allemand qui oblige, notamment en matière de responsabilité contractuelle du vendeur, à différencier plusieurs hypothèses et exceptions qui doivent obéir à des règles divergentes. Dès lors que l'on est amené à conjuguer le principe de la formulation abstraite des clauses évoqué ci-dessus avec celui de la transparence formelle des clauses, les choses tendent tout naturellement à se compliquer...

II. LE DROIT ALLEMAND DES CONDITIONS GÉNÉRALES APRÈS LA RÉFORME

Si les grands principes du droit allemand des conditions générales n'ont pas été modifiés par la réforme, il n'en demeure pas moins que les répercussions de celle-ci sont considérables sur le contenu même de certaines clauses qui demandent à être adaptées aux nouvelles dispositions légales. Dans la mesure où, suite à la réforme, la marge de manœuvre rédactionnelle se trouve encore davantage restreinte, il est plus que jamais d'actualité de songer à une conception alternative qui pourrait effectivement s'appliquer aux contrats internationaux.

A. — *Les répercussions de la réforme sur la rédaction de conditions générales*

Nous nous proposons d'analyser les répercussions de la réforme sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité et sur celles visant à raccourcir le délai légal de prescription.

1. *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité*

Aux termes du nouveau § 444 BGB, le vendeur ne peut se prévaloir d'une clause limitative ou exonératoire de responsabilité en cas de réticence dolosive (*arglistiges Verschweigen des Mangels*) ou de délivrance d'une garantie portant sur les qualités de la chose (*Beschaffenheitsgarantie*)¹⁷.

Cette disposition qui s'applique non seulement aux conditions générales mais également à toute convention individuelle a fait couler beaucoup

¹⁶ V. C. WITZ, « La protection de la volonté par le principe de transparence en droit allemand des conditions générales d'affaires », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques, Études à la mémoire du Professeur Alfred Rieg*, Bruylant, Bruxelles 2000, p. 899 et s.

¹⁷ § 444 BGB : « Auf eine Vereinbarung, durch welche die Rechte des Käufers wegen eines Mangels ausgeschlossen oder beschränkt werden, kann sich der Verkäufer nicht berufen, wenn er den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache übernommen hat ».

d'encre parmi les commentateurs du nouveau droit. Tout dépend en fait de l'interprétation que l'on entend faire de la notion de « *Beschaffheitsgarantie* ». Si la seule description de la chose vaut déjà garantie des qualités de celle-ci, le glas a sonné de toute clause limitative ou exonératoire de responsabilité, et ceci même dans l'hypothèse d'une convention individuellement négociée (« *ausgehandelt* »).

La question s'est notamment posée dans le domaine de l'acquisition d'une entreprise, hypothèse dans laquelle une limitation ou exonération du vendeur serait dorénavant impossible dès lors que le contrat fait état — comme c'est régulièrement le cas — des positions du bilan de l'entreprise en tant que qualités de la chose¹⁸. Si un auteur va jusqu'à prétendre que la nouvelle conception de la théorie générale des obligations emporte dorénavant disparition des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité dans les conditions générales¹⁹, l'opinion majoritaire soutient que le législateur n'a pas eu l'intention d'apporter de changement radical en la matière²⁰. Selon une jurisprudence constante relative au droit antérieur des conditions générales, la limitation ou l'exonération de la responsabilité était en principe possible, et ceci même dans les rapports entre professionnels de la même spécialité. Or, les exceptions à la mise en œuvre d'une telle clause admises par la jurisprudence sont tellement vastes que l'on peut à bon droit se demander si des hypothèses pratiques sont encore imaginables pour lesquelles la responsabilité est effectivement limitée ou exonérée.

N'oublions pas que lors de la rédaction de la clause limitative ou exonératoire de responsabilité toutes les exceptions doivent être expressément mentionnées afin de satisfaire au principe de la formulation abstraite et généralisante. Quelles sont ces exceptions ? Il va de soi que l'exonération de la responsabilité ne saurait être possible en cas de faute grave ou intentionnelle et en cas d'atteinte à l'intégrité physique. Lorsque le vendeur a commis, ne serait-ce que du fait d'une faute légère, une violation considérée comme « essentielle » du contrat (*vertragswesentliche Pflicht*), seule une limitation au préjudice normalement prévisible (*vertragstypischer und vorhersehbarer Schaden*) est tolérée par la jurisprudence²¹. Suite à la réforme, une exonération ou limitation est vouée à l'échec dès lors que le vendeur a délivré une garantie portant sur les qualités de la chose (§ 444 BGB).

¹⁸ Sur cette question, V. aussi W. ROSCH, « Le nouveau droit de la vente : présentation générale », *supra*, p. 969.

¹⁹ F. GRAF VON WESTPHALEN, « Nach der Schuldrechtsreform : Neue Grenzen für Haftungsfreizeichnungs- und Haftungsbegrenzungsklauseln », *BB* 2002, p. 209 et s. ; *idem*, « Garantien bei Lieferungen von Maschinen und Anlagen -- Todesstoß für Haftungsbegrenzungen durch § 444, 639 BGB », *ZIP* 2002, p. 545 et s.

²⁰ M. WOLFF, « Die Mängelhaftung beim Unternehmenskauf nach neuem Recht », *DB* 2002, p. 411 et s. ; B. DAUNER-LIEB/J. THIESSEN, « Garantiebeschränkungen in Unternehmenskaufverträgen nach der Schuldrechtsreform », *ZIP* 2002, p. 108 et s. ; S. GRONSTEDT/S. JÖRGENS, « Die Gewährleistungshaftung bei Unternehmensverkäufen nach dem neuen Schuldrecht », *ZIP* 2002, p. 52 et s.

²¹ V. H. HEINRICHS in PALANDE, *op. cit.*, § 9 AGBG, n° 29.

2. Les clauses visant à raccourcir le délai légal de prescription

Aux termes du § 309 n° 8 lit.b, ff BGB, est entre autres inefficace une clause qui tend à raccourcir le délai légal de la prescription biennale à une durée inférieure à un an. *A contrario*, il est possible de ramener de façon systématique le délai légal de 24 mois prévu pour l'action en responsabilité en matière de vente de marchandises à 12 mois. Or, il existe plusieurs hypothèses dans lesquelles la règle légale ne peut être modifiée. Il s'agit, d'une part, de la faute grave ou intentionnelle ainsi que de l'atteinte à l'intégrité, hypothèses que nous avons déjà évoquées ci-dessus : en effet, le raccourcissement du délai de prescription est considéré par le législateur comme une exonération partielle de la responsabilité²².

D'autre part, conformément au § 475 alinéa 2 BGB, la prescription biennale est d'ordre public pour les ventes conclues entre un professionnel et un consommateur qui portent sur un bien de consommation neuf (*Verbrauchsgüterkauf*). La seule exception concerne les actions en dommages-intérêts, exercées par un consommateur à l'égard du vendeur professionnel, celles-ci n'étant expressément pas soumises au statut impératif (§ 475 alinéa 3 BGB). De même, le raccourcissement du délai légal ne saurait s'appliquer à l'action récursoire du vendeur final à l'égard du vendeur antérieur, à l'exception toutefois des prétentions fondées sur la réparation des dommages-intérêts (§ 478 alinéa 1^{er} phrase 2 BGB). C'est ainsi que, lors de la rédaction des conditions générales de vente, il est dorénavant indispensable de prévoir des dispositions supplémentaires au cas où l'objet de la vente serait susceptible d'être revendu à un consommateur en aval de la chaîne.

B. -- Proposition d'une conception alternative des conditions générales en matière de commerce international

Vu le nombre croissant de restrictions à la liberté contractuelle apportées par le nouveau droit allemand des conditions générales, l'on pourrait être tenté de songer à une conception alternative. Les dispositions des §§ 305 et suivants BGB étant d'ordre public interne en droit allemand (§ 306a BGB), il n'est pas possible de les esquiver en soumettant un contrat purement interne à une loi étrangère (art. 27 alinéa 3 EGBGB)²³. En revanche, les dispositions du droit allemand des conditions générales n'étant pas impératives au sens du droit international privé²⁴, elles n'ont pas vocation à s'appliquer aux ventes internationales de marchandises à condition que celles-ci soient soumises à une loi étrangère.

²² V. les motifs du législateur, in *Deutscher Bundestag, Drucksache 14/6040*, p. 159 et s.

²³ Sur la possibilité de choisir une loi étrangère à un contrat interne, V. C. WITZ, « L'internationalité et le contrat », *Revue Lamy Droit des affaires*, supplément du n° 46, février 2002, p. 59 et s.

²⁴ Au sens de l'art. 34 EGBGB qui s'inspire de l'art. 7 de la Convention de Rome du 19 juin 1980.

Dans la pratique du commerce international, une conception alternative pourrait consister en un choix opéré par les parties combinant la Convention de Vienne, pour les règles matérielles de vente, avec le droit suisse non unifié, subsidiairement applicable aux questions non couvertes par la CVIM. Cette conception qui s'avérerait également intéressante en matière de ventes franco-allemandes, tant dans l'hypothèse de l'exportation que de l'importation de marchandises, apporte une double série d'avantages liés à la fois à la Convention de Vienne et au droit suisse.

1. *Convention de Vienne du 11 avril 1980*

Entrée en vigueur en France le 1^{er} janvier 1988 et — trois ans plus tard — en Allemagne le 1^{er} janvier 1991, la Convention de Vienne constitue un corps unifié de règles matérielles de vente qui sont directement applicables dans plus de 60 pays de par le monde. Grâce au système dit du « *opting out* », cette convention s'applique aux ventes internationales de marchandises conclues entre professionnels établis dans deux États contractants à moins qu'elle n'ait été écartée par les parties. Selon une particularité importante, les règles énoncées par la Convention de Vienne sont d'une extrême souplesse, ce qui renforce la liberté contractuelle des parties lors de la rédaction des contrats internationaux ou des conditions générales d'exportation ou d'importation. En effet, les parties disposent d'une très grande marge de manœuvre quand il s'agit de compléter, modifier ou déroger, partiellement ou totalement, aux dispositions légales qui, pour leur quasi-totalité, sont loin de revêtir un caractère impératif.

2. *Droit suisse subsidiairement applicable*

Se situant historiquement à la croisée des systèmes juridiques romaniste et germaniste et étant codifié en trois langues européennes nationales, le droit suisse peut sans doute prétendre à un grand degré d'acceptance de la part de cocontractants étrangers. De plus, le droit suisse a l'avantage de ne pas connaître, en l'état actuel, de dispositions spécifiques aux clauses abusives, ce qui permet d'échapper au problème épineux posé par la validité des conditions générales qui ne relève pas du domaine de la Convention de Vienne (art. 4 CVIM). Par conséquent, le niveau du contrôle des conditions générales semble être relativement bas, notamment par rapport au droit allemand. Il n'existe en effet que trois dispositions dont les stipulants sont obligés de tenir compte²⁵.

La première est issue de la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale qui interdit, dans son article 8, aux cocontractants d'utiliser des conditions générales préalablement formulées qui « sont de nature à provoquer une erreur au détriment d'une partie contractante et qui dérogent notablement au régime légal applicable directement ou par

²⁵ V. I. SCHWENZER, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 2000, p. 277 et s.

analogie ou prévoient une répartition des droits et des obligations s'écartant notablement de celle qui découle de la nature du contrat ». Or, tant que les conditions générales sont formulées avec la précision nécessaire afin d'éviter toute erreur chez le cocontractant, le stipulant n'agit pas de façon déloyale.

Les deux autres dispositions sont des clauses générales du Code des obligations (CO) qui s'appliquent non seulement aux conditions générales préalablement formulées mais aussi à toute convention contractuelle ayant pour effet de déroger à la règle légale. Aux termes de l'article 19 alinéa 2 CO, « la loi n'exclut les conventions des parties que lorsqu'elle édicte une règle de droit strict, ou lorsqu'une dérogation à son texte serait contraire aux mœurs, à l'ordre public ou aux droits attachés à la personnalité ». Observons toutefois que l'étendue de cette disposition de droit suisse est forcément limitée à la détermination abstraite du niveau de contrôle. En revanche, les critères de celui-ci, à savoir le caractère impératif (« strict ») de la règle légale dérogée ainsi que les notions de « bonnes mœurs » ou « ordre public » doivent, bien évidemment, être interprétés à la lumière de la Convention de Vienne. La troisième disposition énonce un principe universel selon lequel « est nulle toute stipulation tendant à libérer d'avance le débiteur de la responsabilité qu'il encourrait en cas de dol ou de faute grave » (art. 100 alinéa 1^{er} Code des obligations).

Quelle est la durée de prescription prévue par le droit suisse en matière de vente de marchandises ? A première vue, c'est l'article 210 du Code des obligations qui a vocation à s'appliquer. Selon cette disposition de droit suisse, « toute action en garantie pour les défauts de la chose se prescrit par un an dès la livraison faite à l'acheteur, même si ce dernier n'a découvert les défauts que plus tard ; [...] ». Si l'on appliquait littéralement cette disposition du droit suisse aux ventes internationales de marchandises régies par la Convention de Vienne, la disposition de l'article 39 alinéa 2 CVIM, faisant obstacle à toute dénonciation d'une non-conformité déclarée plus de deux ans après réception de la chose, resterait lettre morte. En effet, à l'inverse du droit allemand, le législateur helvétique n'a pas pris soin d'adapter le droit commun suisse de la prescription à la conception de la Convention de Vienne. C'est pourquoi certains auteurs, ayant constaté avec pertinence l'inconciliabilité de l'article 210 du Code des obligations avec l'article 39 alinéa 2 CVIM, réclament l'application de la prescription générale de l'article 127 du Code des obligations qui est de dix ans²⁶. Étant donné une telle insécurité juridique, les rédacteurs de conditions d'exportation ou d'importation qui adoptent cette conception

²⁶ V. C. WITZ, obs. sous Cour de justice de Genève du 10 oct. 1997, *D.* 1998, Somm. p. 316. Cette solution n'est pourtant pas celle de la Cour de Genève qui s'est bornée à appliquer l'art. 210 Code des obligations tout en portant le délai légal (un an) à deux ans. Telle est désormais la solution prévue par le législateur allemand après la réforme. Sur les critiques à cet égard, V. C. WITZ, « Les nouveaux délais de prescription du droit allemand applicables aux ventes internationales de marchandises régies par la Convention de Vienne », *D.* 2002, Chr. p. 2860 et s.

ont grand intérêt à prévoir, par une disposition expresse, le régime de prescription qui doit s'appliquer. Dans cette hypothèse, il nous semble être parfaitement légitime de prévoir une stipulation prévoyant un délai d'un an — en s'inspirant, pourquoi pas, de la règle légale de l'article 210 du Code des obligations — dès lors que le droit suisse admet, en principe, les modifications contractuelles de la prescription légale²⁷.

²⁷ Seule limite prévue, le raccourcissement du délai légal ne doit pas être de nature à faire effectivement échec à toute possibilité de faire valoir ses droits vis-à-vis du cocontractant. V. I. SCHWENZER, *op. cit.*, p. 435.