

L'INTERNATIONALISATION DE LA VENTE

par

Philippe KAHN

*Directeur de recherche au CNRS
CREDIMI - CNRS
(Université de Bourgogne)*

La vente est le contrat le plus utilisé dans les relations commerciales internationales et en constitue le contrat-pivot, soit que d'autres contrats soient organisés en fonction d'elle (transports, assurances, financement), soit qu'elle serve d'inspiration et de référence à des contrats voisins (contrat de construction, contrat d'investissement). Pendant longtemps la vente internationale n'a été considérée, selon les théories dominantes en matière de conflit de lois, que comme une vente interne quant à sa substance, mais pour laquelle il fallait déterminer le pays de rattachement, puisqu'elle avait des points de contact avec plusieurs Etats. Aussi le problème, réglé de multiples façons, était-il de déterminer le critère d'internationalité de la vente.

L'internationalité de la vente se confond donc avec la recherche d'un critère permettant de distinguer une vente interne d'une vente internationale avec pour objectif de déterminer ensuite le droit applicable.¹

L'internationalisation de la vente porte sur un autre phénomène, apparu plus tardivement, qui est l'intégration de l'opération dans un ordonnancement juridique mondial. En effet, ce qui paraît fondamental à l'heure actuelle c'est la mondialisation de l'économie² due à des facteurs souvent décrits : production de masse, distribution sans frontière, moyens de transport et de communication de plus en plus rapides et fiables conduisant à un espace économique mondial, même si la société politique reste interétatique. Il en résulte nécessairement que la vente, principal instrument juridique du commerce international, doit s'insérer dans ce nouvel espace et acquérir une juridicité qui en soit la correspondance. Internationalisation devient alors synonyme de mondialisation, ou peut-être plus exactement de transnationalisation.

Cet état de choses, qui repose sur l'analyse des modes de production et de distribution est pour le moment accentué par la position idéologique de la

1. Vincent Heuzé, *La vente internationale de marchandises*, GLN Joly éd. 1992, p. 5, n° 4.

2. Charles-Albert Michalet, *Le capitalisme mondial*.

plupart des Etats et des organisations internationales. En effet, la primauté donnée au libre échange et à la pleine concurrence, donc à la libre circulation des marchandises et des services, entraîne une lutte contre tous les obstacles et la disparité des règles de droit se révèle alors comme un obstacle important au développement des échanges. Une normalisation juridique internationale devient alors un instrument positif de mise en oeuvre de la théorie.

L'internationalisation en cours n'exclut pas l'approche de l'internationalité car les deux phénomènes sont à la fois antagonistes et complémentaires. Si l'un exprime en quelque sorte la reconnaissance mutuelle des Etats dans un système de coordination, de coexistence pacifique, lorsque des actes juridiques sont susceptibles de relever de plusieurs souverainetés, l'autre fait passer la vente dans une autre sphère juridique, celle du droit transnational. Mais c'est à partir de l'internationalité de la vente que l'on peut passer à son internationalisation. On rappellera donc très brièvement les étapes de distinction de la vente internationale par rapport à la vente interne, avant de décrire comment s'élabore une régulation du commerce international dans son contrat le plus fréquent par un système mondial de droit.

I - VENTE INTERNATIONALE ET VENTE INTERNE

La distinction entre vente internationale et vente interne a été examinée en premier lieu au regard des conflits de lois, c'est-à-dire pour déterminer de quel droit relevait une vente. Dans cette optique, on peut se contenter de critères sommaires dits juridiques. En effet, la démarche se fait en deux temps : constat qu'une vente présente des éléments qui touchent à plus d'un Etat : nationalité des parties, lieu de leur établissement, lieu de conclusion du contrat, lieu d'exécution, monnaie du contrat, juridiction compétente, volonté des parties etc..., puis pondération de ces divers indices afin de déterminer l'Etat avec lequel la vente a les liens les plus étroits, l'Etat dans lequel finalement le contrat est localisé selon la terminologie de Batiffol. Reconnaître qu'une vente est internationale dans ces conditions n'entraîne pas de grands risques puisqu'elle sera soumise ensuite, sur le fondement de cette internationalité de principe, à un contrôle beaucoup plus serré.

Le problème est plus délicat lorsqu'on introduit des règles de droit matériel présentées comme universelles mais qui sont, en ce qui concerne la France, plutôt des règles d'application immédiate d'origine jurisprudentielle : validité des clauses monétaires, validité de la clause compromissoire, aptitude à compromettre des entreprises publiques etc... En effet, il ne s'agit plus de coordonner l'application de législations potentiellement compétentes dans leur généralité, mais d'affirmer sur quelques points particuliers l'empire de solutions qu'on ne peut pas fonder sur l'internationalité retenue en cas de conflit de lois. D'où la célèbre formule du Procureur général Matter sur le flux et le reflux de valeurs, modernisée dans un concept plus général des intérêts du commerce international. Chaque règle matérielle exorbitante du droit interne est reconnue par les tribunaux au nom des intérêts du commerce international qui justifie par son particularisme et ses exigences un régime particulier. Ce critère dit économique comporte en réalité une justification générale qu'il faudrait normalement conforter par des critères

plus techniques et la formule de Matter reste d'actualité si on lui donne une interprétation large tenant compte de l'évolution du commerce international et des objets dudit commerce : services, financements, investissements, propriétés intellectuelles. Là encore, justification et critère fusionnent, laissant à l'interprète un grand pouvoir d'appréciation, donc d'arbitraire. Ce qui n'est pas forcément contraire aux intérêts du commerce international.

Enfin, plus récemment, est apparu un troisième facteur de complication avec la conclusion de nombreuses conventions internationales portant sur le droit de la vente internationale, soit conventions pour régler les conflits de lois, comme par exemple les Conventions de La Haye de 1955 et de 1986, soit conventions pour établir des règles matérielles applicables à la vente comme les Conventions de La Haye de 1964 et la Convention de Vienne de 1980. Le problème reste assez simple pour les conventions de conflit pour lesquelles on peut appliquer *mutatis mutandis* les critères juridiques. Mais pour les conventions de droit matériel, le problème est plus délicat. On substitue en effet à des législations nationales, par hypothèse non semblables, une réglementation unique à compétence virtuellement mondiale.³ Comme ces conventions ne s'appliquent qu'à la vente internationale, la détermination du critère de différenciation vente interne, vente internationale, devient essentielle. On a donc une fourchette entre la détermination d'un critère scientifique, c'est-à-dire qui s'appuierait sur les caractéristiques principales de la vente internationale et les nécessités de la diplomatie.⁴ Le critère scientifique - s'il existe - peut être déformé soit parce que l'on veut accroître le domaine d'application, soit parce qu'on veut le restreindre, cas le plus fréquent. Ainsi on a un exemple de la méthode de restriction dans les Conventions de La Haye de 1964 dans lesquelles à un critère de base, le lieu de situation de l'établissement de chacune des parties, on a ajouté des critères complémentaires dont l'ajout alternatif au critère de l'établissement permet de reconnaître une vente internationale au sens de la convention en moins grand nombre que si l'on s'était contenté du critère du lieu de situation.

Actuellement un large consensus semble se dégager pour reconnaître comme critère prépondérant (mais non unique), la localisation des établissements du vendeur et de l'acheteur sur le territoire d'Etats différents. Il est retenu dans trois récentes conventions internationales (New York 1974, Vienne 1980, La Haye 1986) et il est souvent utilisé par les tribunaux arbitraux. Il répond bien à l'idée moderne que le contrat est un instrument de gestion de l'entreprise et qu'il ne doit pas en être isolé. Or, c'est à l'établissement des parties que se trouvent postes de commandement et d'organisation. Il est donc tout à fait légitime d'y rattacher le contrat. La localisation des établissements sur le territoire d'Etats différents laisse présumer avec une probabilité suffisante que seront présents les critères juridiques et économiques, car les activités des deux entreprises profiteront aux Etats de situation. Il est certain que le critère de l'établissement ne répond pas à toutes les situations, mais c'est le plus exact et le plus complet de tous ceux qui ont été avancés et il est relativement facile à utiliser. Il est en tout cas plus pertinent que les critères juridique et économique.

3. V. *infra* 7.

4. Jean-Michel Jacquet, "Réflexions sur l'oeuvre de la Conférence de La Haye de droit international privé dans le domaine économique", *JDI* 1994, p. 5.



Finalement on constate que la notion d'internationalité utilisée pour distinguer vente interne et vente internationale est traitée comme une notion fonctionnelle à contenu variable en fonction du problème posé. Elle rejoint par là celle de nationalité telle qu'elle ressort de l'arrêt du Tribunal des conflits *Mayol Arbona*.⁵ Mais que, malgré tout, se dégage un critère de plus en plus clair dès lors qu'il sert à soumettre la vente non plus à un droit interne mais à un droit transnational et l'on entre dans la sphère de l'internationalisation de la vente.

II - DE L'INTERNATIONALITÉ A LA TRANSNATIONALISATION DE LA VENTE

L'idée d'un droit mondial dépasse largement le droit de la vente. On en a quelques expressions spectaculaires avec la notion récente de patrimoine commun de l'humanité utilisée dans le droit de la mer, le droit de l'espace, le droit des biens culturels. Des conventions internationales organisent l'exploitation de certaines richesses ou la conservation de certains biens dans l'intérêt immédiat de l'humanité et dans l'intérêt des générations futures.⁶ Elles posent plutôt des règles de coopération entre les Etats et des obligations de comportements (règles d'application immédiate), mais elles ne sont pas sans conséquences directes sur les activités privées.⁷ Elles sont la manifestation de la mise en place d'un cadre juridique mondial dans lequel s'insèrent des opérations économiques.

On a depuis plusieurs décennies une approche plus discrète de cette mondialisation par l'appropriation juridique des opérations par les opérateurs du commerce international appuyés sur les grandes institutions professionnelles. Le phénomène a été décrit depuis longtemps avec la très belle thèse d'Ishizaki sur la vente de la soie et récemment par celle de Joëlle Simon sur la vente de céréales ou celle de Hervé Leclercq sur la vente d'uranium.⁸ Les multiples travaux autour de la *lex mercatoria* ont fait apparaître l'apport irremplaçable de la Chambre de commerce internationale avec les Incoterms et les usances du crédit documentaire et l'institution d'une structure d'organisation des litiges avec la Cour d'arbitrage, dont le changement récent de dénomination est d'ailleurs significatif ("Cour Internationale d'arbitrage" se substituant à "Cour d'arbitrage").

La Cour d'arbitrage est la clé de voûte du système, si l'on admet avec Edouard Lambert que c'est le juge qui fait, reconnaît ou authentifie la coutume et les usages. Dans un travail maintenant ancien (1961, *La vente commerciale internationale*), nous avons pu soutenir qu'à travers les

5. *T. confl.*, 23 novembre 1959, Soc. Mayol Arbona, *JDI* 1961, p. 442, note B. Goldman.

6. Charles-Alexandre Kiss, "La notion de patrimoine commun de l'Humanité", *Rec. cours La Haye* 1986, t. 175, p. 103.

7. Affaire des Pyramides; v. Emmanuel Gaillard, *chron. CIRDI, JDI* 1994, p. 219 et 229.

8. Masaichiro Ishizaki, *Le droit corporatif international de la vente de soies*, 3 vol., Giard, Paris, 1928; Joëlle Simon, *Le commerce international des céréales (Pouvoirs étatiques, pouvoirs économiques privés)*, Thèse, Paris II, 1986, doct.; Hervé Leclercq, *Prévision et imprévision dans les rapports entre acheteurs et vendeurs d'uranium naturel*, Thèse, Institut de droit européen de Florence, 1990, doct.

errements de la pratique se dessinait une vente internationale avec deux types, la vente internationale de biens fongibles et la vente internationale de biens non fongibles (qualification juridique), la vente de produits de base, de biens intermédiaires et de biens de consommation et la vente de biens d'équipement (terminologie commerciale courante). Les règles applicables dans chacune de ces catégories étaient universelles en ce sens qu'elles étaient reconnues par les professionnels du commerce international et qu'elles émanaient d'ailleurs d'eux. C'était les prémisses de la *lex mercatoria* dont on parlait peu à l'époque et dont on ne pouvait prévoir l'extraordinaire développement qui allait suivre ni le champ d'affrontement qui en résulterait.

Ce droit, issu des pratiques contractuelles organisées dans le cadre des organismes professionnels ou de façon plus spontanée par des pratiques de firme, authentifié par l'intervention des tribunaux arbitraux, est d'une grande richesse inventive. Mais on a pu lui faire deux séries de reproches qui ne sont pas sans fondement, indépendamment de la controverse sur le pluralisme des ordres juridiques. Tout d'abord, on a soulevé le caractère flou et souvent lacunaire de ce droit professionnel; ensuite, on a souligné la difficulté d'accès à sa connaissance en raison de la discrétion des entreprises et de la confidentialité des sentences arbitrales. Ces défauts, réels, sont en voie d'atténuation considérable. On connaît la politique hardie de la CCI qui a facilité la publication d'extraits de sentences, tout en préservant le secret indispensable, qui a également facilité la publication des décisions de procédure. Ce qui donne une bonne connaissance de la jurisprudence arbitrale et la consolide en même temps. L'accès aux contrats, contrats type, conditions générales, est de plus en plus aisé. Il n'est donc pas étonnant que l'idée même d'une *lex mercatoria* soit de mieux en mieux acceptée.

Les derniers travaux sur la *lex mercatoria*⁹ ont largement exposé l'histoire et le bilan de la théorie et ils ne démentent ni ne contredisent les principales conclusions qui en ont été tirées, qu'ils soient favorables ou qu'ils soient au contraire réservés : la capacité d'organisation des milieux professionnels dans une perspective mondiale d'une part et dans une perspective a-nationale d'autre part. Tout ceci est fort connu et le rappeler pourrait paraître superflu s'il ne fallait donner tous les éléments entraînant l'internationalisation de la vente. Or, si l'immixtion des professionnels dans la construction du droit de la vente transnationale a été longtemps prépondérante, une évolution d'origine étatique est en train de modifier le paysage juridique en place, évolution dont l'aboutissement devrait conduire à une complète transnationalisation de ce qu'il est encore convenu d'appeler la vente internationale. En effet la communauté des Etats, soit directement (conventions), soit par l'intermédiaire d'organismes internationaux spécialisés, a entrepris l'élaboration de règles dont l'esprit témoigne d'une véritable internationalisation du fond quant aux objectifs poursuivis. Une vente ainsi internationalisée devient l'instrument potentiellement unique des échanges internationaux accomplis par ce type de contrat.

9. De Ly, *International Business Law and Lex Mercatoria*, North-Holland, Amsterdam, 1992.

A - Conventions internationales et vente transnationale

Le texte pivot est la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises (CVIM).¹⁰ C'est une convention élaborée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), donc une convention à portée mondiale. Entrée en vigueur le 1er janvier 1988, elle est actuellement ratifiée par 34 Etats représentatifs de tous les systèmes juridiques. Son domaine d'application repose principalement sur la notion de vente internationale pour laquelle elle a retenu le critère de la localisation des établissements du vendeur et de l'acheteur, combiné avec celui d'Etat ratifiant.¹¹ Mais s'y ajoutent le choix des parties, la référence par les tribunaux arbitraux qui y trouvent un droit répondant à leur mission car apparaissant comme une manifestation d'une règle universelle. Enfin, le droit conventionnel devenant le droit national des Etats ayant ratifié la convention, il est normalement applicable lorsqu'une règle de conflit de lois désigne ce droit. Il en résulte que d'ores et déjà une part importante du commerce mondial devrait être régie par ce droit de conception et d'application universelles et que cette part devrait aller en augmentant avec le temps.

Un deuxième aspect de la convention qui renforce la transnationalité du système porte sur la méthodologie adoptée. Tout d'abord, les règles établies empruntent pour beaucoup d'entre elles à des institutions allemandes, françaises et surtout américaines (*Uniform Commercial Code*). Certains en ont conclu rapidement à l'absence d'originalité du texte qui ne serait qu'un patchwork de règles nationales où domineraient les tissus anglo-saxons. Cette approche est fruste et les conséquences tirées excessives. Certes les auteurs de la convention se sont inspirés de solutions existant déjà, mais peut-on, dans le droit des obligations, innover en tout ? Ce qui est essentiel, c'est que l'ensemble soit cohérent et original et ne constitue nullement une mise bout à bout de morceaux de droit national. Les défauts du texte - et ils sont nombreux - relèvent plus des difficultés inhérentes à toute codification internationale¹² que d'un soi-disant copiage. Et le texte constitue en définitive une version moderne mais non surprenante d'un droit de la vente applicable quelles que soient l'origine ou les traditions des contractants.

Un autre point marque fortement la transnationalisation du texte. Il porte sur les directives d'interprétation. Le système proposé (article 7) est un système d'interprétation intrinsèque. Il invite l'interprète à tenir compte du caractère international de la convention et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application. C'est donc l'exclusion du recours à une qualification nationale et de la transposition des institutions nationales. Cette dernière méthode d'interprétation avait été prônée par ceux qui ne voulaient voir dans la convention qu'une addition de règles nationales. Mais elle est contraire à la lettre du texte et surtout à son fond car les règles

10. Honnold, *Uniform Law International Sales*, Kluwer Deventer, 2ème éd. 1989; Bianca et Bonell, *Commentary on the International Sales Law*, Guiffre, Milan, 1987; B. Audit, *La vente internationale de marchandises*, L.G.D.J., Paris, 1992; J.P. Béraudo et Ph. Kahn, *Le nouveau droit de la vente internationale de marchandises*, Marchés internationaux, Paris, 1989.

11. Il faut ajouter à ces deux éléments de base concernant l'internationalité ceux qui délimitent les notions de vente et de marchandise au regard de la Convention.

12. V. Jacquet, *op. cit.*, note 4.

conventionnelles perdraient toute cohérence si elles n'étaient pas interprétées les unes par les autres et dans un esprit international, en réalité transnational puisque leur domaine d'application est universel. Cette première directive, essentielle pour le bon fonctionnement de la convention, est complétée par une directive moins originale, celle de recourir à la bonne foi pour l'examen des comportements des contractants et la détermination des règles applicables. Or, la bonne foi est un des principes fondamentaux de la *lex mercatoria*¹³ et dans une large mesure le principe de référence. Par là, la convention se situe dans la juridicité du commerce international telle qu'elle a été établie par les professionnels et si les directives d'interprétation laissent une large place à la subjectivité de l'interprète, donc à une certaine incertitude, leur intérêt, entre autres, est de marquer l'autonomie de la vente internationale des droits nationaux.

Il faut également retenir dans les manifestations de la transnationalisation la place importante faite aux usages et aux comportements professionnels (art. 8, al. 2 et 3, art. 9). En effet, par cette reconnaissance, la convention, dont l'origine interétatique doit être présente à l'esprit, valide en quelque sorte le droit transnational élaboré par les opérateurs qui repose essentiellement sur les usages et les conditions générales de vente. Comme l'a bien montré un auteur,¹⁴ le caractère général de la Convention en fait le complément du droit issu des usages et conditions générales, plus concret, plus spécifique et aussi plus lacunaire. Si l'on ajoute que le droit conventionnel est supplétif et n'intervient donc que comme cadre des ventes particulières, il se dessine ainsi un bloc complexe de règles juridiques formant un réseau superposé aux règles nationales.

Parallèlement à la convention CVIM qui ne concerne que les obligations réciproques du vendeur et de l'acheteur, d'autres conventions ont été conclues, destinées à renforcer le système CVIM en le complétant sur certains points spécifiques ou augmentant la densité du réseau transnational des opérations.

La plus intéressante est celle portant sur la prescription en matière de vente. C'est aussi une convention CNUDCI. Conclue à New York dès 1974, elle a été modifiée en 1980 pour être mise en harmonie avec la CVIM. Cette convention est importante car elle répond à une objection de ceux qui veulent maintenir le commerce international dans des limites juridiques nationales : comment extraire de généralités et de principes vagues des règles précises quantifiées. Ainsi comment traduire en langage juridique un délai raisonnable de prescription alors que tous les droits nationaux connaissent des délais fixes. La Convention de New York répond à l'objection et comble une lacune de la CVIM en introduisant des références quantitatives là où n'existaient que des règles qualitatives. On rapprochera de ce texte le projet d'UNIDROIT sur la protection des biens culturels. Ce projet destiné à lutter contre les déplacements illicites d'oeuvres d'art neutralise la prescription du fameux article 2279 du Code civil (ou les textes équivalents des codes étrangers) par des prescriptions spécifiques à un certain type de commerce.

13. Filali Osman, *Les principes généraux de la lex mercatoria*, L.G.D.J., 1992.

14. M. Fontaine, "Le droit de la vente internationale. Convention de Vienne et contrats-types" in *Evolutions récentes du droit des affaires, Commission Droit et Vie des Affaires*, Kluwer, Bruxelles, 1992.

Au-delà de ses données pratiques, le règlement de la prescription, alors que les divergences nationales sont très grandes quant à son fondement, montre bien la tendance à l'universalisation du droit de la vente internationale.

D'autres conventions ont été élaborées comme celle de Genève du 17 février 1983 sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises. Ce qu'il faut en retenir, c'est un ensemble constituant un module vente internationale (transnationale) cohérent et en accroissement, module élaboré par les Etats et se substituant peu à peu aux modèles nationaux.

B - Soft Law et vente transnationale

Sans revenir sur le débat sur la *lex mercatoria* dont toutes les données sont connues et ont été discutées à satiété, une manifestation récente de la formation douce du droit transnational de la vente internationale doit être exposée. C'est un projet achevé mais non encore expérimenté, projet de Principes pour les contrats commerciaux internationaux et son adoption par les opérateurs constituerait une avancée exceptionnelle vers l'internationalisation de la vente.

Les principes pour les contrats commerciaux internationaux ont été élaborés à la lumière de la CVIM et le principal responsable de cette élaboration, le Professeur Bonnel, est aussi un des meilleurs commentateurs de la Convention de Vienne. Le travail a été entrepris par l'Institut International pour l'Unification du Droit Privé de Rome (UNIDROIT) selon les procédures habituelles à ce genre d'organismes : travail interne, examen par des experts extérieurs conduisant à un texte final. Il a pour origine la constatation que le recours à des principes généraux tirés de pratiques et notamment de la jurisprudence arbitrale ou à des usages locaux ou corporatistes conduisait à des règles indéterminées, à une certaine confusion et finalement à l'arbitraire des arbitres. En supposant ces objections fondées, le travail d'UNIDROIT y répond complètement. Il se rapproche de l'oeuvre de la CCI mais avec un objectif beaucoup plus large puisqu'il a l'ambition de fournir l'ensemble des principes régissant les contrats internationaux. En réalité, sous une forme discrète et modeste et un titre neutre, c'est un code international des obligations qui a été élaboré et dont l'ambition est de régir les opérations du commerce international et notamment la vente. Cela explique que le document soit volumineux et présenté dans une numérotation complexe à l'instar de l'*Uniform Commercial Code* dont il transpose les ambitions fédérales au niveau mondial. L'importance et la nouveauté du texte justifient une brève présentation permettant de situer l'apport des principes à l'internationalisation de la vente. L'essentiel se trouve dans le préambule.

Ce préambule débute par l'affirmation ferme et forte que les Principes établissent les règles générales pour les contrats commerciaux internationaux. C'est donc une confirmation qu'il existe bien une spécificité des contrats internationaux, donc de la vente internationale, légitimant un régime spécifique d'application mondiale et non pas simplement des contrats qui, ayant des points de contact avec plusieurs Etats, doivent nécessairement

être rattachés à l'un ou à l'autre. En revanche, les principes ne donnent pas le critère de différenciation des contrats internes des contrats internationaux. Le commentaire - bref - qui accompagne le texte ne donne pas d'explication sur cet absentéisme, sinon qu'il faut donner au terme "international" la plus large interprétation possible et seulement exclure les opérations qui n'auraient de liens qu'avec un seul Etat. C'est donner une grande liberté à l'interprète et sans doute introduire des distorsions de traitement selon le juge saisi. Mais c'est une pratique courante : ainsi la Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels ne contient aucun critère de différenciation, au contraire de celle de 1986. Dans une perspective voisine, la Convention de Washington du 18 mars 1965 ne contient pas de définition du terme "investissement" afin de permettre la plus large interprétation possible dans un contexte où plusieurs définitions s'affrontent.¹⁵

Un aspect important à dégager porte sur la façon dont les principes régiront une vente internationale ou tout autre contrat international, car on y trouve des avancées significatives vers la mondialisation du régime juridique du commerce international.

Le premier élément retenu est constitué par le choix exprès des parties. C'est certes une application du principe de l'autonomie de la volonté que presque tous les droits nationaux reconnaissent en matière internationale ainsi que les conventions internationales depuis celle de La Haye de 1955. Mais alors que les conventions, notamment celles de La Haye, semblent limiter le choix des parties à un droit national,¹⁶ par définition le choix des parties est ici bien plus large, mais il doit être exprès. Le deuxième élément consiste à fournir aux arbitres qui, ne dépendant pas d'un for, ont une grande liberté d'action pour choisir le droit applicable à un contrat (voir en particulier les loi-modèle et règlement d'arbitrage de la CNUDCI ou le règlement d'arbitrage de la CCI) et donc de recourir aux dits principes, c'est-à-dire à une solution adaptée et universelle. Un troisième moyen est de considérer que les renvois contractuels à la *lex mercatoria*, aux usages, aux principes généraux, peuvent s'interpréter comme des renvois aux principes. La raison de cette substitution est dans la connaissance sûre et certaine des principes par comparaison avec la *lex mercatoria* dans son acception actuelle. D'autant plus que de nombreux principes retenus par UNIDROIT sont empruntés à la *lex mercatoria* ou résultent des études faites à son sujet. On peut hésiter entre deux explications, soit la substitution constitue un choix exprès, soit comme semble le laisser entendre le commentaire, la qualité des principes justifierait en soi une telle substitution. Ce serait alors une application objective et une prise de position sur leur nature juridique. Ce qui confirme la mise en place d'un système de plus en plus complet de règles de droit transnationales applicables à la vente internationale. Les autres cas d'application des principes vont dans le même sens : leur utilisation pour interpréter ou pour compléter les instruments internationaux en cas d'hésitation sur le sens à donner à l'une ou l'autre de leurs dispositions ou de

15. Voir la controverse Patrick Juillard. *Annuaire fr. dr. int.* 1984, p. 779 et Ph. Kahn, "L'extension de la notion d'investissement" in Bourrinet (éd.) *Les investissements français dans le Tiers Monde*, Economica, Paris, 1994, p. 111.

16. Encore que pour la Convention de 1955, la *lex mercatoria* n'était pas connue, ni a fortiori reconnue et qu'il faut sans doute interpréter le texte comme excluant le renvoi. La possibilité de choisir un droit a-national reste entière.

lacunes. C'est une référence sans mystère à l'article 7 de la CVIM et il est clair que les principes, à ce point de vue, constituent un excellent complément aux conventions internationales. Enfin, les principes sont présentés comme modèle que pourraient suivre des gouvernants réformateurs de leur législation, à l'instar des lois modèles de la CNUDCI.

Apparaît bien l'ambition de fournir à la Communauté internationale des Etats et des opérateurs du commerce international un instrument de portée mondiale apte à régir les contrats internationaux et par voie de conséquence la vente, contrat pivot. Le problème est de savoir si le texte a les moyens de son ambition. Un examen approfondi dépasse le cadre de cette étude, tout au plus quelques brèves observations peuvent-elles être faites ne portant que sur quelques points.

L'article 1er reconnaît aux parties la liberté de contracter et de déterminer le contenu de leur contrat, mais cette liberté est limitée par la nécessité de respecter les règles obligatoires des Etats intéressés et surtout de respecter les règles obligatoires posées par les principes telles que le respect de la bonne foi, certaines règles relatives à la validité du contrat, aux clauses de limitation de responsabilité ou aux clauses de pénalité. Cette disposition marque un réel progrès dans le sens d'une juridiction internationale car l'un des reproches fait à la CVIM est justement, à une exception près, très limitée, de ne pas contenir de règle d'ordre public. Or il est exclu qu'on puisse valider un système juridique mondial qui ne contiendrait aucune règle obligatoire. La CVIM pour assurer un contrôle d'ordre public doit s'en remettre à l'ordre public des Etats qui complète ainsi le droit conventionnel, ce qui atténue fortement sa portée philosophique. Même si les règles d'ordre public retenues par les principes sont encore limitées en nombre, on a maintenant un système plus cohérent, d'autant plus que la référence à la bonne foi et à un comportement loyal est susceptible d'une interprétation extensive.

En effet, l'article 1 (1-7) introduit l'obligation pour les parties d'agir de bonne foi et d'avoir un comportement loyal dans leurs relations commerciales internationales et elles ne peuvent exclure ou limiter cette obligation. Le principe de bonne foi est un principe fondamental de la *lex mercatoria* et a servi de base pour développer toute une série d'autres principes plus spécifiques.¹⁷ Son admission dans les principes et son caractère d'ordre public en font un élément déterminant du système.

Le dernier exemple que l'on retiendra porte sur la révision des contrats. Le *hardship* comme règle de la *lex mercatoria* est très controversé. Le problème, dans la période contemporaine, a surgi avec la première crise pétrolière de 1973, qui a provoqué de nombreuses difficultés d'exécution. La plupart des arbitres saisis ont maintenu la suprématie du contrat tel qu'il avait été conclu *ab initio* lorsque les parties n'avaient rien prévu. Professionnelles, il leur appartenait de prendre les précautions adéquates. En revanche, on peut relever une interprétation plutôt large des clauses d'adaptation lorsqu'elles existaient. Un courant très minoritaire a opéré une distinction entre les contrats à exécution dans une courte durée, considérés comme spéculatifs, et les contrats de longue durée. Pour ces derniers, l'absence d'esprit spéculatif et la nécessaire coopération entre les parties conduisaient à admettre l'idée

17. Filali Osman, *op. cit.* note 12.

d'un maintien de la valeur des prestations contractuelles d'origine et d'un partage des risques. Ce courant a été illustré par la fameuse sentence Ripert et Panchaud rendue dans l'affaire Société d'études et d'entreprise. Dans le cadre des juridictions étatiques, on trouve une grande diversité d'approche des lois nationales bien exposée dans le beau livre de M. Philippe.¹⁸ Mais finalement, si beaucoup de législations admettent en principe l'adaptation du contrat, la pratique réelle semble bien en deçà. La doctrine est également très partagée.

La CVIM est muette sur ce point, sinon pour dire que le contrat peut être modifié ou résilié par accord amiable des parties (art. 29, § 1). Ce qui est sans doute une façon diplomatique de dire qu'elle ne peut pas être modifiée sans cet accord. Sinon le texte serait une tautologie. Les principes apportent une solution nouvelle qui paraît raisonnable et devrait obtenir un large consensus. Elle se divise en trois propositions. Tout d'abord l'affirmation de la primauté du contrat, une définition du *hardship* qui est une bonne synthèse¹⁹ des discussions qui ont agité les deux dernières décennies et qui est compréhensible, enfin elle détermine des effets propres au *hardship* qui, lorsqu'il est constaté, oblige les parties à ouvrir des négociations pour adapter le contrat - mais sans permettre sa suspension pendant la négociation - et, en cas d'échec, les parties pourront porter le problème devant une juridiction qui, si elle constate le *hardship*, pourra soit rompre le contrat, soit l'adapter pour restaurer l'équilibre.

On mesure la hardiesse de la solution. Et l'on pourrait multiplier les exemples : clauses d'exonération de responsabilité qui peuvent être annulées si elles sont *gross by unfair* mais, en tenant compte de l'objet du contrat. Ainsi des clauses d'exonération qui seraient excessives dans une vente banale peuvent être justifiées dans une vente portant sur du matériel à technologie nouvelle, encore à l'état expérimental. De même en ce qui concerne la force majeure, la définition retenue répond à ce que les opérateurs ont eux-mêmes l'habitude de stipuler : événement hors du contrôle de celui qui l'invoque et qui ne pouvait raisonnablement avoir été pris en compte au moment de la conclusion du contrat.

*
**

La période actuelle est une période riche et contrastée dans l'établissement d'une figure "vente internationale".

La difficile différenciation d'une vente internationale d'une vente interne avec l'utilisation de critères flous ou restreints est en train de faire place à

18. Denis M. Philippe, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Bruylant, Bruxelles, 1986.

19. Il y a *hardship* lorsque surviennent des événements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations, soit que le coût de l'exécution des obligations ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué, et

a) que ces événements sont survenus ou ont été connus de la partie lésée après la conclusion du contrat;

b) que la partie lésée n'a pu, lors de la conclusion du contrat, raisonnablement prendre de tels événements en considération;

c) que ces événements échappent au contrôle de la partie lésée et

d) que le risque de ces événements n'a pas été assumé par la partie lésée.

une différenciation simple par l'utilisation du critère de l'établissement des parties. Ce qui permet la construction d'un véritable droit de la vente internationale ainsi définie.

Le travail quelque peu souterrain des professionnels, mais finalement révélé au cours du temps par de nombreux travaux, manquait sans doute d'une reconnaissance et d'une armature officielles dans un contexte où les Etats affirment, formellement du moins, leur emprise. L'affirmation d'un droit matériel de la vente internationale généralisé au droit du commerce international a pu soulever scepticisme (Lord Mustill), réserves et craintes (Paul Lagarde), hostilité combative (Kassis) à la seule exception de l'oeuvre de la Chambre de commerce internationale. Le développement des conventions internationales, le relais pris par des agences telles la CNUDCI ou UNIDROIT apportent à la vente internationale les structures qui lui manquaient pour qu'elle se mondialise. L'étude de contrats voisins comme le contrat international de construction²⁰ conduit même à penser qu'il existe un contrat international dont les fondements sont communs - et c'est bien la perspective des principes d'UNIDROIT sur lequel s'articulent des contrats nommés. Il faut sans doute attendre une plus grande application de tous les textes auxquels il a été fait référence pour en tirer des conclusions fermes.

Les difficultés de cette application ont été à plusieurs reprises évoquées. Le point le plus sensible est sans doute l'absence d'une juridiction internationale régulatrice, quelle que soit l'oeuvre réalisée par les tribunaux arbitraux. Mais le chemin parcouru en une vingtaine d'années laisse la place à tous les espoirs.

20. Glavinis, *Le contrat international de construction*, GLN Joly, Paris, 1993.