
L'article 3 de la Convention de Vienne et les contrats complexes dans le domaine de l'informatique : une lecture de la jurisprudence pertinente

Thomas Bevilacqua*

La *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises* a pour but de réglementer objets et méthodes de vente. Son champ d'application est délimité par son chapitre premier et notamment l'article 3, qui précise la notion de contrat de vente au sens de la Convention en faisant allusion à la distinction entre «vente» et «service». Toutefois, à la lumière du marché actuel, il y a lieu de se demander comment se traduisent ces dispositions. Plus particulièrement, depuis l'émergence de l'informatique, des problèmes de classification se sont posés, parmi lesquels : où classer les contrats de fourniture de logiciels comportant un élément substantiel de prestation de services ?

L'auteur arrive à cette question plus pointue par l'étude de la mise en œuvre, par les juges et arbitres de diverses juridictions, des limites du champ d'application de la Convention. Il souligne pour ce faire les obstacles additionnels à l'éclaircissement de la situation, notamment la rareté de la jurisprudence existante sur le sujet et l'absence d'uniformité quant aux considérations à prendre en compte lors de l'analyse requise par l'article 3 de la Convention. Après un examen du rôle de cet article, des problématiques spécifiques aux contrats d'intégration de systèmes, ainsi qu'une étude des contrats de production d'un bien et du traitement que fait la jurisprudence des contrats mixtes, l'auteur conclut qu'il importe de rechercher l'objet essentiel de l'accord tel que voulu par les parties. Il prédit qu'un nombre croissant de jugements s'attarderont à cette question, puisque les contrats d'intégration de systèmes sont de plus en plus courants, et espère qu'un consensus international pourra un jour en résulter.

The purpose of the *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* is to regulate the objects and methods of sale. Its scope is delimited by its first chapter, in particular section 3, which clarifies the notion of a contract of sale within the meaning of the Convention by distinguishing between "sale" and "service". However, in light of the current market, one might wonder how these dispositions play out. More specifically, with the ever-growing presence of computers, certain classification problems have emerged: where should contracts for the sale of software that include a substantial element of service supply be classified?

The author reaches this question by analyzing the limits to the scope of the Convention, as implemented by judges and arbitrators from various jurisdictions. In doing so, he emphasizes the obstacles that remain before the situation can be settled, notably the scarcity of topical jurisprudence and the lack of uniformity in the issues to be considered in the analysis required by section 3 of the Convention. The author examines the role of this section and the problems that are specific to contracts of systems integration; he then conducts a study of the contracts for the production of goods and of the jurisprudential treatment afforded to mixed contracts. He predicts that an increasing number of judgments will focus on this issue, since systems integration contracts are becoming more and more common, and hopes that an international consensus will one day emerge.

* Avocat, Winston & Strawn (Paris, France) et aux barreaux de New York et du Texas. L'auteur tient à remercier les administrateurs des sites <www.cisg.law.pace.edu> et <www.unilex.info> et leurs collaborateurs, ainsi que les auteurs des recueils de jurisprudence édités par le Centre des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI). Sans ces ressources, cet article n'aurait pas été possible.

© Thomas Bevilacqua 2005

Mode de référence : (2005) 50 R.D. McGill 553

To be cited as: (2005) 50 McGill L.J. 553

Introduction	555
I. Cadre général de l'étude	557
A. <i>L'article 3 exclut de la Convention les contrats de services</i>	557
B. <i>L'intégration de systèmes et autres contrats similaires : un mélange de biens et services</i>	560
II. Difficultés d'application de l'article 3	562
A. <i>L'article 3(1) : l'hypothèse des objets spécifiques à produire</i>	562
1. Les règles générales résultant d'une application littérale du premier alinéa	562
a. <i>La non-pertinence des services relatifs à la fabrication du bien</i>	563
b. <i>La non-pertinence du caractère spécifique du bien</i>	566
2. Les exceptions jurisprudentielles aux règles générales	568
a. <i>Les services relatifs à la fabrication du bien jugés pertinents</i>	568
b. <i>Le caractère spécifique du bien jugé pertinent</i>	571
B. <i>L'article 3(2) : l'hypothèse des services</i>	573
1. L'analyse fondée sur le critère économique	574
2. L'analyse fondée sur l'essence du contrat : biens ou services ?	575
3. Le mélange des deux modes d'analyse	578
III. L'article 3 appliqué au domaine des contrats complexes de l'industrie de l'informatique	579
A. <i>Contrats portant sur la production de logiciels spécifiques</i>	580
1. Quelques décisions rejetant l'application de la CVIM	580
a. <i>Un bref aperçu de quatre décisions</i>	580
b. <i>L'intérêt de cette jurisprudence</i>	583
2. Une décision semblant approuver l'application de la CVIM	586
B. <i>Contrats complexes portant sur des ensembles informatiques : le contrat d'intégration de systèmes</i>	587
1. Un exemple rare de la jurisprudence	587
2. Quelques remarques et suggestions pour évaluer les contrats d'intégration de systèmes	589
Conclusion	592

Introduction

Cet article a pour objectif général d'examiner la mise en œuvre par les juges et arbitres des limites du champ d'application de la *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*¹, établies par son article 3, et pour objectif particulier d'étudier les applications de ces mêmes limites aux contrats conclus dans le milieu de l'informatique comportant un élément substantiel de prestation de services.

La *CVIM* n'indique pas quel traitement elle réserve aux ventes de logiciels (standards ou à élaborer) ni aux contrats de fourniture de logiciels assortie de matériel informatique ou de l'exécution de services connexes. Ceci n'est pas surprenant si nous considérons sa date d'élaboration et son niveau de généralité. En outre, la *CVIM* ne fournit pas de définition précise ni du terme «marchandises» ni de la notion de «vente». Or l'application ou non de la *CVIM* à ces types de contrats dépend, selon ses termes, de la possibilité de qualifier de «contrat de vente de marchandises» une telle opération vue dans son ensemble².

Au lieu de telles précisions, la *CVIM* se contente d'énumérer à l'article 2 certains biens et opérations auxquels elle ne s'applique pas. Cependant, cette liste ne sert pas réellement de guide quant au traitement d'opérations dans le domaine de l'informatique : elle exclut notamment les ventes de marchandises achetées pour un usage personnel, les ventes aux enchères et les ventes de valeurs mobilières, navires, électricité, etc.

Les deux éclaircissements majeurs que la Convention apporte au sujet de la vente de marchandises et qui nous intéresseront dans cette étude se trouvent à l'article 3. Le premier alinéa indique que «sont réputés ventes les contrats de fourniture de marchandises à fabriquer ou à produire», sauf dans le cas où l'acheteur fournirait au vendeur «une part essentielle des éléments matériels nécessaires à cette fabrication ou production». Le second alinéa énonce que la Convention «ne s'applique pas aux contrats dans lesquels la part prépondérante de l'obligation de la partie qui fournit les marchandises consiste en une fourniture de main-d'œuvre ou d'autres services»³.

La question du traitement des logiciels n'a pas été étudiée au moment des travaux préparatoires de la Convention mais elle n'a pas tardé à se poser une fois celle-ci achevée, alors que l'informatique était en plein essor. Elle reste aujourd'hui un sujet de débat. Même si une grande majorité des experts qui ont étudié la question sont prêts à inclure les fournitures de logiciels standards (communément appelés «progiciels», et comprenant par exemple les CD-ROM que l'on peut acheter par

¹ 11 avril 1980, 1489 R.T.N.U. [*CVIM*].

² *Ibid.*, art. 1.

³ *Ibid.*, art. 3(1) et (2).

milliers d'exemplaires dans les magasins⁴) dans la catégorie de «vente de marchandises», comme ils le font aisément pour les disques ou les livres, beaucoup d'entre eux ont bien du mal à justifier une extension du sens de la vente en faveur des logiciels spécifiques (c'est-à-dire mis au point sur commande pour répondre aux besoins individuels d'un seul client). Le raisonnement avancé est en général le suivant : la prestation de services qu'implique la création d'un logiciel spécifique est d'une telle importance que l'on ne peut légitimement garder la qualification de vente et, en même temps, s'en tenir aux termes de l'article 3(2) de la Convention.

Telles sont les données du problème en matière de vente d'un logiciel spécifique. Les choses se compliquent davantage lorsqu'on considère les opérations d'intégration de systèmes et autres contrats informatiques complexes. De quoi s'agit-il ? L'intégration de systèmes a été définie comme étant l'«activité d'une société ou d'un professionnel qui réalise des systèmes informatiques, la plupart du temps des systèmes clés en main complexes, développés sur demande pour un client à partir de produits (matériel et logiciel) de marques diverses et vendus sous le nom de la propre marque de la société ou du professionnel en question»⁵. Les contrats d'intégration de systèmes impliquent très souvent un travail considérable d'élaboration de logiciels spécifiques pour compléter les logiciels standards retenus dans la solution informatique. À la place d'une création de programmes, ou en combinaison avec elle, ces contrats comprennent souvent un travail de paramétrage de logiciels existants afin de les adapter aux besoins particuliers du client. Enfin, pour faciliter l'exploitation du nouveau système élaboré «sur mesure», ces contrats prévoient habituellement des services d'accompagnement à l'exploitation, tels que des séances de formation personnalisée pour nouveaux utilisateurs et de la maintenance (aide téléphonique, gratuité des mises à jour, etc.).

Puisque les contrats portant sur des solutions informatiques complexes comprennent en général, de par leur nature, des services nombreux et divers — et parmi eux, certains qui sont distincts de la création ou l'adaptation de logiciels —, l'analyse qui doit être effectuée en vertu de l'article 3 de la Convention pour résoudre la question de son applicabilité ou non à ces contrats mixtes de biens et services est loin d'être simple.

⁴ Jérôme Huet définit la fourniture du logiciel standard comme étant

le contrat par lequel un professionnel de l'informatique, constructeur, société de services, ou distributeur, remet à un client un exemplaire d'un programme d'ordinateur conçu pour effectuer en l'état — ou moyennant quelques paramétrages ou adaptations destinées à en faciliter l'insertion dans un système existant — des tâches de traitement d'information définies à l'avance, dans des conditions pouvant satisfaire les besoins d'une catégorie d'utilisateurs déterminée, souvent assez large (Jérôme Huet, «De la "vente" de logiciel» dans *Mélanges Catala*, Litec, 2001, 799 à la p. 800).

⁵ Voir le *Grand dictionnaire terminologique*, s.v. «intégration de systèmes», en ligne : Grand dictionnaire terminologique <www.granddictionnaire.com>.

Deux facteurs additionnels compliquent encore cet exercice : d'une part, la rareté de la jurisprudence relative non seulement aux contrats informatiques complexes mais également à la seule question de la fourniture de logiciels et, d'autre part, l'absence d'uniformité sur les considérations à prendre en compte en exécutant l'analyse requise par l'article 3 (et, plus généralement, sur la manière dont cette analyse doit être entreprise pour distinguer les contrats de vente des contrats de service).

Dans l'analyse qui va suivre, nous présenterons un certain nombre de décisions de justice et sentences arbitrales concernant la mise en œuvre de l'article 3. Ces litiges sont intervenus, pour la plupart, dans des domaines étrangers à l'informatique. Notre ambition première est d'isoler un fil directeur cohérent qui puisse guider l'analyse de l'article 3 pour les contrats informatiques. Notre constat à l'issue de cette étude est sévère : il règne une situation d'extrême confusion quant à l'application de cet article, autant sur le plan général que pour le domaine particulier de l'informatique.

Il conviendra donc de définir la question, tout d'abord en examinant le rôle de l'article 3 (partie I.A) et ensuite en énumérant les éléments rencontrés dans les contrats d'intégration de systèmes, ce qui fera apparaître clairement les problèmes spécifiques que ces contrats soulèvent pour l'application de l'article 3 (partie I.B).

À la lumière de ces premiers développements, nous considérerons les divergences de position dans la jurisprudence concernant les éléments devant être pris en compte, en examinant les contrats pour la production d'un bien. Plus particulièrement, les services nécessaires pour produire le bien vendu et la spécificité de l'objet sont-ils des éléments pertinents aux termes de l'article 3 (partie II.A) ? Il s'agira ensuite de présenter les différentes manières retenues par la jurisprudence pour effectuer la démarcation requise par l'article 3(2) pour les contrats mixtes de biens et services, afin de décider ou non de l'application de la Convention (partie II.B).

Cette étude s'achèvera par une analyse de l'application de tous ces principes, d'abord aux contrats portant uniquement sur la fourniture d'un logiciel spécifique (partie III.A) et ensuite aux contrats complexes tels que le contrat d'intégration de systèmes (partie III.B).

I. Cadre général de l'étude

Après un résumé général du rôle de l'article 3 de la Convention (partie I.A), nous dresserons l'inventaire des éléments (biens et services) les plus fréquents pour les contrats d'intégration de systèmes (partie I.B). Cette liste confirmera la nécessité de se référer à l'article 3 pour chaque contrat de ce type afin de déterminer s'il s'inscrit dans le domaine d'application de la Convention, faisant apparaître la grande difficulté dans cette mise en œuvre.

A. L'article 3 exclut de la Convention les contrats de services

La notion clé de la Convention — la «vente de marchandise» — a été laissée sans définition, comme l'explique Dominique Hascher :

[L]a Convention ne définit nulle part cette opération qui pourtant fixe son domaine d'application matériel, ses rédacteurs ayant renoncé à rechercher une définition commune de nature à recueillir l'adhésion de tous. Dès lors, il convient de s'en remettre aux dispositions de la Convention dont il faut souligner qu'elles sont d'ailleurs généralement caractéristiques de la vente dans tous les systèmes juridiques. Ainsi, l'article 30 énonce que «le vendeur s'oblige à livrer les marchandises [et] à en transférer la propriété», l'article 53 dispose que «l'acheteur s'oblige à payer le prix et à prendre livraison des marchandises»⁶.

Or si l'on peut constater qu'une notion «classique» de la vente a été retenue dans la Convention⁷, il est évident que le contrat de vente traditionnel est de moins en moins courant de nos jours⁸. À ce propos, dans un numéro spécial consacré à la *CVIM*, Philippe Kahn observe très justement que

jusque vers les années 50, l'essentiel du commerce international reposait sur les produits de base et sur les produits finis d'origine industrielle, des produits fongibles en quelque sorte. À partir des années 50 allait s'ajouter le commerce des biens d'équipement — et un commerce de biens d'équipement de plus en plus complexe allant de la simple machine aux grands ensembles industriels en passant par l'équipement d'ateliers ou d'usines⁹.

Depuis, l'importance de contrats clés en main a fortement augmenté. Aujourd'hui,

la pratique se caractérise par l'utilisation de contrats plus complexes, qui entourent la fourniture de marchandises de prestations supplémentaires prenant les formes les plus diverses : installation ou montage de biens d'équipement, formation du personnel qui devra entretenir le matériel, assistance à la mise en route, travaux de recherche ou d'ingénierie préalables à la fabrication, contrat «clés en main», contribution matérielle ou intellectuelle de l'acheteur à la fabrication des marchandises, obligation de respecter une exclusivité, etc.¹⁰.

Quel procédé doit-on utiliser pour déterminer si ces contrats, qui mélangent biens et services, doivent être régis par la Convention ? Ce type de situations est prévu par

⁶ Dominique Hascher, note sous Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, affaire n^o 7153 (1992), (1992) 119 J.D.I. 1006 à la p. 1008. Voir Nadine Watté et Arnaud Nuyts, «Le champ d'application de la Convention de Vienne sur la vente internationale : la théorie à l'épreuve de la pratique» (2003) 130 J.D.I. 365 à la p. 370.

⁷ Voir Peter Winship, «The Scope of the Vienna Convention on International Sales Contracts» dans Nina M. Galston et Hans Smit, dir., *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, New York, Matthew Bender, 1984, 1-1 aux pp. 1-1, 1-22. Voir aussi art. 1582(1) C.c.F. et art. 1708(1) C.c.Q.

⁸ Voir Karen B. Giannuzzi, «The Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Temporarily Out of "Service"» (1997) 28 *Law & Pol'y Int'l Bus.* 991 aux pp. 999-1002.

⁹ Philippe Kahn, «Introduction générale : qu'est-ce que la vente ?» [2001] R.D.A.I. 241 à la p. 247 [Kahn, «Qu'est-ce que la vente ?»].

¹⁰ Watté et Nuyts, *supra* note 6 à la p. 370.

l'article 3(2) de la *CVIM*. Le professeur français Vincent Heuzé décrit l'étendue de l'exclusion posée par l'article 3(2) :

Quant au second paragraphe [de l'article 3], il semble principalement viser des contrats complexes mettant à la charge de l'une des parties à la fois l'obligation de fournir une chose, déjà existante ou à fabriquer, et celle d'accomplir un certain travail pour l'autre partie : montage du matériel livré, transmission d'un savoir-faire pour la mise à la disposition de l'acheteur d'un certain nombre d'ingénieurs, ou par l'organisation de stages de formation des techniciens de l'acquéreur, etc. Pour savoir si ces contrats complexes entrent ou non dans le domaine de la convention, il faut déterminer ce qui, de la chose livrée ou de la prestation de services fournis, constitue l'obligation «prépondérante» du vendeur¹¹.

Neumayer et Ming expliquent la vocation de ce deuxième alinéa d'une manière similaire :

Dans le cas par exemple de la vente d'une machine avec l'assistance de techniciens pour sa mise en marche et pour la formation du personnel, la Convention est applicable ; si, inversement, c'est le travail des techniciens ou leur prestation intellectuelle qui sont essentiels au bon fonctionnement de l'objet vendu et que la valeur de leurs services est prépondérante par rapport à celle de la machine, la *CVIM* ne régit pas cette transaction¹².

L'analyse dont il est question au deuxième alinéa de l'article 3 doit permettre de qualifier un contrat soit de contrat où l'acheteur vise à obtenir la transmission d'un bien, soit de contrat pour la réalisation de services. Parce que toute transaction est unique, chaque application de l'article 3(2) doit tenir compte des spécificités de la situation.

Le premier alinéa de cet article prévoit que les contrats de fourniture de marchandises à fabriquer dans lesquels l'acheteur fournit au vendeur «une part essentielle des éléments matériels» nécessaires à la production de l'objet vendu ne sont pas des contrats de vente de marchandises. En énonçant cela, l'alinéa premier remplit la même mission que le deuxième, à savoir exclure du domaine d'application

¹¹ Vincent Heuzé, *Traité des contrats : la vente internationale de marchandises*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2000 à la p. 36. Voir aussi *ibid.* à la p. 7 ; *Juris-classeur de droit international commercial*, vol. 7, fasc. 565-A-5, par Philippe Kahn, au n° 25 [Kahn, «Vente commerciale internationale»].

¹² Karl H. Neumayer et Catherine Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises : commentaire*, Lausanne, CEDIDAC, 1993 à la p. 63. Kahn précise que

[d]ans le contrat produit-en-main où le vendeur reste dans l'entreprise jusqu'à ce que l'acheteur arrive à la faire fonctionner avec son personnel et ses utilités, on n'est plus dans le cadre d'un contrat de vente mais celui d'un contrat de services complété accessoirement par des fournitures d'équipements. [...] Le contrat est un contrat de transfert de technologie. [...] On n'est plus, semble-t-il, dans le cadre du contrat de vente, mais bien dans celui visé par la Convention de Vienne dans son article 3(2) [...]. (Kahn, «Qu'est-ce que la vente ?», *supra* note 9 aux pp. 248-49).

de la Convention tout contrat qui est fondamentalement un contrat de prestation de services¹³.

Malheureusement, l'unanimité de la doctrine sur l'objectif des deux exclusions posées par l'article 3 ne s'est pas traduite par une uniformité d'approche au moment de leur application dans la jurisprudence.

B. L'intégration de systèmes et autres contrats similaires : un mélange de biens et services

Dans l'introduction, nous avons, de manière schématique, évoqué les éléments de base de la technique de l'intégration de systèmes. Les solutions informatiques proposées aujourd'hui, en raison de leur diversité, ont une utilité presque universelle pour toute entreprise ayant intégré les nouvelles technologies dans la conduite de ses affaires. En effet, toutes les sociétés n'ayant pas la capacité de concevoir, développer, fabriquer et mettre en œuvre une solution informatique complexe, il n'est nullement surprenant de constater le développement de ce type de contrat. Une solution se compose d'une série de prestations expertes pour lesquelles quasiment toute entreprise (sauf peut-être les plus importantes) se trouve contrainte de faire appel à des spécialistes. Ces spécialistes, appelés également «intégrateurs», voire «architectes», sont le plus souvent des sociétés de services et d'ingénierie informatique qui offrent à leurs clients des systèmes (ou «solutions») informatiques en général clés en main leur permettant de mener avec efficacité leurs affaires.

Pour compléter cette première vue d'ensemble sur la nature d'un projet d'intégration de systèmes, il paraît utile de dresser une liste des éléments et étapes le plus souvent rencontrés dans les contrats d'intégration de systèmes (bien évidemment, les situations varient) :

- l'étude détaillée par l'intégrateur des modes de fonctionnement, processus, activités et démarches habituellement accomplis par le client dans la poursuite de son activité (cela nécessitera d'établir la liste des documents et formulaires utilisés pour cette activité) ;
- la définition des capacités et des usages que le nouveau système devra assurer (phase de définition des critères, issue d'une consultation étroite entre le client et l'intégrateur)¹⁴ ;

¹³ En fournissant une part essentielle des éléments matériels nécessaires à la fabrication, l'acheteur convertit le contrat en contrat de services car ce qu'il achète, principalement, est le labeur. Voir Arthur Fakes, «The Application of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods to Computer, Software, and Database Transactions» (1990) 43:4 Software L.J. 559 à la p. 578 ; voir aussi Giannuzzi, *supra* note 8 aux pp. 1024-25.

¹⁴ Nous ne saurions suffisamment insister sur l'importance de ces deux premières étapes du processus, car c'est au cours de celles-ci que sont définies les procédures particulières que le système à venir devra pouvoir assurer (ainsi que la durée et le coût du projet). Ces phases ne peuvent en

- la conception et la réalisation par l'intégrateur d'une solution informatique globale (en général taillée sur mesure pour répondre aux besoins propres du client). Cette solution peut consister en une combinaison de logiciels standards, choisis après consultation avec le client, de logiciels adaptés et de logiciels purement spécifiques (individualisés) ;
- la sélection et la fourniture du matériel informatique et des logiciels nécessaires à l'exploitation du nouveau système (ainsi que leur installation et leur mise en réseau) ;
- la délivrance de toute licence nécessaire à l'utilisation des logiciels ;
- la formation du personnel du client pour l'utilisation du nouveau système ;
- la rédaction de notices d'emploi spécifiques à la solution, dans la langue locale ;
- la détection et la correction d'éventuels bogues informatiques et autres erreurs (et l'harmonisation de la nouvelle solution avec les systèmes et processus déjà existants et non remplacés) ;
- un service éventuel de mise à jour des logiciels ;
- un service de support technique et d'assistance aux utilisateurs pendant un certain délai suivant le déploiement de la solution ; et
- une obligation de répondre à des demandes formulées en vertu d'une éventuelle garantie commerciale.

Parmi tous ces éléments, il en est certains pour lesquels une vente, si elle se faisait de façon isolée (c'est-à-dire en dehors du contexte d'une opération plus large, comme un contrat d'intégration de systèmes), serait sans doute traitée comme une vente de marchandises régie par la *CVIM*. C'est le cas pour le matériel informatique et les logiciels standards.

En ce qui concerne les obligations de services, on note par exemple que le paramétrage et la programmation relatifs à l'adaptation ou à la création de logiciels sont des services qui contribuent à la production des biens fournis (c'est-à-dire les logiciels dans leur état final). D'autres services sur la liste sont «séparables» des biens transmis et sont donc auxiliaires. Il s'agit en particulier des services indépendants, notamment la formation du personnel et les services «après-vente».

Enfin, il est moins simple de trouver une qualification appropriée pour les services accomplis au cours des phases d'étude de l'activité de l'acheteur et de définition de ses besoins. Ces services contribuent à la fabrication de biens transférés, mais plus indirectement que la programmation, par exemple. Ils sont parfois distincts

général être accomplies à distance ; il est impératif que les intégrateurs aient une présence physique, ne serait-ce que temporaire, dans les locaux où la solution sera déployée, afin de bien définir les exigences du client.

qualitativement des services de spécification des besoins que l'on rencontre habituellement dans le cadre d'autres types de contrats qui portent sur la vente de biens à produire (surtout les contrats pour la production d'une pièce d'équipement ou d'une installation industrielle). Les services d'étude et de définition des exigences que l'on rencontre dans les contrats d'intégration de systèmes impliquent en effet un réel travail «intellectuel» de la part du prestataire ; celui-ci doit véritablement comprendre la société acheteuse et ses besoins. Il ne s'agit pas simplement de recueillir des instructions précises de la part de l'acheteur, comme cela peut être le cas pour le contrat de vente d'une machine spécialisée, mais plutôt de guider le client vers une meilleure compréhension de ses propres procédés et donc vers la solution la plus appropriée (voire, dans certaines situations, d'imposer ce choix).

C'est ce mélange, dans un seul et même contrat, de biens, de services de production (directs et indirects) et de services auxiliaires qui rend complexe l'analyse de l'article 3 de la *CVIM*.

II. Difficultés d'application de l'article 3

Cette partie de l'étude nous oriente maintenant vers un nombre de divergences relevées dans l'application jurisprudentielle des exclusions du champ d'application de la *CVIM* prévues par les deux alinéas de l'article 3. La jurisprudence relative à ces dispositions de la Convention étant relativement restreinte, tous domaines confondus, nous ne nous limiterons pas, pour l'instant, aux seules affaires relevant de l'informatique. Les décisions prononcées dans les autres domaines ne sont pas sans conséquence pour l'informatique, et nous signalerons au cours de cette deuxième partie de l'étude les points ayant un intérêt particulier pour notre domaine. En outre, il apparaîtra clairement que les positions divergentes adoptées par les tribunaux concernés auront pour conséquence de rendre encore plus difficile la recherche d'une méthode homogène et harmonieuse pour résoudre la question de l'applicabilité ou non de la Convention aux contrats informatiques.

A. L'article 3(1) : l'hypothèse des objets spécifiques à produire

Nous commencerons par examiner les décisions jurisprudentielles dans des affaires dans lesquelles le contrat litigieux prévoyait la production, par le vendeur, de l'objet de la vente.

1. Les règles générales résultant d'une application littérale du premier alinéa

Nous dégagerons d'abord les prises de position jurisprudentielle majoritaires concernant deux éléments qui, si jugés pertinents à l'analyse pour ce type de contrat, peuvent jouer un rôle déterminant pour la détermination du cadre légal : il s'agit des services de fabrication et de la spécificité du bien.

a. *La non-pertinence des services relatifs à la fabrication du bien*

Sachant que l'article 3(2) vise à exclure du champ d'application de la Convention tout contrat où «la part prépondérante de l'obligation de la partie qui fournit les marchandises consiste en une fourniture de main-d'œuvre ou d'autres services», il convient de se demander quels sont les services à prendre en compte en procédant à l'analyse.

Ainsi, les services nécessaires à la fabrication d'un bien font-ils partie de l'analyse ? La réponse semble résider à l'article 3(1), où il est énoncé comme principe général que «[s]ont réputés ventes les contrats de fourniture de marchandises à fabriquer ou à produire, à moins que la partie qui commande celles-ci n'ait à fournir une part essentielle des éléments matériels nécessaires à cette fabrication ou production» [nos italiques]¹⁵. L'utilisation de l'infinitif dans cet alinéa semble indiquer qu'un travail de fabrication reste à faire. Les rédacteurs ont ainsi exercé un choix délibéré de classer de tels contrats dans la rubrique des contrats de vente.

Pour renforcer cette opinion, il est instructif de comparer les différences de rédaction entre le premier et le deuxième alinéa de l'article 3. En effet, alors que le premier alinéa parle d'éléments «nécessaires à cette fabrication ou production», le deuxième évoque simplement une fourniture «de main-d'œuvre ou d'autres services». Claude Witz écrit :

S'il s'était agi de prendre en compte la part que représente le travail nécessité par la fabrication [pour déterminer si les services forment la part prépondérante de l'obligation], le texte [du deuxième alinéa] aurait visé la fourniture de main-d'œuvre ou d'autres services «nécessaires à cette fabrication ou production», en utilisant la précision à laquelle il a eu recours à propos des éléments matériels¹⁶.

Plusieurs tribunaux ont rejoint cette position en affirmant que l'opération juridique par laquelle un fournisseur fournit un bien qu'il a lui-même fabriqué s'insère dans la notion de vente¹⁷. En d'autres termes, divers arrêts s'accordent pour

¹⁵ Pour une application assez élémentaire du premier alinéa de l'article 3, voir Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce et d'industrie, Budapest (Hongrie), 5 décembre 1995, en ligne : Pace Law School : CISG Database <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951205h1.html>>. Le tribunal arbitral conclut que la *CVIM* s'applique à un contrat entre un acheteur autrichien et un vendeur hongrois pour la vente de plusieurs conteneurs que ce dernier devait fabriquer. Chaque conteneur avait un coût de production se situant entre 12 000 et 20 000 schillings autrichiens et pour chaque conteneur, l'acheteur avait fourni des matériaux et accessoires nécessaires à sa fabrication d'une valeur moyenne d'environ 1 917 schillings. Le tribunal indiqua que cela ne pouvait être considéré comme une part essentielle des éléments matériels nécessaires à la fabrication et que l'opération restait une vente de marchandises soumise à la *CVIM*.

¹⁶ Claude Witz, note sous Cour d'appel, Paris (France), 14 juin 2001, *Société Aluminium & Light Industries Company c. SARL Saint-Bernard Miroiterie Vitrierie*, (2002) 129 J.D.I. 483 à la p. 490.

¹⁷ Voir par ex. Cour d'appel, Grenoble (France), 21 octobre 1999, *Société Calzados Magnanni c. SARL Shoes General International*, en ligne : UNILEX <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=>

refuser de prendre en considération, dans l'analyse requise par l'article 3(2), les services ayant contribué à la production de la chose vendue.

Examinons à présent la manière selon laquelle un tribunal allemand de première instance a formulé la question¹⁸. Les faits concernaient un contrat obligeant un vendeur à fabriquer sur mesure une pièce d'équipement industriel et ensuite à la charger, transporter, décharger, installer et l'assurer jusqu'à sa livraison finale. Le tribunal a résumé le sujet de son analyse en estimant que «[l]a Cour doit déterminer si les parties ont trouvé la part prépondérante de l'obligation du vendeur dans la livraison de la [pièce] (l'élément de vente) ou dans *les services qui accompagnaient la fourniture* (l'installation, etc.)» [nos italiques, notre traduction]¹⁹. Le tribunal n'a donc pas considéré comme pertinents à l'article 3(2) les services ayant contribué à la production de la pièce. Il convient de noter la conscience très aiguë de la cour sur l'importance de ces services ayant permis la production :

La Cour est bien consciente qu'il a fallu accomplir, en amont de la production et la livraison de [la pièce] (qui a été dimensionnée pour répondre aux besoins individuels de [l'acquéreur]), un important travail d'ingénierie ainsi que de conception et planification. Cependant, ces efforts d'ingénierie pertinents pour la valeur de la pièce ont contribué à la production et la livraison de celle-ci et ne changent pas en conséquence le fait que l'objet du contrat était la pièce [notre traduction]²⁰.

Toutefois, lorsque la fabrication du bien nécessite un travail très important et que la valeur de ce travail dépasse celle de l'objet physique qui en résulte, ce qui serait sûrement le cas d'un logiciel purement spécifique, on peut raisonnablement se demander si le principe de base énoncé par le premier alinéa de l'article 3 reste valable.

La position majoritaire s'exprime à travers des arrêts qui indiquent de façon très nette que même si la main-d'œuvre et le travail nécessaires à la fabrication de l'objet visé dans le marché ont une valeur supérieure à celle de l'objet même, cela n'exclut pas l'opération de la qualification de contrat de vente. Ainsi, la Cour d'appel de Paris conclut, au sujet de la Convention, qu'elle s'applique

1&do=case&id=415&step=fulltext> [*Société Calzados*]. Dans cet arrêt, la cour reconnaît que la *CVIM* régit un contrat qui avait pour objet la fabrication, puis la vente de plusieurs milliers de chaussures dont les éléments matériels essentiels nécessaires à la fabrication, avaient été fournis par le vendeur. Voir aussi Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, affaire n° 7660 (1994), 6:2 Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI 68 (la Cour juge que la *CVIM* s'applique à un contrat pour la réalisation, livraison et installation d'une machine servant à la fabrication de piles).

¹⁸ Tribunal de première instance (Landgericht), Mayence (Allemagne), 26 novembre 1998, en ligne : Pace Law School : CISG Database <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/981126g1.html>>.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*

au contrat [...] entre les sociétés A[lico] et S[aint] B[ernard] Miroiterie Vitrierie, qui n'est pas un contrat d'entreprise mais un contrat de vente, ne comportant pour la société S[aint] B[ernard] Miroiterie Vitrierie aucune obligation de fourniture de main d'œuvre ou d'autres services, fourniture dont le caractère prépondérant exclurait l'application de la Convention de Vienne, ainsi que le prévoit l'article 3 alinéa 2 de celle-ci ; que le travail nécessité par la fabrication de verres feuilletés décorés qui ont été commandés par A[lico], si sa part est prépondérante, par rapport à celle de la matière première utilisée, dans la valeur de la marchandise, ne saurait en effet être regardé comme une fourniture de main d'œuvre ou une prestation de services, au sens de la disposition précitée²¹.

Pourtant, et contrairement à ce qui précède, nous sommes d'avis qu'il existe des situations où le comportement des parties peut s'interpréter comme une volonté de placer l'élément de prestation de service au premier plan dans leur marché ou du moins de le mettre en valeur. Nous pensons, notamment, aux contrats où les parties ventilent explicitement le prix de l'opération, de sorte que soient précisés non seulement le prix global, mais également les tarifs correspondant aux services de production et aux matières de base servant à la production (ou éventuellement au prix de l'objet fini).

Prenons l'exemple d'un contrat de livraison d'un programme d'ordinateur destiné à faciliter l'exploitation d'une certaine activité commerciale pour un entrepreneur. Si le programme qui lui est livré a été mis au point par son co-contractant à partir d'un progiciel existant, il est possible que le contrat décompose le prix total en deux parties, l'une correspondant au prix du progiciel paramétrable en son état «vierge» et l'autre aux services de l'ingénieur informatique co-contractant (qui sera plus ou moins important suivant l'étendue des modifications à effectuer). Dans un tel contrat, on pourrait penser que toute analyse juridique qui refuserait de considérer comme pertinente, en vertu de l'article 3, la part du montant attribuable aux services de l'ingénieur constituerait une violation grave de la volonté des parties (si l'on estime que les parties n'ont pas simplement contracté pour un produit fini mais pour un produit standard *et* pour des services d'adaptation).

²¹ Voir Cour d'appel, Paris (France), 14 juin 2001, *Société Aluminium & Light Co-Alico Ltd. c. SARL Saint-Bernard Miroiterie Vitrierie*, en ligne : UNILEX <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=761&step=FullText>>. La Cour de cassation a par la suite confirmé la décision de la Cour d'appel, sans toutefois statuer sur la question de l'applicabilité de la *CVIM*, qui ne lui avait pas été soumise : Cass. com., 24 septembre 2003, en ligne : UNILEX <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=932&step=FullText>>. Voir aussi Tribunal commercial (Handelsgericht), Zurich (Suisse), 8 avril 1999, en ligne : Pace Law School : CISG Database <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990408s1.html>>, dans lequel le tribunal juge qu'il est sans incidence pour l'analyse que les matières premières nécessaires à la fabrication de l'objet aient une valeur inférieure à celle des coûts de l'ingénierie et des autres coûts liés au développement de l'objet, tous confondus.

b. La non-pertinence du caractère spécifique du bien

Une deuxième interrogation subsiste : lorsque le produit à fabriquer doit répondre à des critères très particuliers donnés par le client, convient-il de considérer que l'acheteur a fourni «une part essentielle des éléments matériels nécessaires à cette fabrication ou production» de sorte que la règle générale de l'article 3(1), ne s'applique pas (ayant été rendue inapplicable par sa propre exception) ? La position majoritaire semble exclure un tel raisonnement. Des exemples jurisprudentiels existent notamment dans les domaines de la confection et de l'ameublement²².

Les tribunaux ayant considéré la question ont eu tendance à interpréter de façon littérale l'expression «éléments *matériels*» [nos italiques]. Par conséquent, les seuls cas auxquels la Convention ne serait pas applicable suite à une «fourniture» par l'acheteur semblent être ceux où l'acheteur fournit un élément physique qui est incorporé au bien au cours de sa fabrication. Ainsi, une décision a pu exclure la Convention car l'acheteur a dû fournir au vendeur toutes les matières premières que celui-ci a ensuite utilisées pour la fabrication de brosses et balais²³. Il existe également des cas plus nuancés, comme celui du Tribunal de commerce de Zurich²⁴, dans lequel, en déterminant si un contrat pour le tirage de divers catalogues et livres tombait dans le domaine de la *CVIM*, le tribunal semble avoir assimilé dans son analyse en vertu du premier alinéa de l'article 3 les épreuves des livres aux éléments matériels²⁵.

²² Voir Cour d'appel (Oberlandesgericht), Francfort (Allemagne), 17 septembre 1991, en ligne : Pace Law School : CISG Database <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/910917g1.html>>. Dans cet arrêt, la cour juge que la *CVIM* s'applique à un contrat mettant à la charge du vendeur le devoir de confectionner des chaussures à partir de critères définis par l'acheteur. Dans un autre arrêt allemand, la cour applique la *CVIM* à un contrat qui obligeait un vendeur italien à fabriquer pour son client allemand des carreaux en marbre selon les spécifications fournies par le client : voir Tribunal de première instance (Landgericht), Kassel (Allemagne), 15 février 1996, en ligne : Pace Law School : CISG Database <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960215g1.html>>. Finalement, dans le cas d'un vendeur qui devait fournir une installation industrielle servant à la fabrication de fenêtres au sujet desquelles l'acheteur devait remettre des spécifications techniques ainsi que certains outils nécessaires à la conduite des essais sur l'installation, la cour n'a mentionné, en déterminant en vertu de l'article 3(1) si l'acheteur devait apporter une part essentielle des éléments matériels nécessaires à la fabrication de l'installation, que les outils, sans faire allusion aux spécifications techniques : voir Cour d'appel (Oberlandesgericht), Munich (Allemagne), 3 décembre 1999, en ligne : Pace Law School : CISG Database <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/991203g1.html>>.

²³ Cour suprême (Oberster Gerichtshof), Autriche, 27 octobre 1994, en ligne : Pace Law School : CISG Database <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/941027a3.html>>.

²⁴ Tribunal commercial (Handelsgericht), Zurich (Suisse), 10 février 1999, en ligne : Pace Law School : CISG Database <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/941027a3.html>>.

²⁵ Dans deux sentences arbitrales, les arbitres ont apparemment choisi de ne pas assimiler les films d'impression aux éléments matériels. Voir Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, affaire n° 8855 (1997), (2000) 127 J.D.I. 1070 : il était ici question d'un contrat portant sur l'impression par le vendeur de livres à partir de films d'impression transmis par l'acheteur ; le tribunal arbitral a conclu que «[l]e fait qu'en vue de leur fabrication, la défenderesse ait dû mettre à la disposition de la demanderesse des films d'impression ne tombe pas sous le coup de l'exception prévue à la deuxième partie du paragraphe 1 de l'article 3 de la Convention. [...] La

Ainsi, il ne manque pas de décisions dans lesquelles, de façon générale, les plans, dessins et autres détails, même si incorporés dans un écrit, ne sont pas considérés comme constituant des éléments matériels. Par ailleurs, ce raisonnement est appuyé par une autre disposition de la Convention qui règlemente les circonstances où le vendeur se conforme aux «plans techniques, dessins, formules ou autres spécifications analogues fournis par l'acheteur»²⁶.

En conclusion, une grande partie de la jurisprudence estime qu'il n'est pas pertinent pour l'analyse que l'objet à produire, sujet au contrat, soit spécifique. Le fait que cet objet ne soit pas fongible et qu'il réponde à des critères déterminés par l'acheteur et transmis par lui au vendeur, n'a pas, selon ces décisions, de pertinence²⁷.

Nous sommes d'accord avec cette interprétation. Cependant, nous estimons tout de même que la transmission par l'acheteur au vendeur d'informations de ce genre peut avoir une incidence sur la qualification même du contrat, c'est-à-dire que l'on doit au moins se réserver la possibilité qu'existent des situations où ces instructions particulières puissent être considérées comme étant d'une telle importance pour l'acheteur que l'essentiel du contrat ne porte pas sur la simple livraison d'un bien :

Ces instructions pourront en effet, dans certaines circonstances, démontrer que les prestations *du fabricant* portent de manière prépondérante non sur la fourniture de marchandises, mais sur la fourniture de main-d'œuvre, à savoir la confection d'un objet selon les directives du client. Il ne s'agit plus alors de

distinction mentionnée à l'article 3, paragraphe 1 de la Convention est fondée sur l'origine des matériaux de fabrication et non sur la nature particulière du procédé de fabrication ou de ses conditions» (*ibid.* à la p. 1070). Voir aussi Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, affaire n° 9083 (1999), 11:2 Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI 79 : le contrat portait sur l'impression de livres à partir de films d'impression fournis par l'acheteur ; le tribunal n'a pas considéré les films d'impression comme élément matériel dans son analyse car «[l]a commande d'impression, objet du litige, à l'occasion de laquelle la demanderesse a produit, *en employant des moyens fournis par elle* et sur ordre de la défenderesse, des marchandises en masse (à savoir des livres) en série, doit être qualifiée de contrat de vente [...] . Il n'est pas nécessaire d'établir si la part des éléments matériels ou celle de la main d'œuvre est prépondérante» [nos italiques] (*ibid.* à la p 80).

²⁶ *CVIM*, *supra* note 1, art. 42(2). En particulier, cet article énonce que le vendeur n'est pas tenu à l'obligation de livrer les marchandises «libres de tout droit ou prétention d'un tiers fondé sur la propriété industrielle ou autre propriété intellectuelle» lorsque ce droit ou prétention «résulte de ce que le vendeur s'est conformé» aux plans fournis par l'acheteur (*ibid.*). Voir Jean-Jacques Arnaldez, note sous Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, affaire n° 8855 (1997), *supra* note 25 à la p. 1072.

²⁷ Voir Tribunal de première instance (Landgericht), Munich (Allemagne), 16 novembre 2000, en ligne : Pace Law School : CISG Database <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/001116g1.html>>, où, s'agissant d'équipements fabriqués en dimensions spécifiques pour une pizzeria, le tribunal a affirmé que «[l]'article 3 de la CVIM ne crée pas de distinction entre les marchandises fongibles et non-fongibles, mais seulement entre la vente de marchandises — laquelle entre dans le champ d'application de la Convention — et les cas où la fourniture de marchandises est d'une importance moindre vis-à-vis de la prestation de main-d'œuvre ou d'autres services» [notre traduction].

faire application de l'exclusion prévue à l'alinéa 1^{er} de l'article 3, mais bien de celle visée à son alinéa 2 [italiques dans l'original]²⁸.

Comme nous l'avons indiqué plus haut, la stipulation expresse dans le contrat d'un prix pour la marchandise et d'un autre prix, plus élevé, pour le (ou les) service(s), et non uniquement d'un prix global pour l'opération, serait un indice tendant à démontrer que les parties contractaient principalement pour des services plutôt que pour des biens.

Notre attention va maintenant se porter sur quelques décisions qui, en rejetant les préceptes selon lesquels les services de fabrication et le caractère spécifique de l'objet à fournir seraient sans importance pour l'application de l'article 3, ouvrent la voie à une approche qui met en valeur les intentions éventuelles des parties de faire de l'obtention d'un service l'élément clé de leur marché.

2. Les exceptions jurisprudentielles aux règles générales

Les exemples de jurisprudence rapportés précédemment semblent arriver à des résultats juridiquement justifiables, dans la mesure où ils s'en tiennent à une lecture stricte et littérale de l'article 3. En effet, le premier alinéa semble ordonner que les ventes de biens à produire ne doivent pas, a priori, être traitées différemment des ventes de produits de série existants. En outre, rien dans l'article 3 ne requiert expressément que la spécificité de la marchandise soit prise en considération.

La jurisprudence examinée ci-dessus représente une position majoritaire. Pourtant, cette position majoritaire coexiste avec différentes décisions contradictoires au travers desquelles d'autres tribunaux ont jugé, implicitement ou explicitement, que les services de fabrication ainsi que la spécificité de l'objet à produire peuvent être pertinents à l'application de l'article 3.

Étant donné que certains raisonnements adoptés par ces décisions minoritaires apparaissent susceptibles d'influencer un tribunal devant lequel est porté un litige relevant du domaine de l'informatique, il sera utile de les examiner.

a. Les services relatifs à la fabrication du bien jugés pertinents

Tournons-nous à présent vers les services servant à la fabrication d'un bien. Un nombre non négligeable de tribunaux a estimé, souvent implicitement, que les services de fabrication de l'objet vendu peuvent, selon l'article 3, être associés aux services qui sont indépendants de la fabrication. Il s'agissait, dans chaque cas, de la production d'un objet spécifique. Toutes ces décisions ont accordé une grande importance à l'objectif du contrat et à l'intérêt que portaient, pour les parties, les services qui seraient accomplis pour son exécution.

²⁸ Voir Watté et Nuyts, *supra* note 6 à la p. 380.

Nous mentionnons ici quelques exemples de cette jurisprudence dissidente. Ces décisions sont importantes car il est fréquent que pour les contrats d'intégration de systèmes, les services impliqués soient majoritairement des services de programmation et de paramétrage et non pas des services «après-vente» ou d'autres services auxiliaires. En d'autres termes, dans certains de ces contrats, ce serait les services de «production» ou «fabrication» qui justifieraient ou non de qualifier le contrat de contrat d'entreprise plutôt que de contrat de vente, les autres services n'étant ni suffisamment nombreux ni suffisamment significatifs pour le faire.

Un premier exemple de décision prenant en compte les travaux de fabrication est celui du Tribunal commercial de Zurich²⁹. Il s'agissait d'un contrat pour la planification, livraison, assemblage, supervision de l'assemblage et mise en route d'une installation servant à la séparation d'emballages en carton. La discussion des faits par le tribunal est tout à fait applicable au cas de l'intégration de systèmes ou d'autres contrats complexes similaires. Le tribunal a tout d'abord rappelé la règle de base de l'article 3(2), mais il s'est distingué des autres tribunaux en précisant que la main-d'œuvre et les autres services visés à cet alinéa peuvent consister en des travaux d'assemblage ou d'adaptation ou en d'autres activités similaires. De plus, le tribunal a qualifié le contrat de «contrat clés en main» et a remarqué que pour ce type de contrat, l'opération de fourniture ne se fait pas en une seule fois et de façon définitive, la mise au point et le bon fonctionnement du produit final nécessitant, en général, une vraie collaboration entre les parties et un certain suivi de la part du vendeur.

Ces deux aspects de l'arrêt ressortent facilement de sa rédaction, qui exclut finalement l'application de la Convention :

En l'espèce, il s'agit de la livraison d'une usine de grande envergure à fabriquer. Des éléments très divers de l'usine doivent être assemblés afin de composer le nouvel ensemble. Il va de soi que la mise à disposition de la main-d'œuvre pour l'assemblage, la supervision de l'assemblage et le lancement de l'usine jouent un rôle très important dans un tel projet. Le bon fonctionnement, l'ajustement approprié des divers éléments et la coordination entre eux ne peuvent souvent être entrepris qu'une fois l'usine mise en route. Aussi, le vendeur a expliqué [...] que ce ne sont pas des installations qui peuvent être simplement déposées ; elles exigent, au contraire, un certain suivi au cours de la première phase d'exploitation. Par conséquent, l'assemblage, l'adaptation, la formation et les autres tâches semblables forment une partie considérable de l'obligation contractuelle. Conformément à la doctrine, le tribunal conclut donc que la *CVIM* n'a pas lieu de s'appliquer aux contrats clés en main, lesquels ne prévoient pas autant un échange contre paiement qu'une matrice de devoirs mutuels de collaborer avec et d'assister l'autre partie [notre traduction]³⁰.

Une autre décision qui tient compte des services de fabrication pour écarter, sous certaines conditions, la qualification de contrat de vente est celle de la Cour de

²⁹ Tribunal commercial (Handelsgericht), Zurich (Suisse), 9 juillet 2002, en ligne : Pace Law School : CISG Database <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020709s1.html>>.

³⁰ *Ibid.*

cassation italienne³¹. En l'espèce, la cour devait examiner l'hypothèse d'un confectionneur italien fabricant et fournissant à un acheteur anglais des produits en cuir portant la marque de celui-ci. La partie italienne alléguait que l'acheteur refusait d'accepter la livraison des marchandises commandées. La Cour suprême italienne a saisi l'occasion pour expliquer la distinction entre le contrat de vente d'une part et de l'autre le contrat d'entreprise qui porte sur des biens et des services. Selon elle, on se trouve face à un contrat d'entreprise et non pas à une vente lorsque l'objectif principal des parties contractantes est l'accomplissement de la tâche de fabrication, de sorte que les matériaux dont il est question servent uniquement de moyen de fabrication des marchandises à livrer³². Cette décision peut ainsi avoir un écho dans les contrats complexes dans le domaine de l'informatique car il est aisément envisageable que, dans de tels contrats, les parties contractantes évaluent la fourniture de services hautement spécialisés comme l'élément le plus important de leur marché.

Ces deux décisions ne sont pas les seules à avoir exclu la Convention lorsqu'il s'agissait de contrats où les principaux services concernés étaient des services de fabrication. Une autre décision acceptant de prendre en compte les services de fabrication pour l'analyse sous l'article 3 est celle de la Cour suprême d'Autriche³³. Examinant un contentieux relatif à un contrat pour la fabrication de balais et brosses, la cour a déduit que la *CVIM* ne s'appliquait pas, tout d'abord parce que l'acheteur devait fournir une partie substantielle des matériaux nécessaires pour leur fabrication, et ensuite parce que l'obligation du vendeur consistait essentiellement à fournir de la main-d'œuvre et des services relatifs à la fabrication des brosses et balais³⁴.

³¹ Cour de cassation, Italie, 9 juin 1995, *Alfred Dunhill Ltd. v. Tivoli Group s.r.l.*, en ligne : Pace Law School : CISG Database <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950609i3.html>> [*Alfred Dunhill Ltd.*].

³² Deux auteurs ont résumé cet aspect de l'arrêt de la manière suivante :

The Court distinguished works contracts from sales contracts [...]. In the Court's opinion, the distinction is to be made having regard to the fundamental purpose of the contract and to the importance of the supply of the materials necessary for the manufacture of the goods and the services to be provided with respect to the result the materials are meant to reach. On these grounds, the Court stated that under Article 3 CISG, [...] a contract is a works contract when the materials are merely a means for manufacturing the goods, and the essential purpose of the contract is the production of the goods (Michael Joachim Bonnell et Fabio Liguori, «The U.N. Convention on the International Sale of Goods: A Critical Analysis of Current International Case Law — 1997 (Part I)» (1997) 2 *Unif. L. Rev.* 385 à la p. 20).

Les auteurs critiquent l'arrêt, non parce qu'ils trouvent que les services de fabrication ne doivent pas être associés aux services mentionnés au deuxième alinéa de l'article 3, mais parce que le tribunal a adopté une manière d'appliquer ce deuxième alinéa qui favorise les intentions des parties plutôt que la valeur respective des biens et services contractuels.

³³ Cour suprême (Oberster Gerichtshof), Autriche, 27 octobre 1994, *supra* note 23.

³⁴ Une autre décision semble en principe admettre, lors de l'analyse sous l'article 3(2), de considérer les travaux de fabrication : voir Tribunal de première instance (Landgericht), Munich (Allemagne), 16 novembre 2000, *supra* note 27. Ce tribunal a pourtant conclu que la fabrication de la

b. Le caractère spécifique du bien jugé pertinent

Alors que, comme nous l'avons vu, la position majoritaire soutient que la fourniture de plans et autres spécifications d'ordre technique ne suffit pas à exclure un contrat du domaine d'application de la Convention (l'exception prévue par l'article 3(1) se rapportant exclusivement selon ce point de vue aux contributions physiques), cette interprétation n'est pas unanime.

Avant d'examiner la jurisprudence contraire, nous citerons d'abord à titre d'exemple un auteur qui, en discutant du premier alinéa de l'article 3, offre le cas d'un gérant d'une entreprise qui signe un contrat avec une société pour la création d'une base de données afin de stocker les informations relatives à sa clientèle³⁵. Le montant établi pour l'opération est de 5000\$ US pour le logiciel et 1200\$ US pour la saisie des données (effectuée par le vendeur). Sans apparente considération du qualificatif «matériels», l'auteur considère les données fournies par l'acheteur comme des éléments matériels en vertu du premier alinéa (même si, finalement, ces données ne constituent pas la «part essentielle» des éléments nécessaires à la fabrication ou à la production de la marchandise, car, selon lui, la base serait toujours utilisable par un autre acheteur même après la saisie des données)³⁶.

Un deuxième auteur affirme que les «éléments matériels» ne doivent pas forcément être des choses tangibles. Il fournit deux illustrations d'apports par un acheteur de produits informatiques susceptibles de déclencher l'exception prévue à l'alinéa premier : premièrement, la fourniture de données relatives aux activités ou aux clients d'une entreprise qui commande un logiciel sur mesure, si ces données

marchandise en question n'a pas constitué la part prépondérante de l'obligation du vendeur, au motif qu'il s'agissait apparemment d'équipements de série dont seules les dimensions avaient été spécifiées par l'acheteur pour correspondre aux mesures du restaurant dans lequel ils étaient destinés à être installés.

Enfin, la Cour suprême suisse aborde la question de la prise en compte des services relatifs à la fabrication sans la trancher : voir Cour suprême (Bundesgericht), Suisse, 17 octobre 2000, *Severin Wagner AG v. Günter Lieber*, en ligne : Pace Law School : CISG Database <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/001017s1.html>>. Il s'agissait dans cet arrêt de la fabrication, à partir de critères définis par l'acheteur, de casiers destinés à être installés à l'aéroport de Zurich. L'acheteur a allégué que la Cour d'appel avait commis une erreur en estimant que la part prépondérante des obligations du vendeur consistait en une fourniture de main-d'œuvre ou d'autres services et en écartant la *CVIM* sur ce fondement. Pourtant, la Cour suprême a conclu que l'acheteur n'avait pas présenté à temps devant le tribunal de première instance les arguments de fait qui auraient permis de contredire ce constat. En outre, la Cour suprême a jugé qu'il ne changerait rien au résultat de l'affaire si la Convention s'appliquait ou non. Par conséquent, il n'y a pas eu lieu de résoudre définitivement la question de l'applicabilité de la Convention.

³⁵ Marcus G. Larson, «Applying Uniform Sales Law to International Software Transactions : The Use of the CISG, Its Shortcomings, and a Comparative Look at How the Proposed UCC Article 2B Would Remedy Them» (1997) 5 Tul. J. Int'l & Comp. L. 445 à la p. 450.

³⁶ *Ibid.* L'auteur considère ensuite le deuxième alinéa, et, compte tenu des coûts respectifs du logiciel servant comme élément de base à la création de la banque de données et du coût nettement inférieur de la saisie, conclut que la *CVIM* serait applicable (*ibid.* aux pp. 450-51).

permettent la création du programme individuel ; et deuxièmement, la fourniture du code source s'il est le point de départ essentiel pour la création ou l'adaptation d'un nouveau programme d'ordinateur ou d'éléments de matériel informatique commandés par le client³⁷.

Une telle «dématisation» du premier alinéa est également appuyée par la décision française dans la célèbre affaire *Société A.M.D. Electronique c. Rosenberger SIAM*³⁸. Il s'agissait d'une société française devant fournir plusieurs centaines de milliers de connecteurs électroniques à une firme italienne spécialisée en composants électroniques. Les connecteurs devaient être réalisés conformément à des dessins techniques fournis par la société italienne et ensuite contrôlés par cette dernière. Leur spécificité tenait également au fait que le fabricant s'engageait à ne pas divulguer, utiliser ou vendre à des tiers les connecteurs fabriqués. En résolvant la question du tribunal compétent pour trancher l'action en paiement intentée par le fabricant, la Cour d'appel a conclu que la *CVIM* ne s'appliquait pas : «Il ne s'agit pas d'un contrat de vente internationale au sens de la [C]onvention de V[ienne], laquelle n'est pas applicable lorsque [...] comme en l'espèce la partie qui commande fournit "une part essentielle des éléments matériels nécessaires à cette fabrication ou production"»³⁹.

Une autre décision française⁴⁰ est venue renforcer l'opinion selon laquelle la spécificité du bien transféré peut exclure la qualification de contrat de vente. Cette décision est assez remarquable car, contrairement au raisonnement de la Cour d'appel de Chambéry et de Larson et Diedrich, la Cour d'appel de Lyon ne s'est pas limitée à l'idée d'une information critique transférée par l'acheteur au vendeur pour permettre la production du bien (la cour de Chambéry et les auteurs précités ayant évalué ce transfert d'information selon le premier alinéa de l'article 3). Les termes employés par la cour de Lyon pour qualifier l'opération de contrat de vente et non pas de contrat d'entreprise ont une portée suffisamment générale pour permettre d'écarter la Convention chaque fois que les exigences techniques atteignent un certain seuil de spécificité :

Il ne peut s'agir présentement d'un contrat d'entreprise [...], le fait que la société N[ova Games] ait dû fournir des machines conformes au cahier des charges de la société SLTC ne suffisant pas à caractériser un tel contrat, qui aurait exigé pour qu'il en soit ainsi que les machines livrées aient été fabriquées

³⁷ Frank Diedrich, «The CISG and Computer Software Revisited» (2002) 6 *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration (Electronic Supplement)* 55 à la p. 65, en ligne : *Vindobona Journal* <http://www.maa.net/vindobonajournal/vj_documents/vj_6_2_e_supplement_diedrich.pdf> [Diedrich, «CISG and Software Revisited»].

³⁸ Cour d'appel, Chambéry (France), 25 mai 1993, *Société A.M.D. Electronique c. Rosenberger SIAM*, en ligne : UNILEX, <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=29&step=FullText>>.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Cour d'appel, Lyon (France), 18 décembre 2003, *Société PCB Service c. Société française automatique SFA*, en ligne : UNILEX <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=971&step=FullText>> [*Société PCB Service*].

conformément à des normes particulières et très spécifiques imposées par le maître de l'ouvrage au fabricant, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, les modifications intervenues n'ayant été que des adaptations d'un système existant au cahier des charges [...]. [I] s'agit bien dans ces conditions d'un contrat de vente⁴¹.

L'analyse des décisions et de la doctrine rapportées ci-dessus est éloquent : ces différentes sources du droit ne s'accordent pas sur la pertinence ou non pour l'application de la *CVIM* de la spécificité de l'objet vendu⁴².

B. L'article 3(2) : l'hypothèse des services

Comme nous l'avons vu, il n'existe pas de consensus sur l'opportunité de prendre en compte des services ayant servi à la production du bien objet de l'opération, ou du caractère spécifique du bien. Ayant examiné ces questions préliminaires, nous aborderons maintenant la manière dont il convient d'entreprendre l'exercice requis par l'article 3(2), pour différencier les contrats de prestation de services des contrats de vente de marchandises.

Une lecture de la jurisprudence permet de relever deux approches principales. Dans la première, dite «économique», il s'agit de classer les diverses obligations contenues dans le contrat (et surtout la valeur ou le prix établis pour chacune) en deux groupes, «services» et «biens», afin de déterminer lequel de ces deux groupes pèse le plus lourd dans la balance. Dans la seconde, il est plutôt question d'estimer si la

⁴¹ *Ibid.* Plus concrètement, l'affaire lyonnaise concernait des plaintes émises par la société de gérance du réseau métropolitain de Lyon («SLTC») et par la société PCB Service, auprès de laquelle la SLTC s'était procuré des changeurs de monnaie automatiques, relatives au mauvais fonctionnement des machines installées dans les stations de métro. Les sociétés, toutes deux françaises, ont formulé des demandes en dommages et intérêts à l'égard des deux entreprises allemandes : l'une, la société Gewete, entreprise qui a conçu et fabriqué la version standard du lecteur optique intégré dans les changeurs et qui y a effectué quelques modifications pour répondre aux exigences figurant dans le cahier des charges, et l'autre, la société Nova Games, entreprise qui a vendu les changeurs à la société PCB Service (PCB Service avait ensuite apporté d'autres modifications aux automates en y ajoutant des équipements avant de les fournir à la SLTC). En décidant que la *CVIM* serait applicable pour résoudre les différends entre les deux demandeurs français et les deux défendeurs allemands, la Cour d'appel de Lyon a insisté, dans les termes précités, sur le fait qu'il ne s'agissait pas d'une première fabrication de machines très spécifiques mais, au contraire, de modifications à un système existant.

⁴² Il reste enfin une dernière nuance à souligner quant au sens de l'exception exprimée au premier alinéa de l'article 3, celle qui concerne le choix du terme «essentielle». Tandis que le deuxième alinéa opte pour «part prépondérante», le premier emploie l'expression «part essentielle». Certains auteurs sont d'avis qu'une part essentielle peut être moindre qu'une part prépondérante (voir par ex. Diedrich, «CISG and Software Revisited», *supra* note 37 à la p. 65 ainsi que Neumayer et Ming, *supra* note 12 à la p. 62, para. 2). Ceci dit, il n'est pas inutile de rappeler que l'expression «part essentielle des éléments matériels nécessaires à cette fabrication ou production» fixe elle aussi un seuil qui peut être assez difficile à franchir dans la pratique (rappelons l'affaire *Société Calzados*, *supra* note 17, dans laquelle le tribunal a conclu que l'acheteur de chaussures qui a lui-même fourni les semelles et les décorations métalliques n'a pas pourvu une part essentielle des éléments).

«raison d'être» de la transaction (c'est-à-dire son objet tel que perçu par les parties) est l'obtention d'un bien ou de services.

À ce jour, ni l'une ni l'autre des deux approches ne se sont véritablement imposées (même si, par sa rédaction, l'article 3 peut être compris plus facilement comme imposant aux tribunaux l'adoption de la méthode économique)⁴³. En effet, nous constatons toujours des incertitudes entre les deux approches, de sorte que la jurisprudence reste «partagée entre des solutions discordantes, sans que la paix judiciaire ait été atteinte»⁴⁴.

La question est déterminante, car l'application ou non de la Convention à un contrat est, selon le courant majoritaire, «une affaire de tout ou rien». Une certaine hésitation doctrinale a pu être constatée au cours des premières années suivant l'entrée de la Convention sur la scène internationale quant à la possibilité de morceler une relation contractuelle de manière à ce que les obligations portant sur des prestations de service demeurent soumises à un droit national, tandis que l'obligation de livrer une marchandise soit, elle, soumise à la Convention⁴⁵. Néanmoins, la solution la plus commune semble être d'affirmer que la Convention, si elle s'applique, devra l'être pour l'intégralité du contrat concerné (à moins qu'il ne s'agisse en réalité de plusieurs contrats)⁴⁶.

1. L'analyse fondée sur le critère économique

Il existe plusieurs exemples de tribunaux ayant adopté une analyse économique (en réalité mathématique) afin de savoir s'ils interpréteraient un contrat de vente. Cette analyse consiste en un calcul fait à partir de l'énumération des éléments du contrat et de leur valeur respective : le tribunal additionne les montants correspondant aux services, fait la même démarche pour les montants liés aux marchandises et compare les chiffres qui en résultent⁴⁷.

⁴³ Voir Bernard Audit, «Présentation de la Convention» dans Yves Derains et Jacques Ghestin, dir., *La Convention de Vienne sur la vente internationale et les Incoterms : actes du colloque des 1^{er} et 2 décembre 1989*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1990, 13 à la p. 20.

⁴⁴ Watté et Nuyts, *supra* note 6 à la p. 423.

⁴⁵ Voir par ex. Fakes, *supra* note 13 à la p. 578.

⁴⁶ Voir Watté et Nuyts, *supra* note 6 aux pp. 387-90 ; Neumayer et Ming, *supra* note 12 à la p. 64 ; Kevin Bell, «The Sphere of Application of the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods» (1996) 8 *Pace Int'l L. Rev.* 237 à la p. 252.

⁴⁷ Voir par ex. Cour d'arbitrage commercial international de la Chambre de commerce et de l'industrie, Russie, 30 mai 2000, en ligne : Pace Law School : CISG Database <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000530r1.html>>, qui applique ce même raisonnement : «Selon la répartition [entre les montants correspondant au matériel et ceux correspondant aux services annexes dont la fabrication du matériel, sa mise en service, une étude de faisabilité et des analyses géodésiques], le prix du matériel à livrer s'élève à plus de 50 pour cent du montant intégral du marché. Alors, celles des relations entre les parties qui ne sont pas régies par le contrat le seront par la CVIM» [notre traduction]. Voir aussi Cour d'appel, Grenoble (France), 26 avril 1995, *Marque Roque Joachim c. SARL Holding Manin*

Une spécificité de l'approche mathématique est que certains tribunaux et divers auteurs ont interprété l'expression «part prépondérante» de façon à ce que la *CVIM* ne soit écartée que si la valeur des services est *considérablement plus élevée* que celle des biens fournis⁴⁸. Une telle analyse ne semble pas contraire au sens courant de l'expression «part prépondérante», même si l'appréciation individuelle joue un rôle important dans l'application de cette notion imprécise.

Enfin, mentionnons les cas dans lesquels aucune décomposition du prix entre biens et services ne figure dans le contrat, bien que nombre de services soient clairement concernés. Certains tribunaux ont interprété l'absence de postes précisant la partie du montant global correspondant aux services comme une indication que ces services n'étaient pas prépondérants et qu'il s'agissait bien d'une vente de marchandises⁴⁹.

2. L'analyse fondée sur l'essence du contrat : biens ou services ?

D'autres tribunaux adoptent un raisonnement qui ressemble moins à un exercice de calcul, même si les questions de valeur des obligations respectives sont parfois considérées au cours de l'analyse. Pour ces tribunaux, la question de prépondérance peut être résolue davantage en recherchant «l'objet», «le but», «l'essence» ou «la raison d'être» de l'opération.

Pour illustrer cette démarche, nous citerons le cas d'un tribunal de première instance allemand qui a penché, dans une affaire déjà évoquée ci-dessus⁵⁰, en faveur de l'application de la *CVIM* à un contrat pour la fourniture d'un cylindre spécifique nécessaire pour fabriquer le papier de soie. Le tribunal a procédé à une analyse de l'objet du contrat, car ce dernier ne mentionnait qu'un prix global, ce qui ne permettait pas de déterminer la valeur des diverses obligations contractuelles. Le tribunal a indiqué qu'il fallait établir si les parties contractantes avaient considéré que la livraison du cylindre était l'obligation principale du vendeur ou si, en revanche, les services (installation et autres) étaient prépondérants dans leur esprit. Pour ce faire, il a examiné non seulement le contrat, mais également les circonstances et autres détails

Riviere, en ligne : UNILEX <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=109&step=FullText>>.

⁴⁸ Voir par ex. Tribunal d'instance (Kantonsgericht), Zug (Suisse), 25 février 1999, en ligne : UNILEX <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=411&step=FullText>> ; dans le cas où les valeurs respectives des biens et services sont plus ou moins équivalentes, la *CVIM* est applicable (voir Cour d'appel (Oberlandesgericht), Munich (Allemagne), 3 décembre 1999, *supra* note 23). Voir aussi Ulrich Schroeter, «Vienna Sales Convention : Applicability to “Mixed Contracts” and Interaction with the 1968 Brussels Convention» (2001) 5 *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration* 74 aux pp. 76-77.

⁴⁹ Voir Tribunal de première instance (Landgericht), Munich (Allemagne), 16 novembre 2000, *supra* note 27 et Tribunal de commerce, Zurich (Suisse), 8 avril 1999, *supra* note 22. Dans chaque cas, il s'agissait de services connexes tels que la livraison, l'installation, la pose ou autres.

⁵⁰ Voir Tribunal de première instance (Landgericht), Mayence (Allemagne), 26 novembre 1998, *supra* note 18.

existant au moment de sa conclusion. De ces éléments, il a pu constater que les parties avaient insisté essentiellement sur l'obligation de livrer le cylindre. Parmi les tâches supplémentaires, certaines — comme la conception et l'ingénierie — faisaient partie intégrante de l'obligation de livrer le produit final et ne changeaient pas l'objet essentiel du contrat. En ce qui concerne les autres services — notamment le chargement, transport, installation et entretien —, ils étaient accessoires face à l'importance du cylindre pour les parties.

Plusieurs autres tribunaux ont procédé à ce même type d'analyse fondée sur la fixation de l'objet principal du contrat, c'est-à-dire sa raison d'être⁵¹.

Dans les cas où l'objectif de la transaction consiste en l'obtention de la propriété d'un bien, c'est-à-dire où les services se montrent clairement subsidiaires, il est tout à fait compréhensible que les juges retiennent la qualification de contrat de vente ; c'est d'ailleurs fréquemment le cas lorsque le contrat prévoit la fourniture d'un bien ainsi que son installation⁵².

Or il est possible d'aboutir au même résultat en présence de services autres que la simple installation. C'est ce qu'a fait le Tribunal de commerce du canton d'Aargau, en Suisse⁵³. En l'espèce, un vendeur s'était engagé à produire trois arcs de triomphe gonflables servant de support pour affiches publicitaires à l'occasion de courses automobiles. Le vendeur devait en outre assurer l'étiquetage des arcs et la fourniture d'une pompe ainsi que par la suite une assistance relative au positionnement, à l'entretien et au démontage des arcs. Le vendeur a réalisé un essai sur place et a fourni des instructions aux représentants de l'acheteur sur le bon maniement de ces arcs. Un différend ayant surgi entre les parties après l'effondrement d'un arc, le tribunal a conclu que les relations entre elles étaient soumises à la *CVIM*, en vertu de la règle de l'article 3(1) relative aux marchandises à fabriquer et, en outre, en raison du fait que l'objet primordial du contrat était la production de ces trois arcs (le tribunal n'a pas expressément mentionné l'alinéa 2)⁵⁴.

⁵¹ Voir par ex. *Alfred Dunhill Ltd.*, *supra* note 31 (détermination de ce qui a été l'«objet essentiel») ; Tribunal de commerce (Handelsgericht), Zurich (Suisse), 9 juillet 2002, *supra* note 29 (détermination de l'obligation qui se situait au «premier plan»).

⁵² Un contrat portant sur la vente d'un appareil de bien-être, à savoir un conteneur rempli d'eau fortement salée permettant de flotter naturellement, est régi par la *CVIM*, les services d'installation n'étant qu'incidents : voir Tribunal de commerce (Handelsgericht), Zurich (Suisse), 26 avril 1995, en ligne : Pace Law School : CISG Database <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950426s1.html>> ; Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, affaire n° 7153 (1992), *supra* note 6.

⁵³ Tribunal de commerce, Aargau (Suisse), 5 novembre 2002, en ligne : Pace Law School : CISG <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021105s1.html>>.

⁵⁴ Voir aussi Tribunal de commerce, Namur (Belgique), 15 janvier 2002, *SA P. c. AWS*, en ligne : UNILEX <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=745&step=FullText>>. Le contrat en question, auquel la *CVIM* s'appliquait, portait sur la construction d'une machine, mais précisait en plus un certain nombre d'autres devoirs.

Ces décisions ont toute notre approbation. En effet, les tribunaux ont tout à fait raison de faire abstraction des services secondaires car ceux-ci ne peuvent modifier le caractère essentiel du contrat qui reste l'obtention d'un bien. L'acheteur est manifestement plus intéressé par l'acquisition de la marchandise que par les services qui seront, pour des raisons de commodité ou de logique, assurés par le vendeur.

Inversement, il est des cas où il apparaît nettement, même si l'opération implique la fourniture d'un bien, que l'objectif principal des parties contractantes réside dans l'obtention et la fourniture d'une prestation de service particulière et non pas dans l'acquisition de ce bien. Dans ce cas, le tribunal peut choisir de ne pas entreprendre de répartition mathématique entre les valeurs contractuelles attribuables respectivement aux prestations de services et à la livraison de marchandises, mais plutôt de rechercher uniquement l'objet principal du contrat.

La décision du Tribunal de commerce (Handelsgericht) de Zurich du 9 juillet 2002⁵⁵, discutée ci-dessus, constitue un bon exemple. Pour mémoire, le contrat litigieux mettait à la charge du fournisseur la planification, la livraison, l'assemblage, la supervision de l'assemblage et la mise en route d'une installation servant à la séparation d'emballages en carton. Le tribunal a conclu qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer la *CVIM* car ce contrat ne prévoyait pas un simple «échange contre paiement» mais plutôt «une matrice de devoirs mutuels pour collaborer avec et assister l'autre partie» [notre traduction]. Pour ce contrat clés en main, la bonne exécution de ces obligations revêtait une importance primordiale pour les parties. La raison d'être du contrat ne résidait pas dans l'obligation de livrer un bien.

Une dernière illustration concernant un tout autre domaine serait utile. L'un des principaux arrêts que nous considérerons plus tard dans cette étude est celui rendu par la Cour d'appel de Cologne⁵⁶. Il s'agissait d'un demandeur (une firme suisse) ayant conduit une analyse scientifique d'une partie définie du marché allemand dans le domaine des «services express» et qui avait résumé ses conclusions dans un rapport. La société allemande ayant commandé le rapport a refusé de payer les honoraires de son co-contractant en prétendant qu'il n'était pas conforme aux termes de leur accord. La cour, rappelant que la Convention traite comme des ventes les «contrats de fourniture de marchandises à fabriquer ou à produire», n'a pas trouvé cette disposition pertinente au litige. Pour elle, il n'y a que les biens corporels mobiliers faisant habituellement l'objet de ventes commerciales qui puissent être qualifiés de marchandises. La cour a été confortée dans son analyse par l'utilisation des tournures «supply of goods» et «fourniture de marchandises» apparaissant à l'article 3 des versions anglaise et française de la *CVIM*. Pour elle, bien que l'analyse scientifique du marché ait été matérialisée dans un rapport écrit, ce dernier ne pouvait être considéré comme un objet usuel de la vente. Les ventes commerciales servent, avant tout, à

⁵⁵ *Supra* note 29.

⁵⁶ Cour d'appel (Oberlandesgericht), Cologne (Allemagne), 26 août 1994, en ligne : Pace Law School : CISG Database <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940826g1.html>>.

livrer des biens et à en transmettre la propriété ; or ici, on assiste plutôt au transfert d'un droit d'exploiter les fruits d'un travail intellectuel qui avaient été consignés par écrit, mais uniquement dans le but de les rendre plus maniables. La *CVIM* ne s'appliquait donc pas⁵⁷.

3. Le mélange des deux modes d'analyse

Dans la section précédente, nous avons abordé plusieurs décisions dans lesquelles des tribunaux ont effectivement employé une autre manière d'aborder les choses, en cherchant à identifier l'objet principal du contrat. La recherche par un tribunal d'un pilier supplémentaire, c'est-à-dire d'une manière distincte d'aborder le sujet que par l'approche purement économique, semble conforme aux travaux préparatoires de la Convention : au moment de l'élaboration du texte à Vienne en mars 1980, la délégation anglaise a proposé un amendement pour remplacer l'expression «part prépondérante» par «the major part in value», proposition qu'elle a ensuite retirée faute de soutien⁵⁸.

La doctrine accorde néanmoins une préférence à l'évaluation monétaire en premier lieu, en autant qu'elle puisse s'opérer. Cette démarche peut être complétée éventuellement par la recherche de l'objectif poursuivi par les parties⁵⁹.

En pratique, les tribunaux emploient souvent un mélange des deux procédés. Il serait en effet peu convaincant de voir la répartition entre la valeur des services et celle des biens écartée entièrement par un tribunal si le contrat pouvait d'une façon ou d'une autre se prêter à cette analyse. Il n'est pas difficile de trouver des exemples de décisions où les deux approches sont adoptées simultanément⁶⁰.

⁵⁷ L'arrêt est important non seulement pour cette analyse mais également pour son *obiter dictum* à propos de logiciels (voir *infra* note 64 et texte correspondant).

⁵⁸ Voir le compte-rendu de la réunion de la conférence diplomatique de Vienne du 11 mars 1980, en ligne : Pace Law School : CISG Database <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/firstcommittee/Meeting2.html>> au para. 32. La délégation suédoise exprime cependant sa désapprobation car la modification proposée aurait fait de la valeur le facteur décisif (*ibid.* au para. 50).

⁵⁹ Kahn considère que l'«[o]n peut penser que le critère économique sera utilisé en première approximation car il est plus facile à manier comme tout critère quantitatif mais que, dans les cas douteux, le critère juridique permettra d'affiner le critère quantitatif» (Kahn, «Vente commerciale internationale», *supra* note 11). Voir aussi Bell, *supra* note 46 : «First, a quantitative judgment as to the predominant purpose of the agreement is to be reached, followed by a subjective judgment of the intent of the parties as to the intent of the agreement» [notes omises] (*ibid.* à la p. 252). Voir aussi Schroeter, *supra* note 48 à la p. 77. Comparer Kahn, qui conseille d'éviter «des analyses hâtives» concernant en particulier «des contrats de service liés à l'électronique dont la connaissance est encore imparfaite» ; il suggère que pour ces types de contrats, la meilleure analyse est celle qui n'accorde pas trop d'importance à la valeur respective des marchandises et des services» et qui considère amplement «l'objectif poursuivi par les parties, la valeur [respective des biens] pouvant bien entendu créer des présomptions» (Kahn, «Qu'est-ce que la vente ?», *supra* note 9 à la p. 252).

⁶⁰ Voir par ex. Cour d'appel (Oberlandesgericht), Munich (Allemagne), 3 décembre 1999, *supra* note 22. Cette cour allemande juge effectivement que déterminer si les obligations incombant à une

III. L'article 3 appliqué au domaine des contrats complexes de l'industrie de l'informatique

Après avoir considéré successivement l'objet de l'article 3 et la nature des contrats d'intégration de systèmes et d'autres contrats similaires (partie I) ainsi que les divergences d'opinion relatives aux éléments à prendre en compte sous l'article 3 pour les biens à produire et à la manière d'effectuer l'analyse globale requise par l'article 3(2) (partie II), nous considérerons à ce dernier stade l'application par la jurisprudence de tous les principes et solutions rencontrés aux contrats pour la fourniture de logiciels spécifiques (partie III.A) ainsi qu'aux contrats complexes comme les contrats d'intégration de systèmes (partie III.B). Dans chaque cas, nous présenterons nos critiques sur les solutions annoncées et proposerons quelques pistes de réflexion complémentaires ou alternatives lorsque cela semble avantageux.

Avant de procéder à l'analyse de la jurisprudence, nous devons signaler qu'il est impossible à ce jour de dresser un bilan définitif de la situation. En effet, les développements jurisprudentiels en la matière sont assez restreints et peu consistants. Il est cependant possible d'établir un bilan provisoire qui dégage une première tendance jurisprudentielle (et doctrinale) majoritaire, du moins en ce qui concerne la question isolée de la fourniture de logiciels spécifiques, selon laquelle le contrat pour la mise au point d'un tel logiciel ne sera pas soumis à la *CVIM*. Selon les auteurs partisans de ce point de vue, les contrats de ce type sont qualitativement distincts des contrats de vente de logiciels préexistants standards.

Nous allons examiner, dans un premier temps, quatre décisions qui représentent cette position dominante, ainsi qu'une décision qui semble trancher dans le sens inverse. Dans un deuxième temps, notre attention se dirigera vers les contrats d'intégration de systèmes et les autres contrats complexes qui associent d'autres biens et services à la livraison d'un programme d'ordinateur spécifique. À notre connaissance, il n'existe qu'une seule décision jurisprudentielle qui traite de ce sujet ; notre discussion sera en partie prospective et inclura quelques suggestions pour la résolution des inévitables cas futurs.

partie constituent la part prépondérante de l'obligation de la partie qui fournit les marchandises «dépend principalement de la valeur relative des éléments ; en outre, l'intérêt particulier que possède l'acheteur vis-à-vis d'une obligation, c'est-à-dire l'obligation caractéristique, peut être déterminant» [notre traduction] (*ibid.*). Voir aussi Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, affaire n° 7153 (1992), *supra* note 6 : comme le signale la note explicative suivant cette sentence, l'arbitre s'est référé «au texte et au sens général du contrat qui démontrait sans ambiguïté que l'opération principale était une vente», conclusion qui était «confirmée par une facture adressée à la défenderesse d'où il ressortait que le prix à payer pour le montage du matériel était d'un ordre de grandeur tout à fait secondaire par rapport à celui de l'achat du matériel» (*ibid.* à la p. 1009).

A. Contrats portant sur la production de logiciels spécifiques

Considérons à présent les décisions dans lesquelles est abordée sous la *CVIM*, directement ou indirectement, la question de la fourniture isolée d'un logiciel spécifique.

1. Quelques décisions rejetant l'application de la *CVIM*

Nous examinerons quatre décisions principales.

a. Un bref aperçu de quatre décisions

La première décision qui mérite d'être signalée est celle (déjà rencontrée ci-dessus relativement à la détermination de la «raison d'être» de contrats) de la Cour d'appel de Cologne, par laquelle cette cour a refusé de qualifier de contrat de vente un contrat pour l'étude et la rédaction d'un rapport concernant le marché allemand des services express⁶¹. Le vendeur avait tenté de convaincre la cour du bien-fondé de son argumentation en faveur de l'application de la *CVIM* en comparant l'opération juridique réalisée à une vente de logiciel. Pour rejeter cette argumentation, la cour a clairement distingué les logiciels standards des logiciels spécifiques, en répondant assez sèchement à l'argument du demandeur :

La Cour ne suit pas l'argument du Demandeur selon lequel, puisqu'une vente de logiciels est acceptée comme étant une vente de marchandises régie par la *CVIM*, l'analyse scientifique que devait effectuer le Demandeur en l'espèce constitue, elle aussi, une «marchandise» selon les termes de la Convention. Tout au plus, les logiciels standards peuvent être vus comme des objets mobiliers corporels et, de ce fait, considérés comme des «marchandises» selon les termes de la Convention. Un logiciel ne peut certainement pas être considéré comme un objet corporel lorsque le contrat concerne la mise au point d'un logiciel spécifique ; un tel contrat est un contrat de services. Vue ainsi, l'analogie que le Demandeur fait avec les logiciels ne fait que confirmer la position de la Cour que le contrat portant sur l'étude scientifique dont il s'agit en l'espèce est régi par le droit des contrats de services [notre traduction, notes omises]⁶².

⁶¹ Cour d'appel (Oberlandesgericht), Cologne (Allemagne), 26 août 1994, *supra* note 56. Voir le texte accompagnant cette note pour une description des faits.

⁶² Le professeur Claude Witz a commenté le jugement comme suit : «La décision est également intéressante pour avoir répondu à l'argument tiré de la nature juridique des logiciels soulevé par l'une des parties : "si des logiciels standards peuvent être considérés comme des choses mobilières et tomber sous le concept de marchandises au sens de la Convention de Vienne, tel n'est pas le cas lorsqu'il s'agit d'établir des logiciels sur mesure"» (Claude Witz, *Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1995 à la p. 33 [Witz, *Premières applications*]).

Pour un exemple d'une décision où le tribunal semble avoir accepté que les ventes de logiciels standards sont soumises à la Convention, sans considérer la question explicitement, voir Cour d'appel

Une décision d'un tribunal munichois arrive à la même conclusion expresse s'agissant de programmes d'ordinateur ordinaires⁶³. L'intérêt de cette décision découle autant de ce qui y est exprimé que de ce qui ne l'est pas. L'affaire concernait la vente, par un concepteur de logiciels français à un client allemand, de plusieurs exemplaires d'un logiciel commercialisé sous le nom Graphiplus (un logiciel préexistant). Après avoir passé commande et essayé le logiciel, le client l'a annulée au motif que le programme comportait plusieurs défaillances, y compris le fait qu'il ne fonctionnait pas lors d'une utilisation en réseau. Le vendeur a réclamé le paiement de ses factures et en réponse l'acheteur a démenti l'existence du contrat. Pour résoudre ces questions, le tribunal a appliqué la *CVIM* puisque «[l]e fait que l'opération dont il est question touche aux programmes d'ordinateurs n'empêche pas d'appliquer la *CVIM*. Selon nous, la vente d'un logiciel standard pour un prix convenu est un "contrat de vente de marchandises" selon les termes de l'article premier de la *CVIM*» [notre traduction]⁶⁴.

On peut légitimement se demander si le tribunal n'a pas jugé comme déterminant le fait qu'il s'agissait d'un programme *standard*. En effet, la décision a été interprétée par certains comme suggérant que les contrats de vente qui portent sur des logiciels sur mesure ne seraient pas soumis aux règles de la *CVIM*⁶⁵.

(Hof's-Hertogenbosch), Pays-Bas, 19 novembre 1996, *ICT GmbH v. Princen Automatisering Oss BV*, en ligne : UNILEX : <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=329&step=FullText>.

⁶³ Tribunal de première instance (Landgericht), Munich (Allemagne), 8 février 1995, en ligne : Pace Law School : CISG Database <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950208g4.html>>.

⁶⁴ *Ibid.* Voir aussi la décision de la Cour d'appel (Oberlandesgericht), Coblenz (Allemagne), 17 septembre 1993, en ligne : Pace Law School : CISG Database <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930917g1.html>>. Une société française avait concédé par contrat à une société allemande le droit exclusif de distribuer ses imprimantes et puces en Allemagne. Après avoir mis fin à la relation contractuelle, la société française a assigné son ancien distributeur pour non-paiement de certaines factures, dont une qui correspondait à la livraison d'une puce à l'un des clients de la société allemande. Le tribunal, ayant décidé que le droit français était applicable au différend, devait déterminer si la *CVIM* avait vocation à s'appliquer en l'espèce. Il a d'abord déterminé que même si la *CVIM* ne s'applique pas aux contrats de distribution, elle s'applique en général aux contrats individuels de vente conclus en leur application. Le tribunal a ensuite estimé que la livraison de la puce devait être associée au concept de "vente de marchandises", car «l'expression "marchandises" appelle une interprétation large pour couvrir tout bien pouvant faire l'objet d'une vente commerciale y compris les logiciels» (*ibid.*). Or étant donné qu'il s'agissait non pas de logiciels mais d'une puce (un composant électronique), il est curieux que le tribunal ait rajouté ce dernier aspect de son commentaire. Witz fait remarquer que «[l]es juges ont cru bon de donner cet exemple étranger à l'espèce qui leur était soumise» (*Premières applications, supra* note 62 à la p. 46, n. 94). Même s'il n'y a pas d'indication dans la décision qui prête à croire que le tribunal faisait allusion aux logiciels spécifiques (la décision ne comporte pas de référence à l'article 3 par exemple), il serait peut-être trop hasardeux de tenter de deviner ce que le tribunal entendait par «logiciel» (uniquement logiciel standard ou une conception plus large).

⁶⁵ Voir par ex. Bonnell et Liguori, *supra* note 32 qui, en résumant la décision du tribunal munichois, expliquent que le tribunal a laissé comprendre que contrairement à la situation qui lui avait été présentée, c'est-à-dire un contrat de vente pour un logiciel standard, la *CVIM* ne s'appliquerait pas

La troisième décision qui doit retenir notre attention est celle rendue dans l'affaire *Chateau des Charmes Wines* par la Cour fédérale d'appel américaine⁶⁶. Cette affaire n'aurait pas eu d'intérêt au regard de notre étude si un certain et assez notable *obiter dictum* n'y avait pas figuré, car l'affaire ne concerne que de simples allégations d'inexécution contractuelle et diverses réclamations en responsabilité civile résultant de la vente de bouchons par des parties américaine et française à une société canadienne. La juridiction d'appel américaine a rapidement conclu que l'affaire était assujettie aux règles de la Convention ; elle a pourtant jugé utile de justifier cette décision afin de démontrer tout particulièrement qu'elle ne se mettait pas en position de conflit au regard des autres jugements américains où les tribunaux avaient écarté la Convention⁶⁷. Pour se justifier, la Cour d'appel de la 9^e circonscription a cité la décision *Evolution Online Systems*⁶⁸ rendue par sa juridiction jumelle et l'a expliquée ainsi :

Dans l'affaire [*Evolution Online Systems*], [...] la Cour d'appel de la 2^e circonscription a appliqué le droit new-yorkais à un différend entre sociétés néerlandaise et new-yorkaise relatif à la réalisation de logiciels et la fourniture de services d'ordre technique, vraisemblablement au motif que la Convention ne s'applique pas «aux contrats dans lesquels la part prépondérante de l'obligation de la partie qui fournit les marchandises consiste en une fourniture de main-d'œuvre ou d'autres services» [notre traduction]⁶⁹.

Ainsi, pour la Cour d'appel de la 9^e circonscription, les obligations dont il s'agissait dans l'affaire *Evolution Online Systems* se situaient bien en dehors du champ d'application de la *CVIM*.

aux cas de logiciels spécifiques en vertu de son article 3(2), car dans ces cas, les services réalisés par la partie qui fournit le logiciel représenteraient la part prépondérante de son obligation.

⁶⁶ Cour fédérale d'appel, 9^e circonscription, États-Unis, 5 mai 2003, *Chateau des Charmes Wines Ltd. v. Sabaté USA Inc.*, en ligne : Pace Law School : CISG Database <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030505u1.html>> [*Chateau des Charmes Wines*].

⁶⁷ Cette démarche assez défensive provient peut-être du fait que la Convention a été très peu examinée par la jurisprudence américaine. D'ailleurs, de nombreux contrats américains excluent expressément l'application de la *CVIM*, conformément à son article 6 : voir Jacob S. Ziegel et Anthony J. Duggan, «Le rôle d'une loi révisée sur la vente d'objets dans la stratégie nationale sur le droit commercial», en ligne : Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada <<http://www.ulcc.ca/fr/poam2/index.cfm?sec=2000&sub=2000id>>. Ziegel et Duggan rapportent qu'«[i]l semble que dans la pratique, les juristes de common law préfèrent avoir affaire à l'ordre juridique national qu'ils connaissent le mieux, même quand un contrat est manifestement régi par la Convention» (*ibid.*). Pourtant, au niveau international, la Convention reste «l'un des grands succès des efforts d'harmonisation du droit commercial international» et représente une «pierre d'assise dans les relations commerciales internationales» (Alain Prujiner, «Comment utiliser les principes d'UNIDROIT dans la pratique contractuelle» (2002) 36 R.J.T. 561 aux pp. 572-73). Prujiner opine au surplus que la Convention bénéficie de «familiarité», d'un statut «prestigieux» et enfin «d'un appui très large» (*ibid.* à la p. 573).

⁶⁸ Cour fédérale d'appel, 2^e circonscription, États-Unis, 27 mai 1998, *Evolution Online Systems Inc. v. Koninklijke Ptt Nederland N.V.*, en ligne : Pace Law School : CISG Database : <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980527u1.html>> [*Evolution Online Systems*].

⁶⁹ *Chateau des Charmes Wines*, *supra* note 66.

En effet, dans l'affaire *Evolution Online Systems*, il s'agissait de pourparlers engagés entre des sociétés américaine («Evolution») et néerlandaise («Koninklijke») afin de conclure un contrat pour la création de programmes d'ordinateur et la fourniture d'expertises relatives à un réseau informatique installé aux Pays-Bas et d'autres services d'ordre technique. Avant la conclusion du contrat, les parties avaient déjà dépensé des sommes importantes en effectuant les diverses prestations. La société néerlandaise a ensuite mis fin aux relations en prétendant que la société Evolution ne respectait pas les délais convenus et que les programmes fournis n'étaient ni utilisables ni aptes à être transmis par la partie néerlandaise à ses propres clients.

La société américaine a ensuite intenté un procès à l'encontre de la société Koninklijke devant un tribunal fédéral à New York. Le tribunal de première instance a débouté la partie demanderesse, au motif que les deux sociétés s'étaient mises d'accord sur le fait que seuls les tribunaux néerlandais seraient compétents pour connaître d'un différend entre elles. La partie américaine a interjeté appel.

La cour d'appel a réformé le jugement du tribunal de première instance qui avait renvoyé l'affaire devant les tribunaux hollandais, au motif qu'il n'était pas possible au tribunal de statuer sur l'existence d'une clause rendant seuls compétents les tribunaux néerlandais sans, au préalable, avoir déduit qu'il existait un contrat entre les parties. Au lieu de confirmer le renvoi au tribunal néerlandais, la cour d'appel a renvoyé l'affaire devant le tribunal fédéral de première instance pour résoudre la question préalable de l'existence ou non d'un contrat (et, seulement après avoir résolu cette question, pour répondre à celle de l'existence ou non d'une clause attribuant compétence aux tribunaux néerlandais). Afin de fournir un guide au tribunal de première instance au sujet de la détermination de l'existence ou non d'un contrat, la cour d'appel a précisé les règles *de droit new-yorkais* que le tribunal de première instance devait appliquer.

Bien que la *CVIM* contienne, dans sa deuxième partie, toute une série de dispositions relatives à la formation des contrats, la cour d'appel n'en a cité aucune. En revanche, elle a bien précisé les principes de droit new-yorkais qui auraient dû être pris en compte par le tribunal de première instance et qui devaient l'être sur renvoi. Il est impossible de savoir si la non-citation par la cour de la *CVIM* résulte d'un simple oubli ou, au contraire, d'un mutisme délibéré et réfléchi quant au fait qu'il ne s'agissait pas de relations régies par la *CVIM* (comme a pu l'estimer la cour dans l'affaire *Chateau des Charmes Wines*).

b. *L'intérêt de cette jurisprudence*

La question du traitement de logiciels spécifiques dans le cadre de la *CVIM* n'a pas été présentée clairement ou formellement dans les quatre décisions que nous

venons d'exposer. Ceci provient du fait que seule la quatrième décision concernait véritablement un logiciel spécifique⁷⁰.

Il est néanmoins possible de tirer des conclusions de ces décisions, tout au moins sur la question isolée du transfert de logiciels spécifiques : il est, nous semble-t-il, légitime de les interpréter en tant que prise de position assez ferme selon laquelle tout contrat pour la fourniture d'un logiciel spécifique se situe en dehors du champ de la *CVIM* (sous réserve du fait qu'il se peut que la question n'ait pas été perçue par la cour dans la quatrième décision). Ces tribunaux paraissent, par ailleurs, assez assurés dans leur point de vue, comme s'il s'agissait ici d'une question de principe ne méritant pas un examen plus élaboré : pour tout contrat portant sur la livraison d'un logiciel qui répond à des besoins individuels et spécifiques, les services (de conception ou de programmation) prévaudront forcément et la Convention sera par conséquent rendue inapplicable par son article 3(2).

En somme, ces tribunaux reconnaissent tous la pertinence pour l'analyse conduite en vertu de l'article 3(2) de considérer les travaux de mise au point du logiciel, c'est-à-dire les travaux liés à la production du bien qui est l'objet de la vente. Il semblerait qu'ils ne fassent pas alors la distinction entre travaux de production du logiciel et services séparables (telles l'installation, la formation, etc.), ce qui met leur approche en position de conflit vis-à-vis de celle des tribunaux dont la jurisprudence a été examinée à la partie II.A.1.a., jurisprudence ayant choisi d'écarter de l'analyse les travaux de production et de ne retenir que les services séparables.

L'idée que les travaux de mise au point d'un logiciel doivent être pris en compte au cours de l'analyse est compatible avec une grande partie de la doctrine : de nombreux auteurs considèrent que les logiciels spécifiques ou même les logiciels existants qui sont soumis à une multitude de modifications à la demande d'un utilisateur déterminé, tombent hors du champ de la *CVIM* pourvu que les travaux de conception, programmation ou paramétrage qui s'incorporent au produit final constituent la part prépondérante de l'obligation du vendeur⁷¹.

⁷⁰ Pour rappel, le premier cas concernait une étude de marché et comportait un *obiter dictum* relatif aux logiciels spécifiques (Cour d'appel (Oberlandesgericht), Cologne (Allemagne), 26 août 1994, *supra* note 56) ; le deuxième concernait un logiciel standard avec des implications sous-entendues pour les logiciels spécifiques (Tribunal de première instance (Landgericht), Munich (Allemagne), 8 février 1995, *supra* note 63) ; dans le troisième cas, il était question de ventes de bouchons mais la décision a été assortie d'un *obiter dictum* au sujet de logiciels spécifiques sans objet pour le litige (Cour fédérale d'appel, 9^e circonscription, États-Unis, 5 mai 2003, *supra* note 66).

⁷¹ Voir par ex. Larson, *supra* note 35 : «It is noteworthy that under Article 3(2), custom-designed software, or an extensively modified pre-written program for which the creation or modification involves separate international contracts, may not be covered if it fails the Article 3(2) "preponderant part test"» (*ibid.* à la p. 464). Voir aussi Arthur Fakes, *supra* note 13 : «Under Article 3(2) of the Convention, a fairly strong argument can be made that custom-made software or extensively modified pre-written programs whose creation or modifications are contracted for under a separate international contract are not covered by the Convention because "the preponderant part," if not all, of the

Nous devons noter une nuance : tandis que certains de ces auteurs exigent néanmoins qu'une analyse économique soit effectuée afin de déterminer si les services prévalent réellement, d'autres semblent conclure que les services domineront systématiquement lorsqu'il s'agit de la création d'un logiciel.

Par ailleurs, dans l'un et l'autre de ces cas, il est facile de résoudre l'hypothèse du progiciel existant qui ne nécessite que de légères modifications pour être personnalisé : sa vente sera facilement soumise aux règles de la CVIM⁷². En aucun cas un travail mineur d'adaptation ne peut être interprété comme l'équivalent de la «création» de logiciel, alors que cette dernière appellation semble tout à fait exacte lorsqu'un ingénieur informatique effectue un travail d'adaptation d'un logiciel

performance would be the supply of services, not goods. [...] On the other hand, minor alterations to pre-written programs should not be enough labor to satisfy the “preponderant part” test» (*ibid.* à la p. 584) ; Trevor Cox, «Chaos versus Uniformity : The Divergent Views of Software in the International Community» (2000) 4 *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration* 3 ; J.W. Carter, «Article 2B : International Perspectives» (1999) 14 *Journal of Contract Law* 54 : «The issue is whether “the preponderant part of the obligations of the party who furnishes the goods consists in the supply of labour or other services”. If that is the case, then the CISG does not apply. Thus, it is difficult to see how the CISG could apply to a license in relation to unique software developed for the licensee» (*ibid.* à la p. 65) ; Peter Winship, «Changing Contract Practices in the Light of the United Nations Sales Convention : A Guide for Practitioners» (1995) 29 *Int'l Law*. 525 : «If the “seller” of the software adapts the software to the particular needs of a customer, it could be argued that the Convention does not apply because the preponderant part of the “seller’s” obligation will be the rendering of services» (*ibid.* à la p. 533) ; Heuzé affirme pour sa part que

[L]es logiciels spécifiques [...] doivent être exclus du domaine de la convention [...] parce que les contrats de fourniture dont ils sont l'objet ne sont pas justiciables de la qualification de ventes, au sens de l'article 3 : [...] il n'est pas douteux que «la part prépondérante de l'obligation» du fournisseur consiste alors en une prestation de service. Et c'est toujours en se fondant sur cet article 3 de la CVIM que l'on doit déterminer l'applicabilité de celle-ci aux contrats associant à la fourniture d'un logiciel standard un travail d'adaptation de celui-ci aux besoins spécifiques de l'utilisateur : leur soumission à la convention ne se conçoit que lorsque ces adaptations sont d'importance mineure et n'empêchent pas que demeure prépondérante la valeur du programme standard (Heuzé, *supra* note 11 à la p. 80).

Voir aussi Watté et Nuyts, *supra* note 6 : «Ce qui, en réalité, justifie l'exclusion du logiciel individualisé du champ d'application de la Convention, c'est le fait que le travail d'adaptation du logiciel aux besoins du client constitue l'obligation prépondérante à laquelle le fournisseur s'est engagé spécifiquement en vertu du contrat» [italiques dans l'original] (*ibid.* à la p. 386) ; Heuzé, *supra* note 11 à la p. 22, n. 56 ; Franco Ferrari, «Specific Topics of the CISG in the Light of Judicial Application and Scholarly Writing» (1995) 15 *J.L. & Com.* 1. Enfin, voir Huet, *supra* note 4, qui explique qu'en droit interne français,

la fourniture de logiciel standard se distingue de la réalisation de logiciel spécifique [...]. Celle-ci fait l'objet d'un contrat dont chacun s'accorde à penser qu'il est un louage d'ouvrage, ou contrat d'entreprise : de fait, dans l'opération de conception et développement de logiciel spécifique, il entre une part majeure de travail fait à la demande et pour répondre aux exigences particulières d'un client. La qualification de vente, pour une telle opération, est donc exclue (*ibid.* à la p. 800).

⁷² Voir Larson, *supra* note 35 à la p. 464.

existant si conséquent que l'on peut conclure que le produit, dit standard, n'a en réalité servi que de plateforme ayant permis à l'ingénieur de bâtir une solution individuelle — et ceci est vrai que l'on fasse un exercice formel de «chiffrage» ou non.

Toutefois, d'autres auteurs rejettent pleinement l'idée d'une différence de traitement entre les logiciels standards et les logiciels spécifiques en vertu de la *CVIM*, soutenant que toute vente de logiciel, qu'il soit standard, adapté ou spécifique, doit a priori être considérée comme une vente de marchandises soumise à la Convention⁷³.

Une dernière observation relative aux quatre décisions déjà considérées concerne la méthode adoptée par les tribunaux pour effectuer l'analyse requise par l'article 3(2), objet de notre partie II.B, ci-dessus. Il faut reconnaître à ce titre que ces quatre décisions n'ont pas permis d'examiner la manière dont se serait déroulée une analyse mathématique. Tout d'abord, les divers services impliqués ne sont pas détaillés ni quantifiés dans les décisions. En ce qui concerne l'affaire *Evolution Online Systems*⁷⁴, ceci est tout aussi vrai pour les services de mise au point de logiciels que pour les services annexes. Ensuite, et en revanche, il est probable que ces tribunaux aient tout simplement choisi d'adopter une analyse favorisant la recherche de la «raison d'être» du contrat, à l'exclusion d'un chiffrage des biens et services, ce qui semble être la position adoptée par une partie de la doctrine⁷⁵.

2. Une décision semblant approuver l'application de la *CVIM*

Les décisions examinées à la section précédente doivent être contrastées avec un arrêt de la Cour fédérale de justice allemande⁷⁶. L'affaire concernait la vente, par une société allemande à un acheteur autrichien, d'un système d'impression informatique composé d'une imprimante, un moniteur, un calculateur et un logiciel. Le vendeur devait livrer et installer cet ensemble de matériel informatique et logiciel. Il est impossible, en fonction de la rédaction de l'arrêt et des jugements rendus en première et deuxième instances, de confirmer s'il s'agissait d'un logiciel standard, adapté ou

⁷³ Voir par ex. Joseph Lookofsky, «In Dubio Pro Conventione ? Some Thoughts About Opt-Outs, Computer Programs and Preemption Under the 1980 Vienna Sales Convention» (2003) 13:3 Duke J. Comp. & Int'l L. 263 : «In any case, the value of the (intangible) creativity, technology, information and/or man-hours needed to produce any thing is irrelevant when considering whether or not that "thing" is "goods"» (*ibid.* aux pp. 278-79, n. 79). Voir aussi Frank Diedrich, «Maintaining Uniformity in International Uniform Law Via Autonomous Interpretation : Software Contracts and the CISG» (1996) 8 Pace Int'l L. Rev. 303 [Diedrich, «Maintaining Uniformity»] : «Therefore, the substantive sphere of application of the CISG extends to all international sales contracts despite whether the subject matter of the contract is standard software of custom-designed software, or whether the software is transmitted electronically or by means of a tangible data carrier» (*ibid.* à la p. 335).

⁷⁴ *Supra* note 68.

⁷⁵ Voir *supra* note 71.

⁷⁶ Cour suprême fédérale (Bundesgerichtshof), Allemagne, 4 décembre 1996, en ligne : Pace Law School : CISG Database <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/961204g1.htm>>.

spécifique (selon les termes employés, l'hypothèse la plus vraisemblable semble être celle d'un logiciel standard). Il est assez clair, en revanche, que le contrat ne prévoyait pas de services connexes à part l'installation (les seuls autres services présents seraient, éventuellement, ceux liés à la production ou à l'adaptation du logiciel).

Nonobstant ces réserves, il est intéressant d'observer que la cour ne semble pas exclure la *CVIM*, même pour les logiciels à produire. Il semble qu'elle acceptait la position selon laquelle les services requis pour la production d'un logiciel ne changent pas la donne quant à l'application de la *CVIM* aux contrats de vente de logiciels, au motif que ces services ne sont pas à prendre en compte. Ceci découle de la déclaration de la cour qu'il n'était pas nécessaire de décider si le contrat était un contrat de «pure vente de marchandises» ou «un contrat pour la fourniture de marchandises à fabriquer ou à produire», car l'article 3(1) de la *CVIM* traite généralement les contrats de fourniture de marchandises à fabriquer ou à produire comme des contrats de vente. En bref, par cette motivation très succincte, la cour ne semble pas se rallier à la solution des tribunaux mentionnés aux parties II.A.2.a et III.A.1.a, qui eux semblent accepter, du moins implicitement, de retenir comme pertinents pour l'analyse sous l'article 3(2) les services de production ou de fabrication du produit final.

La valeur et la portée de cet arrêt en tant que précédent jurisprudentiel sont difficiles à mesurer en l'absence de certitude concernant le type de logiciel à livrer. En outre, nous pouvons nous demander si la facilité avec laquelle la cour a tranché en faveur de l'application de la *CVIM* n'est pas due aux autres éléments de «pure» vente qui étaient présents — notamment la fourniture de plusieurs éléments de matériel informatique (dont la valeur n'a pas été établie) ainsi que l'absence presque totale de services annexes⁷⁷.

B. Contrats complexes portant sur des ensembles informatiques : le contrat d'intégration de systèmes

Puisque les systèmes informatiques livrés suite à des contrats internationaux d'intégration de systèmes se sont répandus à tant de domaines de l'activité commerciale contemporaine, on aurait pu penser que ces contrats complexes constituent un terrain fertile pour cette étude, et surtout pour le type d'analyse et de chiffrage absent des décisions discutées jusqu'ici. Il n'en est curieusement rien à l'heure actuelle, la jurisprudence se faisant rare.

1. Un exemple rare de la jurisprudence

Il existe néanmoins une décision, prononcée par un tribunal de commerce suisse⁷⁸, qui semble entreprendre une analyse économique similaire à celle largement

⁷⁷ Sur la portée limitée de l'arrêt, voir Diedrich, «CISG and Software Revisited», *supra* note 37 à la p. 73.

⁷⁸ Tribunal commercial (Handelsgericht), Zurich (Suisse), 17 février 2000, en ligne : Pace Law School : CISG Database, <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000217s1.html>>.

employée par les tribunaux pour d'autres sortes de contrats⁷⁹. Cette décision mérite donc d'être examinée.

Les faits soumis au tribunal suisse étaient les suivants. Le vendeur, une société autrichienne, et l'acheteur, une société suisse, ont conclu plusieurs accords en vertu desquels le vendeur devait installer du matériel informatique et des logiciels dans les locaux de l'acheteur, former les employés de l'acheteur à l'utilisation des programmes et exécuter d'autres tâches. La solution était composée, outre le matériel, de logiciels standards et de logiciels qui avaient été adaptés pour le client.

Le tribunal a commencé sa discussion en observant que

[l]achat de logiciels ainsi que l'achat combiné de logiciels et de matériel constituent une vente de marchandises se situant dans le champ d'application de la CVIM. En général, en vertu de l'article 3, alinéa premier de la CVIM, non seulement les purs contrats de vente de marchandises mais également les contrats pour la fabrication de biens tombent dans le domaine d'application de la CVIM [notre traduction, références omises]⁸⁰.

Nous aurions pu nous attendre, en conséquence, à ce que le tribunal ne juge pas pertinents les services d'adaptation de logiciels. Au contraire, celui-ci a poursuivi son analyse en prenant note de la prétention du vendeur (ou, plus précisément, de son successeur) selon laquelle le contrat litigieux était régi par la CVIM parce que «les éléments d'un contrat de vente *prédominaient* à cause du devoir d'installer des logiciels standards» [nos italiques, notre traduction]⁸¹. Le vendeur alléguait que «*bien que le [vendeur] ait accompli un certain travail d'adaptation de logiciels* et qu'il ait formé les salariés de l'acheteur» [nos italiques, notre traduction], toujours était-il que le caractère essentiel du contrat était celui d'un contrat de vente de marchandises⁸².

Ensuite, les choses deviennent plus intéressantes. Selon le vendeur, la part de la valeur du contrat attribuable à la fourniture des logiciels standards (avec fourniture d'un droit d'utilisation) et à leur installation s'élevait à 45 pour-cent. La formation des salariés avait une valeur de 20 pour-cent. Le travail de développement de logiciels individuels (accompli à partir des logiciels standards) avait une valeur de 35 pour-cent. Le vendeur a soumis des factures et autres preuves qui faisaient apparaître que les services d'installation et de formation, entre autres services, s'exécutaient sur une période de plusieurs mois. L'acheteur n'a pas soumis de preuves contraires. Ainsi le tribunal a-t-il accepté les prétentions du vendeur. Le tribunal a déduit que ni le travail d'adaptation accompli, ni l'exécution de services annexes ne prévalaient et que, de ce fait, le contrat ne pouvait pas être qualifié de contrat dans lequel les services

⁷⁹ Voir partie II.B.1, ci-dessus.

⁸⁰ Tribunal commercial (Handelsgericht), Zurich (Suisse), 17 février 2000, *supra* note 78 au para. IV.1.c.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² *Ibid.*

prédominaient. La Suisse et l'Autriche étant toutes les deux pays adhérents à la *CVIM*, la Convention devait s'appliquer.

Quelques observations méritent d'être formulées. Premièrement, il est pour le moins curieux, dans des conditions où le tribunal prend l'initiative de rappeler que les marchandises à fabriquer tombent dans le domaine de la Convention, et où le seul produit qui devait être «fabriqué» était un logiciel spécifique, que le tribunal fasse allusion au travail d'adaptation lors de son exercice mathématique en vertu de l'article 3(2). Il semble donc qu'en réalité ce tribunal se joigne aux autres qui traitent les logiciels individuels d'une manière différente d'autres produits à fabriquer, même spécifiques.

Cependant, si, comme cela semble être le cas, ce tribunal était effectivement prêt à prendre en compte les efforts requis pour mettre au point le logiciel spécifique, ceci soulèverait des interrogations quant à l'application par le tribunal de l'approche mathématique. Sur les premiers 45 pour-cent, il y a un élément de services — quoique négligeable — imputable au service d'installation. Sur les 20 pour-cent attribués à la formation des salariés, l'intégralité doit être comprise comme des services. Finalement, selon l'apparente concession du tribunal concernant le travail d'adaptation de logiciels, il faut considérer les 35 pour-cent attribués à cette rubrique comme des services. En somme, il y a légèrement plus de 55 pour-cent du contrat à imputer dans le bilan à la colonne «services». Pourtant, le tribunal a retenu l'applicabilité de la *CVIM*. Bien que les explications manquent dans la décision, il se peut que cela soit le résultat d'une adoption de la notion que l'article 3(2) exige pour exclure la Convention un *net dépassement* en valeur des services sur les biens.

Une autre explication du résultat est que le tribunal n'a pas cherché à savoir si les services, tous confondus, prévalaient, mais qu'il a simplement déterminé si chacun, considéré individuellement, prédominait. Rappelons que le tribunal avait annoncé que «ni le travail d'adaptation accompli, ni l'exécution de services annexes ne prévalaient» [notre traduction]⁸³. Or la rédaction du deuxième alinéa ne se prête pas à une telle approche.

Quoi qu'il en soit, cette jurisprudence démontre encore, ce qui est malheureusement la conclusion principale de notre étude, l'extrême faiblesse des raisonnements et le désordre juridique qui règne dans le droit positif.

2. Quelques remarques et suggestions pour évaluer les contrats d'intégration de systèmes

Rappelons que, de façon générale, sont concernés par le contrat d'intégration de systèmes la fourniture de biens, l'accomplissement d'un travail de programmation permettant de livrer un logiciel et l'accomplissement de diverses tâches auxiliaires

⁸³ *Ibid.*

séparables du développement du logiciel. En conséquence, pour décider de la caractérisation juridique appropriée, il faut en général passer par l'exercice du deuxième alinéa de l'article 2.

Or les rapports des travaux préparatoires de la Convention font ressortir que les délégués étaient préoccupés par la difficulté que présenterait pour les juges la comparaison devant être effectuée en vertu de l'article 2. Tandis que le premier alinéa nécessite une comparaison entre les biens apportés par l'acheteur et ceux apportés par le vendeur, le deuxième alinéa nécessite une comparaison d'une toute autre nature — entre biens et services. Ceci est un exercice nettement plus difficile, comme l'a observé le délégué danois, qui encourageait par conséquent les délégués à adopter une approche souple pour cette plus difficile estimation. En outre, les délégués finlandais et suédois, entre autres, ont exprimé leur désaccord avec une interprétation du deuxième alinéa qui n'admettrait que l'approche économique, car cela rendrait la valeur des biens décisive dans tous les cas⁸⁴.

En plus de la difficulté qui existe en général pour toute comparaison entre biens et services, nous croyons que l'exercice est rendu encore plus délicat par le fait que la prestation de service dont il s'agit relève du domaine hautement spécialisé des technologies de pointe et que ces services intellectuels diffèrent de façon qualitative des services manuels traditionnels. Ces services spécialisés se conçoivent moins comme fonction d'un nombre d'heures de travail, par exemple, et se définissent plus facilement par référence à l'objet du travail.

Pour toutes ces raisons, nous sommes d'avis qu'une plus grande place doit être réservée, lors de l'analyse exécutée dans le cadre du deuxième alinéa, à la détermination de la raison d'être du contrat. Pour les contrats d'intégration de systèmes, cela revient à considérer comme pertinents pour l'analyse les travaux de développement de logiciels.

Quels indices présents dans un contrat un tribunal pourra-t-il retenir comme manifestations par les parties de leur conception de l'objet de leur accord ? Qu'est-ce qui suggère que les parties entendaient conclure un contrat pour des services plutôt que pour des biens ? Comme nous l'avons signalé à la partie II.A.1.a, une ventilation explicite du prix de l'opération entre les biens et services individuels peut être un bon indice, si cette décomposition du prix met en valeur, quantitativement ou qualitativement, les services par rapport aux biens transmis. Cette ventilation peut être exécutée de manière assez explicite : par exemple, l'auteur a déjà été confronté, en tant qu'avocat-conseil dans une affaire arbitrale non publiée, à un contrat d'intégration de systèmes dans lequel les divers devoirs contractuels avaient été répartis sous deux colonnes intitulées «services» et «biens». Parmi ces éléments, les parties avaient précisé la partie de la valeur globale correspondant aux services d'adaptation de logiciels ; elles l'avaient classée sous la rubrique «services», à côté de

⁸⁴ Voir Ziegel et Duggan, *supra* note 67.

l'engagement de former le personnel de l'acquéreur du système, alors que les montants correspondant aux transferts de matériel et de logiciels paramétrables de base avaient été énumérés sous la rubrique «biens».

Nous sommes en outre d'avis que lorsque les services concernés dans un contrat sont des services très spécialisés dont l'accomplissement nécessite des connaissances ou compétences rares, cela peut être un indice que l'objet essentiel du contrat est la prestation de services.

Une autre source d'information, d'ailleurs récemment retenue par la Cour de cassation⁸⁵, peut être les dénominations adoptées par les parties dans le contrat pour se décrire elles-mêmes. Si, par exemple, le contrat utilise les expressions «acheteur» et «fabricant», cela peut suggérer, si accompagné d'autres indices, que les parties voulaient conclure un accord classique de vente de marchandises.

En dépit de tout ce qui précède, nous sommes tout aussi convaincus que bien des accords dans le domaine de l'intégration de systèmes sont incontestablement des ventes de marchandises pour lesquelles la Convention a parfaitement lieu de s'appliquer. Nous faisons référence, par exemple, aux nombreuses opérations dans lesquelles la solution est composée principalement de logiciels standards ne nécessitant aucune modification (ou très peu) et de matériel neuf permettant son utilisation⁸⁶. Un autre cas de figure est celui de l'intégrateur qui met au point sur mesure une solution pour un client précis (opération échappant peut-être à la qualification de contrat de vente) et qui, ensuite, commercialise cette même solution auprès d'autres clients sans la modifier considérablement (vente de marchandises).

Nous nous permettons enfin une dernière observation pour les situations où les tribunaux adopteraient l'approche inverse, c'est-à-dire celle selon laquelle les prestations de service rattachées à la production d'un logiciel spécifique ne devraient pas être prises en compte pour l'analyse mathématique menée en vertu de l'article 3(2). Il convient tout de même dans cette circonstance de rechercher si les *autres* services présents dans le contrat complexe (soit les services complémentaires non liés à la production même du logiciel) viennent changer la nature du contrat, de telle manière qu'il ne soit plus question d'un contrat de vente. À juste titre, les auteurs qui

⁸⁵ Cass. civ. 1^{re}, France, 30 juin 2004, *Société Romay AG c. SARL Behr France*, en ligne : UNILEX : <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=981&step=FullText>> :

[A]ttendu que l'arrêt retient, d'une part, que dans le contrat litigieux les parties sont désignées comme "fabricant" et "acheteur" et d'autre part qu'y sont déterminées précisément la marchandise à fournir, les quantités à livrer, la méthode de détermination du prix et les modalités de paiement [...], la cour d'appel a pu en déduire que l'accord comportait des obligations réciproques de livrer et d'acheter une marchandise déterminée, à un prix convenu de sorte qu'il constituait une vente soumise à la Convention de Vienne [...].

⁸⁶ Nous avons vu un pareil résultat dans l'affaire *Société PCB Service*, *supra* note 40, où le tribunal a retenu la thèse d'un contrat de vente parce que l'objet de la vente était un objet existant qui n'avait subi que de légères modifications.

rejetent un traitement distinct pour les logiciels spécifiques, en les assimilant à tout autre bien à fabriquer, acceptent néanmoins que les autres services dont il s'agit dans un contrat complexe peuvent retirer du champ d'application de la Convention une opération qui y reposerait autrement⁸⁷.

Conclusion

L'ensemble de décisions jurisprudentielles qui a permis de mener cette étude concerne principalement l'analyse générale de l'article 3, et non ses applications particulières aux contrats de vente de logiciels spécifiques ou aux transactions complexes réunissant la fourniture de logiciels individuels, logiciels produits en série, matériel et services associés. Notre analyse de cette jurisprudence générale démontre qu'à ce jour, les juridictions judiciaires et arbitrales n'ont pas adopté une interprétation claire, définitive ou cohérente de l'article 3. Étant donné les positions divergentes et contradictoires adoptées par ces tribunaux au sujet de l'article 3, l'étude de cette jurisprudence générale est d'une utilité limitée pour anticiper la position majoritaire qui émergera concernant ses applications particulières.

Parmi d'autres points non résolus, une hésitation demeure au sujet de la qualification comme «services», dans le contexte de l'article 3(2), du travail nécessaire à la production d'un bien spécifique, et ce d'autant plus que la vente d'un exemplaire de ce même bien, si produit postérieurement en série et commercialisé plus largement auprès de commerçants, serait en général considérée comme vente en vertu de la *CVIM*. Cette interrogation relative aux services de fabrication est indissociable de celle de la pertinence pour l'analyse de l'article 3 de la spécificité d'une transaction commerciale, ou du fait que son objet soit, d'une façon ou d'une autre, «sur mesure» ; les opinions diffèrent sur ce point également.

Nous avons aussi observé les approches divergentes à l'analyse de la notion de «part prépondérante» mentionnée à l'article 3(2). Cette analyse peut, en effet, être un exercice mathématique, une recherche des intentions des parties ou un amalgame des deux approches.

Les quelques affaires qui considèrent une éventuelle application de la *CVIM* aux ventes de logiciels ou à d'autres marchés dans le domaine de l'informatique sont trop peu nombreuses et parfois trop confuses pour pouvoir annoncer dès à présent une

⁸⁷ Voir Lookofsky, *supra* note 73 : «The tailor-made software discussion should not be confused with the separate question of “mixed” (sales and service) transactions : in cases where the *service element* (say, a supplier's post-delivery obligation to service and maintain computer hardware and/or software) *predominates* — *i.e.*, where the value of maintenance is greater than the value of the computer and/or software) — then Article 3(2) will serve to ensure that the entire transaction is removed from the CISG scope» (*ibid.* aux pp. 278-79, n. 79) ; Diedrich reprend l'idée que «[t]he CISG cannot be applied to mixed transactions, software contracts in which, according to article 3, the supply of labor or other services [fro]m the major part of the obligation» (Diedrich, «Maintaining Uniformity», *supra* note 73 à la p. 336).

tendance dominante durable. De plus, bien que quelques auteurs aient défendu une interprétation de la *CVIM* couvrant toutes ventes de logiciels — qu'ils soient standards ou spécifiques — dans le but de simplifier et d'uniformiser l'application de la Convention, la majeure partie de la doctrine et de la jurisprudence fait preuve d'une grande réticence. Peut-être n'y a-t-il pas de base solide et claire dans les termes de la Convention pour exclure la vente isolée de logiciels spécifiques de son application, mais les doutes demeurent chez les auteurs et à travers la jurisprudence.

La raison de cette hésitation est peut-être liée à l'idée selon laquelle deux types d'opération devraient être considérés différemment, car elles sont différentes par leur nature. Le premier est l'achat d'un exemplaire d'un bien produit en grande quantité pour un large public, même un bien qui est extrêmement complexe et pour lequel il a fallu, avant sa commercialisation, un important travail de recherche et de développement. Le second est le contrat qui appelle la fourniture au client individuel, sous une forme concrète, des fruits d'une activité essentiellement intellectuelle et qui répond, du moins à l'heure du contrat, uniquement aux exigences individuelles de ce client. Les juges sont peut-être influencés par un souhait d'éviter les simplifications dont l'unique objectif, utilitariste, est de chercher à repousser les limites de la *CVIM*⁸⁸.

Nous avons proposé d'accorder un rôle significatif à la recherche de l'objet essentiel que les parties ont visé en concluant leur accord. Cette approche permet de reconnaître, quand cela est le cas, que les parties ne considèrent pas l'achat d'une solution informatique comme l'équivalent de l'achat d'un bien, même un bien très complexe et spécialisé.

Quoi qu'il en soit, l'état actuel de la jurisprudence comme de la doctrine ne laisse pas présager une résolution imminente des questions abordées ici. Il ne faudra peut-être pas l'attendre longtemps : on peut s'attendre à un nombre croissant de jugements dans ce domaine puisque les contrats d'intégration de systèmes sont de plus en plus courants. Les juridictions jusqu'ici mal à l'aise avec la Convention ou mal informées à son sujet (tels le Canada et les États-Unis) se mettront alors à l'appliquer et les jugements étrangers dans le domaine seront de plus en plus accessibles en traduction sur Internet et ailleurs.

⁸⁸ Voir Kahn, «Qu'est-ce que la vente ?», *supra* note 9 : «Il faut se garder [...] de vouloir faire preuve de trop d'esprit mondialiste en voulant analyser de nombreux contrats comme s'il serait souhaitable qu'ils soient régis par la Convention de Vienne. Certes, toute l'évolution du droit du commerce international est dans le sens de l'unification, mais peut-être pas dans celui d'une trop grande simplification des opérations contractuelles objet de cette unification» (*ibid.* à la p. 251).