

Les contrats du commerce international

Cours du Professeur Jacquet, Institut de Hautes Etudes Internationales, Genève

Par Martin H. Godel

More scripts for students of international relations: <http://www.stoessel.ch/hei>

1	NOTION DE CONTRAT INTERNATIONAL.....	3
1.1	LA NOTION JURIDIQUE DU CONTRAT INTERNATIONAL.....	3
1.2	LA NOTION ÉCONOMIQUE DU CONTRAT INTERNATIONAL.....	3
1.3	LES INTÉRÊTS DE LA DISTINCTION.....	4
1.3.1	<i>Distinction entre un contrat interne et un contrat international.....</i>	4
1.3.2	<i>Distinction entre la notion économique et la notion juridique d'un contrat international.....</i>	4
1.3.3	<i>Cas des contrats du commerce électronique.....</i>	4
2	RÈGLES DE CONFLIT DE LOIS.....	5
2.1	LES RÈGLES DE CONFLIT DE LOIS APPLICABLE À TOUS LES CONTRATS.....	5
2.1.1	<i>Le principe d'autonomie.....</i>	5
2.1.2	<i>La loi applicable à défaut de choix.....</i>	5
2.2	LES RÈGLES DE CONFLIT APPLICABLE À CERTAINS CONTRATS.....	6
2.2.1	<i>Solutions issues de la Convention de Rome.....</i>	6
2.2.2	<i>Solutions issues d'autres conventions internationales en matière de vente.....</i>	6
2.2.3	<i>Les contrats d'intermédiaires.....</i>	7
3	LES RÈGLES DE DROIT UNIFORME ET TRANSNATIONAL.....	7
3.1	LE DROIT UNIFORME DANS LE CAS DE LA VENTE INTERNATIONALE.....	7
3.1.1	<i>Uniformisation par modification du droit interne.....</i>	8
3.1.2	<i>Uniformisation sans modification du droit interne.....</i>	8
3.2	DEUX CONVENTIONS DE 1964 SUR LA VENTE (UNIDROIT).....	8
3.3	LA CONVENTION DE VIENNE SUR LES CONTRATS DE VENTE INTERNATIONALE.....	9
3.3.1	<i>Champ d'application directe.....</i>	9
3.3.2	<i>Champ d'application indirecte.....</i>	9
3.3.3	<i>Rôle de la volonté des parties.....</i>	9
3.3.4	<i>La volonté de désignation de la Convention de Vienne.....</i>	9
3.4	LES LIMITES DE L'UNIFICATION PAR DES CONVENTIONS INTERNATIONALES.....	9
3.5	LA LEX MERCATORIA – LE DROIT TRANSNATIONAL.....	10
3.5.1	<i>La notion de la Lex Mercatoria.....</i>	10
3.5.2	<i>Les éléments de la lex mercatoria – les usages et les principes.....</i>	10
3.5.3	<i>Les principes Unidroit.....</i>	11
3.5.4	<i>La Lex Mercatoria comme ordre juridique.....</i>	12
4	DISPOSITIONS INTERNATIONALEMENT IMPÉRATIVES.....	13
4.1	NOTION GÉNÉRALE DES LOIS DE POLICE.....	13
4.2	LIENS ENTRE LOI DE POLICE ET ORDRE PUBLIC.....	13
4.3	L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL.....	13
4.4	CONDITION D'APPLICATION DES LOIS DE POLICE.....	14
4.4.1	<i>Application de la loi de police du fore par le juge du fore.....</i>	14
4.4.2	<i>Application de la loi de police étrangère par le juge du fore.....</i>	14
4.5	PROTECTION DE LA PARTIE FAIBLE.....	15
4.5.1	<i>Le contrat de travail.....</i>	15
4.5.2	<i>Les contrats conclus par les consommateurs.....</i>	15
5	PROBLÈMES COMMUNS À L'ENSEMBLE DES CONTRATS INTERNATIONAUX.....	16
5.1	FORMATION DU CONTRAT INTERNATIONAL PRIVÉ.....	16
5.1.1	<i>Règle de conflit de lois en cas de question de la validité ou de l'existence du contrat.....</i>	16
5.1.2	<i>Solution de la Convention de Vienne et principes Unidroit.....</i>	16
5.1.3	<i>Recours à des contrats-types et des conditions générales.....</i>	19
5.1.4	<i>La formation progressive du contrat international.....</i>	19
5.2	EXÉCUTION DU CONTRAT INTERNATIONAL.....	20
5.2.1	<i>Influence du contrat sur la détermination des obligations des parties.....</i>	20
5.2.2	<i>Les règles applicable à l'exécution du contrat.....</i>	21
5.2.3	<i>Règles sur la détermination du contenu des obligations contractuelles d'exécution.....</i>	22
5.3	INEXÉCUTION DU CONTRAT INTERNATIONAL.....	24

5.3.1	<i>Observation générale sur les remèdes de la Convention de Vienne</i>	24
5.3.2	<i>Exécution en nature</i>	25
5.3.3	<i>Résolution du contrat</i>	25
5.3.4	<i>Dommages et intérêts</i>	26

1 Notion de contrat international

1.1 La notion juridique du contrat international

C'est la notion qui comporte l'élément « *d'extranéité* ». Ces éléments indiquent qu'il y a des points de contacts avec au moins deux Etats. Un contrat « interne » ne comporte aucun élément d'extranéité.

Ces éléments doivent être « suffisant » pour rendre un contrat « international ». Dans un premier approche, tous les éléments sont suffisants d'être des éléments d'extranéité.

Eléments susceptibles à l'extranéité :

- La nationalité
- Le domicile/la résidence
- L'établissement d'une personne morale
- Le lieu de conclusion du contrat
- Le lieu d'exécution ou de livraison
- Le lieu de situation d'un bien (celui-ci n'est pas un élément fort)
- Parfois la monnaie d'un contrat

Textes pertinants :

- *Convention de Vienne* de 1980 sur les contrats de vente internationale de *marchandises*. La Convention définit le critère de l'extranéité avec l'établissement, domicile ou résidence de l'acheteur et vendeur. Lors que les deux se trouvent dans des divers pays, l'élément d'extranéité est donné (cf. Art. 1)
- *Convention de Rome* de 1980, sur la loi applicable aux obligations contractuelles. La Convention est en vigueur dans le cadre de l'Union Européenne. Elle unifie les règles de conflit de lois. Art. 1 : *Elle s'applique uniquement aux situations de conflit de lois*. La Convention de Rome ne s'applique pas uniquement aux contrats de vente (contrairement à la Convention de Vienne).

1.2 La notion économique du contrat international

La notion économique du contrat international met en jeu les intérêts du commerce international. Le contrat implique un mouvement de biens, services ou paiements à travers les frontières. C'est la *substance économique* du contrat qui est en centre.

Exemple : Deux individus de nationalité B et C concluent un contrat en pays A ayant leur domicile en pays A. La notion juridique du contrat international pourrait considérer la nationalité comme élément d'extranéité et ainsi le contrat est vue comme international. La notion économique du contrat international considère ce contrat comme « interne » parce qu'il n'implique pas en substance *un mouvement des bien, services ou paiement à travers les frontières*.

1.3 Les intérêts de la distinction

1.3.1 Distinction entre un contrat interne et un contrat international

L'intérêt de distinction entre un contrat interne et un contrat international provient de l'existence du *principe d'autonomie* (en permettant de désigner la loi du contrat). Pour cette raison, la distinction est importante.

La Convention de la Haye du 15 juin 1955 retient cette distinction :

Art. 1 : La clause déterminante du droit applicable ne fait pas encore la différence entre un contrat interne et international.

La Convention de Rome du 19 juin 1980 précise :

Art. 3.3 Le choix par les parties d'une loi étrangère (...) ne peut (...) porter atteinte aux dispositions auxquelles la loi de ce pays ne permet pas de déroger par contrat, ci-après dénommés « *dispositions impératives* ».

1.3.2 Distinction entre la notion économique et la notion juridique d'un contrat international

La définition juridique est utilisée en matière de *conflit de lois* (en France). La définition économique peut provoquer l'application au contrat international certaines règles substantielles spécifiques.

Exemples :

- Choix de la monnaie (clause monétaire)
- Clause d'arbitrage (en France conditionné par le droit d'arbitrage international – les éléments de substance sont déterminants) (en Suisse c'est le critère juridique classique du domicile ou de la résidence qui sont déterminants).

1.3.3 Cas des contrats du commerce électronique

Un contrat conclu sous forme électronique peut prendre deux formes :

a) le contrat est conclu sous forme électronique mais son exécution est « réelle ».

Exemple : Livraison des livres

b) le contrat est conclu et exécuté sur le réseau Internet (de manière « virtuelle »).

Il faut faire distinction entre les contrats qui se font entre opérateurs du commerce international et les contrats entre opérateurs et consommateurs.

Cf. la loi-type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996) qui prévoit des caractéristiques suivantes :

- « message des données » au lieu de papier
- la distinction droit interne/international ne peut jouer un rôle comme les canaux de transmission ne sont pas repérables et la notion de frontière ne joue plus de rôle.
- il y a toujours un émetteur qui transmet une offre qui est reçue par un récepteur et acceptée ou non.

2 Règles de conflit de lois

2.1 Les règles de conflit de lois applicable à tous les contrats

2.1.1 Le principe d'autonomie

Le principe d'autonomie est prévu par la Convention de Rome :

Art. 3.1. : « Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat. »

Les parties peuvent choisir une « *loi neutre* » d'un pays qui n'a aucun lien avec l'opération.

Implicite, la Convention de Rome exclut des régimes autres que règles étatiques. La Convention ne retient pas l'hypothèse de la *lex mercatoria*.

La Convention interaméricaine (CIDIP) de Mexique donne aussi la possibilité d'appliquer les règles non-étatiques (à l'encontre de la Convention de Rome).

Le choix d'une loi étatique concernant les contrats de vente touchant un Etat ratificateur de la Convention de Vienne fait appliquer les dispositions de celle-ci.

Selon l'article 3 (Convention de Rome), les parties peuvent *choisir plusieurs lois* comme lois applicables. Exemple : Des lois spécifiques par type de problème juridique.

Selon l'article 3.2 (Convention de Rome), la liberté du choix comporte une *dimension temporelle*. Une *modification du choix* ou un *choix tardif* est possible.

Si un litige survient et le choix de la loi applicable n'est pas encore fait, un contrat d'arbitrage où on désigne par choix tardif la loi applicable est possible.

2.1.2 La loi applicable à défaut de choix

A. Solution générale

Il n'y a pas de choix exprès de la loi applicable a) à cause de l'ignorance des parties ou, b) à cause qu'ils ne pouvaient pas se mettre d'accord.

L'article 4.1 de la Convention de Rome :

« Dans la mesure où la loi applicable au contrat n'a pas été choisie (...) le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente *les liens les plus étroits*. »

L'article 4.2 de la Convention de Rome :

« (...) il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir *la prestation caractéristique* a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle (...) »

B. La clause d'exception

L'article 4.5 de la Convention de Rome :

« L'application du paragraphe 4.2 est écartée lorsque *la prestation caractéristique ne peut être déterminée*. Les présomptions des paragraphes 2 (prestation caractéristique), 3 (situation de l'immeuble) et 4 (transport de marchandises) sont écartées lorsqu'il résulte de l'ensemble des *circonstances* que le contrat présente des *liens plus étroits avec un autre pays*. »

2.2 Les règles de conflit applicable à certains contrats

2.2.1 Solutions issues de la Convention de Rome

- A. (Art. 4.3) Les contrats portant sur les *immeubles*. Le lien plus étroit est présumé avec le lieu de l'immeuble à condition que l'article 4.5 ne s'applique pas (liens plus étroits avec un autre pays que celui par présomption).
- B. (Art. 4.4) Les contrats de *transport de marchandise* sont présumés comme la loi de l'établissement principale du transporteur et (cumulative) le lieu du chargement/déchargement de la marchandise ou l'établissement principale de l'expéditeur.

2.2.2 Solutions issues d'autres conventions internationales en matière de vente

Les Conventions de la Haye concernant les contrats de vente :

- A. La Convention du 15 juin 1955 « Convention sur la loi applicable aux ventes d'objets mobiliers corporels ». Entrée en vigueur pour 8 pays.

Son *champ d'application est universel*. L'Etat ratificateur substitue complètement le droit interne (art. 7). Il y a une application générale sans importance si l'Etat tiers en cause est signataire ou non !

Champ d'application matériel ou substantiel :

« *Mobiliers* » : tous les biens (meuble ou immeuble, mobile ou immobile).

« *Corporels* » : Il y a des biens « corporels » (physique) et des biens « incorporels » (immatériel).

« *Vente* » : Ce terme n'est pas définie mais il se distingue des « contrats d'entreprise » (qualification).

Le contenu de la Convention de 1955 :

- a) (Art. 2) Le *principe d'autonomie* s'applique pleinement en donnant la liberté contractuelles aux parties de désigner la loi applicable.
- b) (Art. 3) Règle de *détermination objective* (subsidaire) de la loi applicable :
- compétence du pays de la résidence du vendeur au moment de la commande (sans définition de la prestation caractéristique mais l'effet final est le même).

Exception : c'est la résidence de l'acheteur si la commande a été reçu par le vendeur ou ses représentants.

- B. La Convention du 22 décembre 1986 « Convention sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises ».

Remplacement du terme « *objets mobiliers corporels* » avec le terme « *marchandises* » parce qu'en 1981 il y avait la Convention de Vienne sur les marchandises. Cette Convention de la Haye n'est pas entrée en vigueur, seulement un pays l'a ratifié.

Par rapport à la Convention de 1955, il n'y a pas de changements concernant le *principe d'autonomie*. La détermination objective de la loi applicable est resté le

même sauf des cas d'exception en faveur de la loi d'acheteur. Le principe de la « bonne foi » est considéré comme base du droit international privé.

2.2.3 Les contrats d'intermédiaires

Les contrats d'intermédiaires sont une catégorie très vaste. L'intermédiaire est chargé de *prospector* une clientèle, de *conduire* des négociations et éventuellement de *conclure* des contrats (cf. pouvoir de représentation juridique).

Cf. « Convention sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation » du 14 mars 1998

Distinction entre deux types de relations :

- a) *Relations internes*, c'est le rapport entre le mandant et le mandataire (= intermédiaire).
- b) *Relations externes*, qui vont s'établir entre le mandant et le client avec l'aide du mandataire. L'identité du mandant peut mais ne doit pas être révélée.

Règles de conflit de loi concernant les contrats de:

- a) Relations internes :
 - 1) le *principe d'autonomie* s'applique sans aucune restriction
 - 2) la détermination objective de la loi applicable prévoit la résidence du vendeur de la *prestation caractéristique indiquant le lien plus étroit* alors, c'est la résidence habituelle du mandataire.
- b) Relations externes :
 - 1) le *principe d'autonomie* s'applique sans aucune restriction
 - 2) à défaut d'un choix, c'est la loi du pays de la résidence du mandataire (=intermédiaire) qui est aussi fournisseur de la prestation caractéristique. Il y a encore d'autres critères.
Exception: Si le mandataire exerce son activité dans le pays du mandant, et le tiers connaît le mandant, alors, c'est la loi du pays du mandant qui s'applique.

3 Les règles de droit uniforme et transnational

L'application des lois étatiques ne suffit pas. Il y a des activités très plurilocalisés qu'on ne peut pas rattacher à une loi étatique.

Quelles sont les origines du droit uniforme et transnational ?

- a) *Les Etat* qui agissent sous forme de Convention internationale en créant ainsi le droit uniforme (action concerté des Etats)
- b) *L'action des opérateurs internationaux eux-mêmes* venant du «milieu transnational» qui créent le droit transnational

3.1 Le droit uniforme dans le cas de la vente internationale

Il s'agit ici d'un aperçu des deux grandes techniques du droit uniforme qui correspondent à tout instrument juridique normatif ayant vocation à s'appliquer identiquement dans plusieurs Etats ou à se substituer aux lois des Etats. La technique d'uniformisation traditionnelle, c'est la convention internationale.

Principe de base: les règles restent des règles nationales.

3.1.1 Uniformisation par modification du droit interne

- a) La véritable uniformisation : La Convention de Genève de 1930 et 1931 (sur le cheque) ou le règlement européen qui sont des instruments de l'uniformisation.
- b) L'harmonisation : La directive dans le droit communautaire est un instrument de l'harmonisation qui laisse une certaine marge de manœuvres aux Etats qui doivent transposer la directive dans le droit national.

La CNUDCI utilise la technique de « *loi-type* » ou « *loi-modèle* » avec le but d'inciter les Etats de les transposer dans leur propre loi nationale. Comme les lois-type sont souvent transposées dans le droit interne avec certaines modifications, il s'agit plutôt d'une harmonisation libre que d'une véritable uniformisation.

Exemples :

- Loi-type, 1985, sur l'arbitrage des litiges de commerce international. Environ 40 pays ont adopté cette loi type.
- Loi-type des virements internationales
- Loi-type sur le commerce électronique

3.1.2 Uniformisation sans modification du droit interne

Ces règles sont *limités* aux affaires internationales et ils s'appliquent par adoption des règles spécifiques. Le droit interne ne change pas.

Exemples : - Convention de Vienne des N.U. sur les ventes internationales de marchandises qui établit des règles spécifiques aux affaires internationales.

3.2 Deux conventions de 1964 sur la vente (Unidroit)

Le début du travail d'unification s'est fait pendant les années '30, interrompu à cause de la 2ème guerre mondiale. Instigué par Unidroit, une organisation internationale avec siège à Rome, avec le but d'unification des droits privés.

En 1964, 25 avril, deux conventions voient le jour :

- La Convention portant sur la *vente* d'objets mobiliers corporels
- La Convention portant sur la *formation* d'objets mobiliers corporels.

Les succès de ces conventions étaient médiocres à cause du nombre de pays ratificateur restreint (7 pays).

Définition des éléments d'extranéité dans les deux conventions :

- Les parties sont établies sur deux territoires différentes (=résidence)
- Le transport des biens vendus va d'un territoire étatique à un autre.
- L'offre/acceptation proviennent de deux Etats différents ou délivrance de la chose dans un autre Etat que celui de la formation de l'Etat.

Le mécanisme d'*application universelle* :

Exemple : Les pays A et D ont ratifié la Convention tandis que B et C ne l'ont pas ratifié. Les litiges concernant A et B ou des litiges concernant B et C (!), qui sont portés devant un juge de l'Etat A ou D vont voir l'application de la Convention Unidroit dans tous les deux cas. Evidemment, les juges

de l'Etat B et C ne l'appliquent pas. L'endroit de la saisine de la justice est très important.

3.3 La Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale

3.3.1 Champ d'application directe

(Art. 1.1.a) Il y a deux conditions

- 1) le *caractère international du contrat* (Art. 1.1) se basant sur la résidence des contractants (l'élément d'extranéité) et
- 2) l'exigence d'un *lien avec un Etat contractant*

3.3.2 Champ d'application indirecte

(Art. 1.1.b) La Convention s'applique de façon indirecte : en principe, le contrat est soumis à une loi et c'est cette loi qui connaît la Convention (les Etats contractants à la Convention de Vienne peuvent faire une réserve à l'application de l'art. 1.1.b, cf. art. 95).

3.3.3 Rôle de la volonté des parties

(Art. 6) La volonté d'exclusion de la Convention (*opting out*) par exclusion en bloc ou par dérogation de certains articles est possible.

Forme de l'exclusion:

- a) *Exclusion explicite* par *clause* du contrat qui dit expressément que la Convention n'est pas applicable ou par utilisation de certains *contrats-types*.
- b) *Exclusion implicite* par la désignation d'une loi d'un Etat qui n'a pas ratifié la Convention de Vienne.
- c) *Dérogation implicite* par adoption d'une clause contraire à la disposition de la Convention de Vienne.

3.3.4 La volonté de désignation de la Convention de Vienne

Le choix libre de la Convention de Vienne n'est pas prévu (mais pratiquement possible en incluant les dispositions de la convention dans le contrat en tant que clauses contractuelles sans force conventionnelle). On ne peut choisir la Convention de Vienne à travers le choix d'une loi nationale (Art. 1.1.b).

Dans la liberté contractuelle des parties, il est possible de faire référence à la Convention dans le contrat lui-même. Mais il y a une différence entre *l'application obligatoire* ou par *désignation libre*. La désignation n'a pas la même force (elle a la force d'une stipulation contractuelle) comme si elle est applicable comme texte conventionnel.

3.4 Les limites de l'unification par des conventions internationales

Il y a trois types de limites à une Convention internationale de ce type :

- a) (Art. 2) La Convention de Vienne est limitée à *certaines contrats de vente*. Par exemple, elle exclue les ventes auprès des *consommateurs* et s'applique uniquement *entre les opérateurs* du commerce international.

- b) (Art. 4 et 5) Exclusion de *certaines questions*. Elle ne s'applique pas à la *validité* du contrat, son *usage*, ses *effets* sur la *propriété* et *responsabilité* du vendeur pour décès ou lésions corporelles causées.
- c) (Art. 7) *L'interprétation* est faite par des juges nationaux et des arbitres. Il n'y a pas de juge unificateur, ainsi, les interprétations varient. La désignation d'un interprète conventionnel pourrait résoudre ce problème mais n'existe pas dans ce cas. Il faut tenir compte du caractère international. Il ne s'agit pas d'un texte national. L'interprétation non-uniforme, causé par la méconnaissance des jugements rendus et par les droits nationaux ou constitutionnels rend nécessaire de *promouvoir l'uniformité* de son application.

3.5 La LEX MERCATORIA – LE DROIT TRANSNATIONAL

3.5.1 La notion de la Lex Mercatoria

Avec l'apparition du droit uniforme à travers les conventions internationales, on voit un « monopole de fait » du droit étatique ou interétatique. Est-ce que les contrats peuvent échapper à tous les deux sources ? Dans le domaine des contrats entre Etats et personnes privées internationales - contrat dit « *contrats d'Etat* » - il y a une tentative pour une catégorie nouvelle.

Une autre catégorie est constituée par les contrats ordinaires du commerce international entre les opérateurs ou professionnels du commerce international. Les marchands avaient l'habitude pendant le Moyen-Âge de se réunir dans des grandes foires et ils se trouvaient détachés du droit existant mais soumis à une loi spéciale, à la « *lex mercatoria* ». Elle était abandonnée avec la création et fortification de l'Etat moderne. Ainsi, elle est pratiquement disparue.

L'ouvrage de Paul Reuter montre le droit international classique comme juxtaposition d'Etats souverains, distinguant entre le *droit international public* et le *droit national*, et le *droit international privé* réglant les conflits de loi.

Une troisième catégorie s'est produite avec l'apparition du « *transnational* » pendant les années '60 en voyant les opérateurs internationaux s'affranchissant du droit national. Il s'est créé un *espace financier transnational* en dehors des droits étatiques. Les Etats ont cédés aux opérateurs et l'espace transnational s'est créé (cf. François Rigot « droit international public et privé »). Les activités concernées sont d'abord de types financières et mis en œuvre par les groupes transnationaux de sociétés. La nature de ces règles nouvelles se réfère à la « *lex mercatoria* » qui est resurgie après la deuxième guerre mondiale.

Cf. Auteurs : Schmitthof (GB) et Goldman (F)

A partir des années '60, certaines opérations ont échappé aux conventions internationales et aux droits nationaux en créant la « *lex mercatoria* » ou « le droit transnational ». La condition de l'émergence de la *lex mercatoria* est l'expansion énorme du commerce international en créant une société des marchands relativement homogène avec son propre juge (c'est-à-dire l'arbitrage commercial en dehors du cadre national).

3.5.2 Les éléments de la *lex mercatoria* – les usages et les principes

A. Les usages du commerce international

La *lex mercatoria* est le « droit spontané » développé à partir des usages et coutumes. Chronologiquement et rationnellement, *les usages et coutumes sont la base de la lex mercatoria*.

Définition : L'usage est une règle non-écrite créée par les *comportements* des opérateurs dans leurs relations économiques internationales qui a acquis progressivement par sa *généralisation dans le temps et dans l'espace*, des formes de véritable prescription qui s'appliquent sans que les intéressés doivent s'y référer dès lors qu'ils n'y ont pas clairement dérogé.

Art. 9.1, Convention de Vienne (version *bilatérale*) :

Les parties sont liées par les *usages* auxquels elles ont consenti et par les *habitudes* qui se sont établies entre elles.

Art. 9.2, Convention de Vienne (version *générale*) :

« Sauf Convention contraire des parties, celles-ci sont réputées s'être *tacitement référées* dans le contrat et pour sa formation à tout *usage* dont elles avaient connaissance ou auraient dû avoir connaissance et qui, dans le commerce international, est largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats de même type dans la branche commerciale considérée. »

Les articles 9.1 et 9.2 se complètent.

Les usages sont codifiés dans deux domaines :

- 1) Les INCOTERMS (International commercial terms) pour le *transport maritime* né de la pratique synthétisée au niveau international (venant du droit national) par la CCI (Chambre du commerce international)
- 2) Concernant les règles et usances du *crédit documentaire*, venant de la pratique aujourd'hui documenté par la CCI.

B. Les principes transnationaux du commerce international

Les *principes généraux* du droit ne reposent pas sur le comportement mais sur le *travail du juge ou de l'arbitre* qui doit dégager un certain principe. C'est le juge ou l'arbitre qui est en centre et qui en a besoin. Dans un nombre de cas significatif, les arbitres ne se sont pas référés aux dispositions d'une loi nationale.

- 1) Les parties avaient indiqué leur volonté que le contrat ne soit pas régi par une loi nationale.
- 2) Le contrat ne comportait aucune clause désignant une loi applicable, la liberté des arbitres a fait appliquer d'autres règles qu'une loi nationale.

Les principes généraux donnent satisfaction à une « *neutralité culturelle* ». Si les parties font référence à des principes spécifiques, l'arbitre doit y rendre compte.

Exemple : Le contrat « Eurotunnel ». A la base, il y a un traité international mais confiant l'exécution à des concessionnaires privés. Il y avait des contrats Etat-concessionnaires se référant aux principes communs du droit français et anglais. En cas d'absence des principes communs, l'arbitre appliquerait les principes du droit international commun – déjà constaté et appliqué par d'autres arbitres.

3.5.3 Les principes Unidroit

C'est un ensemble de principes élaborés au sein de l'organisation internationale Unidroit constitué non par des délégués des Etats mais par des juristes

(universitaires, fonctionnaires et magistrats). Il y a absence de représentants des pratiquants du monde des affaires.

Cf. Bruno Petit, « Le droit international privé – le droit des savants »

A. La nature des principes Unidroit

Pour les principes Unidroit, il n'y a pas une enveloppe formelle. Ses travaux débouchent sur des conventions (cf. Convention sur les biens volés...). La préambule de l'Unidroit énonce qu'il s'agit des principes générales du droit international commercial. L'éventail de l'utilisation est très large et ainsi, sa nature est difficile à définir. Il s'agit des propositions aux parties, arbitres, juges, législateurs nationaux etc.

B. L'objet des principes Unidroit

Les principes tendent à constituer un ensemble cohérent du droit des contrats. Il n'y a pas de principes générales sans une théorie générale. Les principes Unidroit ne sont pas seulement des « principes » mais aussi des « règles ».

Structure Unidroit :

- Dispositions générales
- Formation
- Validité
- Interprétation
- Contenu
- Exécution
- Inexécution

Les lacunes sont assez nombreuses, soient expresses (= lacunes externes) comme en matière de la capacité des parties, le pouvoir de la représentation, l'immoralité et l'illicéité du contrat, contrats de consommateurs, l'effet sur des tiers, l'obligations conditionnelles, la solidarité, cession de créance etc.

C. Sources d'inspiration des principes Unidroit

Les principes sont attentifs de la pratique et aux besoins des opérateurs internationales. Ils sont tournés vers une synthèse à partir des règles de droit préexistantes. Les auteurs se réfèrent à la *lex mercatoria*.

- Ainsi, il y a une « institutionnalisation » de la *lex mercatoria*.
- La Convention de Vienne est aussi une source d'inspiration.
- Quelques règles du droit national qui ont offert des solutions (aussi du droit romain, du common law, code de commerce des Etats-Unis, Canada ou de la Chine).

D. Application des principes Unidroit

Il y a une application par les juges nationaux des principes Unidroit. Les arbitres au sein de la CCI les appliquent aussi. Il y a deux grandes façon d'application :

- Application indirecte : Si le droit applicable est la *lex mercatoria*, on en se réfère aux principes Unidroit pour déterminer le contenu de la *lex mercatoria*.
- Application directe : en tant que « principes Unidroit » de façon codifié.

3.5.4 La Lex Mercatoria comme ordre juridique

Il y a trois attitudes en face de la *lex mercatoria* en tant qu'ordre juridique :

- Les adversaires *nient l'existence* de la *lex mercatoria* (même si son existence est difficile à nier comme il y a des sentences arbitrales qui s'y réfèrent).
- Considération de la *lex mercatoria* en tant que *collection d'une somme des règles*.
- La *lex mercatoria* est un ordre juridique, intermédiaire entre le plan national et international. On accepte le présupposé d'un *pluralisme juridique* (il y a du droit en dehors du droit étatique/interétatique). La *lex mercatoria* dépend de ces deux ordres juridiques mais jouit d'une certaine *autonomie*.

Exemples d'ordres juridiques autres que celle de l'Etat et celle d'ordre interétatique:

- Ordre juridique transnational sportif
- Le droit canonique de l'église catholique romaine

4 Dispositions internationalement impératives

4.1 Notion générale des lois de police

Art. 7.2, Convention de Rome :

Les dispositions de la présente Convention ne pourront porter atteinte à l'application des règles de la loi du pays du juge *qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat*.

La loi de police (mandatory law, *zwingendes Recht*) se surajoute au contrat. Elle ne règle pas la question de droit applicable. En cas de conflit de loi, une loi étrangère peut être choisie ce qui n'a pas d'influence sur l'application d'une loi de police du pays du juge saisi.

Cf. Francescakis : « *Il s'agit des lois qui sont indispensables à la sauvegarde de l'organisation économique, politique ou sociale du pays.* »

L'auteur étatique d'une règle juridique peut indiquer la présence d'une loi de police mais souvent cette indication n'est pas donnée.

4.2 Liens entre loi de police et ordre public

Une règle d'ordre public ne peut être dérogée par une convention privée. Les règles étatiques qui ne sont pas d'ordre public, nommées *supplétifs*, peuvent être dérogées par contrat.

Les lois de police font partie de l'ordre public et ils sont *internationalement impératifs*.

4.3 L'ordre public international

En droit international privé, *l'ordre public international* est une institution que tous les pays connaissent. S'il y a un conflit de lois, le juge devrait appliquer une loi dont le contenu n'est pas applicable dans le pays du for, en conséquence le juge va se référer à l'ordre public international. Il la remplacera par une disposition de la *lex fori*.

Exemple de règles émanant de l'ordre public international :

- L'interdiction de l'esclavage
- la discrimination raciale
- la conception fondamentale d'un Etat (peut-être non-partagé par les autres Etats comme le caractère monogamique du mariage).

Les lois de police ne doivent pas, mais ils peuvent faire partie de l'ordre public international.

L'exception d'ordre public international, c'est la méthode des lois de police qui ne regardent pas la loi étrangère. Elles écartent la règle de conflit de lois.

4.4 Condition d'application des lois de police

Puisque les lois de police correspondent à une méthode, c'est la *méthode d'unilatéralisme*.

4.4.1 Application de la loi de police du fore par le juge du fore

(Art. 7.2, Convention de Rome) Conditions d'application par le juge concernant l'application des lois de police du fore.

1ère condition : *Identification* de l'existence d'une loi de police
Exemple : cf. arrêt Boll, C.I.J., 1958, revue critique. La « Convention sur la tutelle des mineurs », 1902, de La Haye comporte des règles de conflit de lois. La Suède et les Pays-Bas l'ont signé et ratifié. E. Boll a la nationalité néerlandaise et il est résidant en Suède. Les juges ont appliqué la loi suédoise et non (en conformité avec la Convention) la loi néerlandaise. Est-ce que la Suède a violé la Convention ? La C.I.J. n'a pas condamné la Suède en l'attribuant les dispositions respectifs comme loi de police.

2ème condition : Détermination du *champ d'application dans l'espace* de la loi de police. L'impérativité d'une loi va se prolonger dans l'ordre international. Généralement c'est un *lien territorial*, ou la simple présence d'une personne.

4.4.2 Application de la loi de police étrangère par le juge du fore

(Art. 7.1) Acceptation de l'application d'une loi de police étrangère (cet article de la Convention de Rome fait objet de réserves possible).

1ère condition : *Identification* de l'existence d'une loi de police par rapport à l'ordre juridique auquel appartient la loi de police. (Condition égale à l'application d'une loi de police du fore)

2ème condition : Détermination du *champ d'application* dans l'espace de la loi de police. (« Est-ce que celle-ci prétend d'être applicable ? ») (Condition égale à l'application d'une loi de police du fore) Il s'ajoute la condition d'un lien étroit avec la cause.

3ème condition : *L'opportunité* mais pas l'obligation de l'application d'une loi de police (Nature, objet, *conséquence* de l'application ou non-application d'une telle loi).

L'application d'une loi de police étrangère est un *acte de collaboration spontanée* entre l'Etat fore et l'Etat avec la loi de police en cause.

4.5 Protection de la partie faible

Les travailleurs et les consommateurs sont souvent considérés comme des parties faibles.

4.5.1 Le contrat de travail

Le choix de la loi applicable subsiste mais de façon limitée par la disposition spéciale de l'article 6, Convention de Rome. Quelle que soit le choix de la loi applicable au contrat de travail, la loi applicable ne peut pas priver le travailleur de la protection que lui assure la disposition de *la loi objectivement applicable* (Art. 6.2).

Exemple :

- Choix de la loi applicable possible
- La protection est accordée par la loi applicable qui est objectivement applicable à défaut d'une désignation par les parties. Le *lieu d'accomplissement habituel du travail* est déterminant ou la loi de l'établissement qui a embauché le travailleur
- La loi s'applique qui protège mieux le travailleur

4.5.2 Les contrats conclus par les consommateurs

(Art. 5, Convention de Rome) Conditions de protection :

(Art. 5.1) *1ère série de conditions au contrat lui-même*

- a) En présence d'un *contrat avec un consommateur*. « ... agi pour un usage étranger à son activité professionnelle ». Les contrats conclus uniquement entre les consommateurs ne sont pas considérés.
- b) *Uniquement certaines catégories de contrat* prévoyant la fourniture d'*objet mobilier corporel, de service ou de financement* des contrats précédents. (La Cour fédérale de l'Allemagne ne considère pas le contrat de time-sharing comme un contrat de service en sens stricte.)

La Convention elle-même exclut deux catégories de contrats :

- Les contrats de services qui sont exécutés en pays autres que le pays de résidence habituelle du consommateurs (tous les contrats conclus par les touristes).
- Exclusion des contrats de transport (personne ou bien) sauf une prestation combinée (p. ex. logement et transport).

(Art. 5.2) *2ème série de conditions* à l'application des lois protégeant le consommateur. La Convention de Rome s'applique si ...

- a) la conclusion du contrat a été précédée dans le pays du consommateur d'une *proposition spécialement faite* ou d'une *publicité*, et si le consommateur a *accompli* dans son propre pays *les actes nécessaires à la conclusion du contrat*.
- b) le cocontractant du consommateur a reçu *la commande dans le pays de la résidence du consommateur*.
- c) le contrat est une vente de marchandise et que le consommateur se soit rendu de ce pays dans un pays étranger et y ait passé la

commande, à la condition que *le voyage ait été organisé par le vendeur dans le but d'inciter le consommateur à conclure une vente* (prestation combinée).

Résumé de la modification de la règle générale de conflit de lois :

- a) A défaut d'une désignation de la loi applicable par le contrat, alors, c'est la loi du pays du consommateur (sa résidence habituelle) qui s'applique.
- b) Le contrat désignant la loi applicable ne peut priver le consommateur de la *protection des lois de police* de son pays de résidence habituelle (sauf exceptions).

5 Problèmes communs à l'ensemble des contrats internationaux

5.1 Formation du contrat international privé

5.1.1 Règle de conflit de lois en cas de question de la validité ou de l'existence du contrat

Solution de principe : (Art. 8.1 Convention de Rome) Si une des deux parties contractantes, relevant des lois différentes, conteste l'existence ou la validité d'un contrat, c'est la loi qui serait applicable en cas de conclusion du contrat en vertu de laquelle est jugé l'existence et la validité du contrat.

La conclusion que le contrat n'existe pas est possible !

La *clause désignant la loi applicable* est indépendante de l'existence du contrat.

La *clause d'arbitrage* est indépendante de la *validité* du contrat.

Cas particuliers : (Art. 8.2) C'est la loi de la partie qui conteste son *consentement* au contrat qui est applicable s'il résulte des *circonstances* qu'il ne serait pas *raisonnable* de déterminer l'effet du comportement de cette partie d'après la loi prévue au paragraphe précédent.

Cet article peut être invoqué *uniquement* par la partie protégée (contestant son consentement).

5.1.2 Solution de la Convention de Vienne et principes Unidroit

A. Conditions de la formation du contrat

Le contrat se forme par un *accord des parties* (Art. 3.2, principes Unidroit). L'accord des parties est suffisant et il n'y a pas d'exigences supplémentaires.

Conclusion du contrat se fait à travers l'*acceptation* d'une offre soit en forme déclaratoire ou par *comportement* de l'autre partie. L'acceptation est un acte unilatéral.

B. Consistance de l'offre

(Art. 14, Convention de Vienne et art. 2.2, principes Unidroit) Pour la consistance de l'offre, il y a deux conditions :

- que l'offre soit suffisamment *précise* (on présument que l'acceptation de l'offre ne donne aucune indication sur le contenu du contrat).

- que l'offre indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation par son destinataire.

Ne pas considéré comme *offre* est une proposition adressée à des *personnes indéterminées*. Dans ce dernier cas, il s'agit seulement d'une *invitation à l'offre*

C. Prise d'effet de l'offre

Une offre prend effet dès qu'elle est *parvenue* à son destinataire (cf. art. 15.1, Convention de Vienne et principes Unidroit, art. 1.9.3)

D. Caractères de l'offre

(Cf. art. 15.2 et 16, Convention de Vienne et Art. 2.3.2, principes Unidroit)

L'offre présente trois caractères :

- 1) (Art. 15.2, Convention de Vienne) L'offre est *rétractable* ; l'auteur peut rétracter (retirer) l'offre si elle n'est pas encore parvenue au destinataire (évidemment, une offre orale n'est pas rétractable).
- 2) (Art. 16, Convention de Vienne) L'offre est *révocable* ; elle vise une offre déjà parvenue au destinataire et elle a déjà pris effet (cf. art. 16, Convention de Vienne et Art. 2.4, principes Unidroit). Le principe c'est que l'offre est révocable si la révocation est faite *avant* que le destinataire a émis son *acceptation*.

Irrévocabilité (cf. Art. 16.2, Convention de Vienne) :

- L'offre indique *elle-même* qu'elle est irrévocable
- Le destinataire a considéré *raisonnable* l'irrévocabilité *et* il a *agit* en conséquence.

- 3) L'offre est *temporaire*/concept de *caducité*. L'offre est *caduque* où n'a plus d'effet

1) avec le *rejet de l'offre* et (art. 17, Convention de Vienne)

où

2) avec l'*expiration du délai d'efficacité* de l'offre.

E. L'acceptation de l'offre

Le destinataire de l'offre en acquiescant, il marque la rencontre des deux consentements créant les deux accords et ainsi la conclusion du contrat. L'acquiescement est un acte juridique *unilatéral*.

E.1) Formes de l'acceptation

(Art. 18.1, Convention de Vienne et art. 2.6, principes Unidroit)

- a) *Déclaration* du destinataire
- b) Acquiescement donné par *comportement*, qui souvent tient à l'exécution du contrat. Exemples : Paiement, début des travaux, etc.
- c) Le *silence* et l'inaction ne peuvent pas valoir comme acceptation (art. 18.2, Convention de Vienne) *sauf en cas* a) de la *volonté des parties* de consentir par silence dans leur relations fréquentes (usage bilatéral) et b) des *usages* d'une certaine branche du commerce international qui pourraient prévoir un autre règlement.

E.2) Effets de l'acceptation de l'offre

(Art. 18.2, Convention de Vienne et art. 2.6, principes Unidroit)

L'effet substantiel est fait par l'acceptation. Il y a une distinction selon la forme de l'acceptation.

- a) L'acceptation par *déclaration* prend effet au moment où elle parvient à l'auteur de l'offre.
- b) L'acceptation par *comportement* doit être doublé avec une *indication* donnée par le destinataire ou par un tiers (qui démontre l'acceptation).
Exception : Effet avec comportement lui-même en vertu des *habitudes/pratiques établies* entre les parties (usage bilatéral) ou *usages*.

E.3) Délai de l'acceptation de l'offre

- a) L'auteur de l'offre a fixé un *délai* pour l'acceptation (avec indication du date ou des jours) (cf. art. 2.8, principes Unidroit, calcul du délai en cas de différend)
- b) En cas qu'il n'existe pas d'indication d'un délai
 - l'offre *verbale* exige une acceptation *immédiate* (sauf dans des circonstances spéciales)
 - l'offre *non-verbale* exige acceptation dans un *délai raisonnable* compte tenu des circonstances (en fonction de la rapidité de moyen de communication)

E.4) L'acceptation tardive

(Art. 21, Convention de Vienne) En principe, l'acceptation tardive ne produit aucun effet. Elle produit un effet sous une des conditions suivantes :

- a) l'auteur de l'offre informe sans retard le destinataire (par *notification*) *pour dire qu'il accepte la commande* même qu'elle est tardive.
- b) si le retard est dû uniquement au moyen de communication la situation est inversé. Après la réception de l'acceptation tardive, l'offrant doit *notifier* sans retard *qu'il n'accepte pas* l'acceptation tardive.

E.5) L'acceptation modifiant les termes de l'offre

(Art. 19, Convention de Vienne)

- (art. 19.1) L'acceptation modifiant est un *rejet* de l'offre et constitue une *contre-offre*
- (art. 19.2) Si ces modifications n'altèrent pas *substantiellement* les termes de l'offre, la modification est vue comme acceptée, *sauf* si, sans retard, l'auteur de l'offre ne relève ces différences pour montrer son désaccord.
- (art. 19.3) (Description des éléments qui altèrent substantiellement les termes de l'offre)
- (art. 2.11, principes Unidroit) Facteurs importants concernant la définition de l'élément substantiel sont les *usages* et *pratiques*.

E.6) La confirmation de l'acceptation

La Convention de Vienne ne dit rien sur la confirmation de l'acceptation.

Les principes Unidroit (art. 2.12) : La confirmation peut produire un effet (avec des *éléments complémentaires* par rapport au contrat acquiescé par le destinataire) à condition que le *destinataire* de la confirmation n'exprime pas son désaccord de façon immédiate.

E.7) L'acceptation est rétractable

(Art. 22, Convention de Vienne) *L'acceptation peut être rétractée* si la rétractation parvient à l'auteur de l'offre *avant le moment où l'acceptation aurait pris effet* ou à ce moment.

5.1.3 Recours à des contrats-types et des conditions générales

A. Définition

Les *conditions générales* sont des conditions préformulées par une entreprise relevant d'un même secteur d'activité. C'est l'entreprise qui est son auteur. Les conditions générales sont jointes à des contrats.

Les *conditions particulières* sont des clauses d'individualisation.

Les *contrats-types* constituent un *modèle* de contrat, destiné à être adopté pour certains types de contrat. Ils sont souvent faits par des associations ou organisations professionnelles. Ils prennent leur valeur contractuel par incorporation dans le contrat.

Clause-type (Art. 2.2.19, principes Unidroit) contient des dispositions établies à l'avance pour un usage général et répété et effectivement utilisé sans négociations avec l'autre partie.

B. Régime juridique

Les conditions générales et les contrats-types sont traités comme les autres clauses contractuelles. Les principes Unidroit connaissent trois règles à propos de ces clauses.

a) *Clause inhabituelle* (art. 2.20, principes Unidroit) tenant compte du contenu, le langage utilisé ou la présentation pour déterminer s'il s'agit d'une clause inhabituelle. Conséquences : Elle est *sans effet* lors qu'elles sont d'une nature telle que l'autre partie ne pouvait raisonnablement attendre qu'elle figure dans le contrat à moins qu'elle n'y consente pas expressément.

b) *Conflit avec d'autres clauses* (art. 2.21 principes Unidroit)

Exemple : Il y a un conflit entre une clause-type et une clause individuelle ou particulière.

Solution : Dans un tel cas, la clause individuelle *emporte* sur la clause-type.

c) *Echange de clauses-types par les parties*, il suit que...

- soit que le contrat est conclu
- soit que le contrat n'est pas conclu

Solution (donné par art. 2.22, principes Unidroit) : Le contrat est conclu sur la base des clauses particulières et également sur la base des clauses-types qui sont communes aux parties. Ce règlement s'applique sauf si l'autre partie n'entend pas d'être lié par un tel contrat (avant ou après).

5.1.4 La formation progressive du contrat international

A. Les contrats relatifs à la bonne marche des négociations

Il y a une longue négociation qui peut être encadré par des contrats...

- a) relatifs à la *durée* des négociations (par exemple fixation d'un terme)
- b) relatifs à la *charge* de la réalisation et du coût à des travaux et des analyses préalables (par exemple le financement des études)
- c) relatifs à un *engagement d'exclusivité* pendant des négociations (ce qui peut aller même à l'encontre de la bonne foi)
- d) relatifs au contrat de *confidentialité* pour la phase des négociations

B. Contrat préparatoire ayant pour objet la formation du contrat final

Il existe des :

- *promesses* de contrat (qui sont unilatéral)
- contrats synallagmatiques (= réciproque)

- pacte de *préférence*. Une personne s'engage en face d'une autre personne sans lui avoir proposé la conclusion d'un contrat spécifique (« si je vais acheter de telles poissons, je vais d'abord considérer ton offre »)
- a) Les accords de négociations explicites
- Le contrat porte sur les *négociations* uniquement. Il n'oblige pas de conclure, s'il n'y pas de contrat préalable.
 - L'existence d'un *contrat préalable qui fixe une durée déterminée* des négociations. A la fin d'un tel contrat, il y a éventuellement obligation de renégocier en vue d'élargir sa durée.
 - *Clause de réadaptation* (clause de hardship) avec le but d'entraîner des négociations. Elle permet à une partie à l'occasion d'une « dureté » de demander une renégociation ou une adaptation du contrat.

Quelle peut être la *sanction* dans un cas du non-respect d'un accord de négociation? Evidemment pas la conclusion du contrat. Il ne peut avoir contrainte de négocier. La seule sanction possible cela serait la condamnation de *payer* une certaine *somme* à l'autre partie qui est privée des négociations.

b) Les accords de négociations implicites

Acte juridique dont on ne sait pas s'il représente le contrat ou non (comme la *lettre d'intention* ou un *accord de principe*).

L'accord de principe ne correspond pas au contrat. Il est vu comme *obligation de négociation* mais sans véritable offre et acceptation. Ainsi, il n'est pas contraignant. Un accord de principe n'est pas un contrat incomplet. Il entraîne une obligation contractuelle de négocier qui doit s'exécuter de bonne foi (cf. sanctions : dommages et intérêt pour réparer mais de montant non-dissuasif. Il s'agit d'une réparation et non d'une peine).

Cf. 1979, Sentence arbitrale, Revue de l'arbitrage, Affaire Norsolor

5.2 Exécution du contrat international

C'est d'abord le contrat lui-même qu'il faut étudier en regard de l'exécution et ensuite la loi nationale applicable.

5.2.1 Influence du contrat sur la détermination des obligations des parties

a) Influence du contrat sur la *nature* et *l'étendu* des obligations

Le contrat fait naître des droits et obligations. Les parties vont préciser dans le contrat la nature de celui-ci.

Cf. La classification des obligations possible en droit romain :

- Obligation de donner (transférer un bien)
- Obligation d'abstention (« de ne pas faire » quelque chose)
- Obligation « de faire » quelque chose

b) L'influence du contrat sur les *mesures temporelles* de l'obligation

Les clauses temporelles peuvent prévoir :

- L'entrée en vigueur du contrat.
- La détermination de livraison à un certain moment.
- Début et fin de phases d'exécution du contrat.

c) *Mesure juridique* de l'obligation (de moyen ou de résultat)

Les obligations assumées peuvent connaître une *intensité* différente. L'intensité de l'obligation varie entre une obligation de résultat et une obligation de moyen.

L'obligation de résultat : (Art. 4.5, principes Unidroit) L'obligation de résultat, c'est que le débiteur est tenu de fournir un résultat promis.

Comment identifier l'obligation de résultat ? En absence de dispositions contraires, *toute obligation est vue comme obligation de résultat*.

Le critère de distinction (selon l'art. 5.5, principes Unidroit) c'est la manière *comment* le contrat prévoit une obligation.

L'obligation de moyen : Une partie s'engage non pas à fournir de façon inconditionnelle le résultat escompté mais elle s'engage à mettre en œuvre les moyens adéquats pour parvenir à un certain résultat.

Exemple : Le médecin n'est tenu que d'une obligation de moyen (dans ce cas le traitement) et non de la guérison du patient.

Formules utilisées pour indiquer une obligation de moyens :

- « due diligence » ou « best efforts »
- référence aux normes/règles professionnels qui donnent des indications d'obligation de moyen

L'intensité de l'obligation de moyen est beaucoup moins forte que celle du résultat. Le résultat est certainement visé mais il n'y a pas d'obligation.

Le concept de « faute » retrouve sa place.

5.2.2 Les règles applicables à l'exécution du contrat

Les règles applicables à l'exécution du contrat se trouvent dans le contrat lui-même, dans les règles nationales, internationales et transnationales (comme la *lex mercatoria*). Comme règles internationales, on considère la Convention de Vienne et les principes Unidroit.

A. Règles générales concernant les obligations issues du contrat

Les contractants peuvent se donner des règles, p. ex. dans une *préambule* du contrat en matière de l'exécution des obligations contractuelles.

a) Règles sur la nature des obligations issues du contrat

La Convention de Vienne est muette sur ce sujet, car elle s'applique uniquement au contrat de vente. Les principes Unidroit donnent des règles générales (art. 5.6) :

- Règle générale sur la détermination de la *qualité des prestations*. C'est une qualité *raisonnable* ou à l'égard de la *moyenne*.
 - (art. 5.3) Il y a un *devoir de collaboration* comme principe
 - (art. 5.1) « Les obligations contractuelles des parties sont *expresses* ou *implicites* ».
- (art. 5.2) 4 critères pour dégager les obligations implicites :
- *nature* et *but* du contrat
 - en fonction des « *pratiques établies* » et des *usages*.
 - La « *bonne foi* »
 - De ce qui est « *raisonnable* »

b) Règles générales sur l'interprétation des obligations issues du contrat

La Convention de Vienne ne règle pas les questions d'interprétation.

Les principes Unidroit (art. 4.1 et 4.3) donne un « Principe général d'interprétation » : *L'interprétation se fait selon la commune interprétation des parties.*

Deux écoles: - la volonté des parties (aussi la volonté implicite)

- sécurité juridique, donner un sens juridique

« A défaut de toute possibilité de percer cette intention, il faut se référer à l'interprétation du contrat que donnerait une *personne raisonnable* placée dans la même situation. » L'interprétation doit tenir compte des *circonstances pertinents de l'espèce* (art. 4.3 principes Unidroit).

Circonstances pertinents (selon l'art. 4.3 principes Unidroit) :

- Reposant sur le *comportement* des parties. Il faut considérer les *négociations*, les *pratiques établies* entre les parties, ou le *comportement* postérieur à la conclusion des parties.
- La nature et le but du contrat, le sens qui est généralement attribué au contrat dans la branche considérée selon les *usages*.

B. Règles spéciales sur l'interprétation des obligations issues du contrat

- La règle de la *cohérence* et de l'interprétation *utile*. L'interprétation est faite en vue de *l'ensemble du contrat*.
- La règle « *contra preferentum* » ; une clause doit s'interpréter contre celui qui a stipulé la clause.
- (art. 4.7 principes Unidroit) Tenir compte des *divergences linguistiques*. Il faut donner préférence à la version d'origine.
- (art. 4.8 principes Unidroit) « *Omission* » ; si le contrat ne contient pas une clause indispensable à l'économie du contrat et son absence ne peut s'expliquer que par une omission, alors l'arbitre ou le juge peuvent y suppléer.

Exemples de situation :

- Contrat déterminant un intérêt en cas de retard. Le taux d'intérêt n'est pas indiqué. Pour le fonctionnement du contrat, c'est une clause indispensable.
- Un agent commercial est le débiteur d'une obligation de non-concurrence. Dans le contrat les pays de non-concurrence ne sont pas indiqués. L'arbitre peut y suppléer.

C. Interprétation des indications et comportement des parties

Règles données par les principes Unidroit et la Convention de Vienne (art. 8)

1ère règle : Les indications/comportements d'une partie doivent être interprétés selon l'intention de celle-ci lorsque l'autre partie a connu ou ne pouvait ignorer cette intention (règle provenant de la loi allemande nommée *l'horizon du destinataire*).

2ème règle : Si la 1ère règle n'est pas applicable, les indications doivent être interprétées selon le sens qui est attribué par une *personne raisonnable* qui est de même qualité que l'autre partie

5.2.3 Règles sur la détermination du contenu des obligations contractuelles d'exécution

A. Date de l'exécution

Cf. Art. 6.1.1 et 6.1.2, principes Unidroit et art. 33, Convention de Vienne

1ère règle : Le *date* fixé dans le contrat

2ème règle : Fixation d'une *période* de temps par le contrat. Alors, celui qui doit exécuter peut choisir le date, sauf si l'autre partie peut le choisir.

3ème règle : Ni date ni fixation par le contrat, l'exécution doit se faire dans un *délai raisonnable*.

La Convention de Vienne fixe une règle par rapport au paiement, le contrat le détermine. En absence (art. 58) d'une telle clause, le prix sera *exigible de la date de mise à disposition de marchandise* ou des *documents* par rapport à la marchandise.

Exécution anticipée : (art. 52, Convention de Vienne) Pleine liberté de l'acheteur d'accepter ou de refuser l'exécution anticipée (refus motivé exigé).

B. Lieu de l'exécution

Cf. art. 6.1.6, principes Unidroit et art. 31 et 31 de la Convention de Vienne

1ère règle : C'est le lieu prévu par le contrat

2ème règle : En l'absence d'une telle clause selon qu'il s'agit :

- de l'obligation de payer une somme d'argent, la dette est *portable* au lieu d'établissement du créancier (obligation de *résultat* !)
- en dehors des obligations de payer une somme d'argent, le lieu d'exécution c'est le lieu d'établissement du *débiteur* au moment de conclusion du contrat (la dette est quérable).
(art. 31, Convention de Vienne) : C'est le lieu où se trouve le premier *transporteur* sinon l'établissement du débiteur.

C. La substance de l'obligation à exécuter - le prix

1ère règle : Le prix est fixé par les parties.

Les principes Unidroit constatent : Le prix peut être changé/remis en question.

2ème règle : En absence de fixation de prix dans le contrat :

- Tout contrat doit avoir un objet possible et licite (les lois nationales sont différentes sur ce sujet)
- Le prix ne doit pas être indiqué (les lois nationales sont différentes sur ce sujet et il y a des familles différentes de droit en Europe)

Art. 55, Convention de Vienne et art. 5.7, Unidroit :

- Un contrat peut être conclu sans indication de prix
- Le prix sera déterminé par les parties a posteriori sur la base d'un *prix habituellement pratiqué dans les mêmes circonstances et dans la même branche*. Les principes Unidroit parlent d'un prix raisonnable. Cf. Affaire Norsolor. Tout dépend des circonstances spécifiques.

D. Les obligations du vendeur dans la vente internationale de marchandise

Cf. Art. 30 Convention de Vienne : 3 obligations expliquées dans a), b) et c)

a) Obligation de livraison des marchandises et de remise des documents

Comment livrer les marchandises, c'est lié au transport lui-même.

- Une obligation *d'identification* des marchandises
- Un *emballage* et *conditionnement* soit conforme au contrat
- Obligation de passer un contrat avec un transporteur si cela est prévu par le contrat, avec un moyen de transport approprié.

En général, ces questions sont réglées par les INCOTERMS (International Commercial Terms) qui fonctionnent comme un contrat-type.

b) Obligation de livrer les marchandises conformes – *conformité matérielle*

(Art. 35.1) La Convention de Vienne demande une *conformité matérielle*, c'est-à-dire une correspondance aux stipulations du contrat par rapport aux éléments suivants :

- Quantité
- Qualité
- Type
- Emballage et/ou conditionnement

(Art. 35.2.a) La Convention de Vienne stipule : A moins que les parties n'en soient convenues autrement, les marchandises ne sont conformes au contrat que si elles sont propres aux *usages* auxquels serviraient *habituellement* des marchandises du même type.

c) Obligation de livrer les marchandises conformes – *conformité juridique*

La conformité juridique exige qu'il n'existe pas de *titres d'un tiers* sur la même marchandise. Il s'agit d'une question de *clause de propriété* du contrat. Les marchandises ne puissent pas être réclamés par un tiers reposant sur une propriété intellectuelle.

5.3 Inexécution du contrat international

Tout manquement d'une des parties à une quelconque disposition du contrat est vu comme inexécution du contrat (exécution défectueuse ou tardive incluse).

5.3.1 Observation générale sur les remèdes de la Convention de Vienne

A. Remèdes non-judiciaires privilégiés

La Convention offre un certain nombre de *moyens sans recours à un juge/arbitre*. En fonction de la situation, une partie choisit un certain moyen.

B. Rôle de l'anticipation d'une mauvaise exécution

La Convention donne un rôle à l'anticipation sur une mauvaise exécution du contrat. Il ne faut pas attendre d'être victime pour prendre des mesures par anticipation d'une inexécution.

- Utilisation du mécanisme de l'*exception d'inexécution préventif*. C'est la *permission de suspens* d'une exécution.
- Possibilité de faculter un contrat comme *résolu*

C. Obligations relatives aux marchandises

Contrat de coopération/collaboration des parties (ce sont des catégories de contrats spécifiques).

Exemple (art. 85 Convention de Vienne) :

- 1) L'acheteur *tarde* à prendre la marchandise livrée ou à *payer* le prix. Il y a obligation de mesure raisonnable par le vendeur pour *assurer la conservation* de la marchandise (aux comptes de l'autre partie)
- 2) L'acheteur a reçu la marchandise mais ils ne lui convient pas. Il veut résoudre le contrat. Il y a l'obligation de mesure raisonnable (au compte du vendeur)
- 3) (art. 87 et 88 Convention de Vienne) Une partie détenant les marchandises pour le compte de l'autre partie a le droit de les

déposer *auprès d'un tiers* au frais de l'autre partie. Après une *notification* à l'autre, le détenteur peut les vendre (dans certaines circonstances on a l'obligation de les vendre). Les entrées de la vente doivent être payé à l'autre partie après déduction faite des frais de détention.

5.3.2 Exécution en nature

A. Défaut de la livraison

Avec une absence *totale* de livraison, la livraison à un mauvais lieu (que celui prévu par le contrat) ou *livraison en retard*, on assiste à un défaut de la livraison.

L'acheteur (ne voulant pas résoudre le contrat) peut demander l'exécution du contrat en nature avec un *délai supplémentaire* d'une durée raisonnable.

B. Défaut de conformité des marchandises

B.1) Conditions préalables :

- 1) (Art. 38, Convention de Vienne) L'acheteur a l'obligation *d'examen de la marchandise* dans un délai aussi bref que possible en vue des circonstances. L'examen de la marchandise peut être fait par un tiers.
- 2) *Dénonciation du vice* auprès du vendeur dans un délai :
 - a) (Art. 39.1, Convention de Vienne) *délai raisonnable* à partir du moment du constat. Pendant ce délai, l'acheteur doit notifier la dénonciation du vice.
 - b) (Art. 39.2, Convention de Vienne) *délai de 2 ans*. C'est un délai de « forclusion » (indiquant un délai maximal) pour l'action en justice (délai de procédure) au-delà duquel une action de justice est exclue. Il y a *prolongement* si le vendeur a connu le vice en avant ou s'il existe des garanties contractuelles consentie par l'autre partie.

B.2) Remise en état ou réparation

(Art. 75) Obtention des marchandises de remplacement ou l'acheteur a fait un achat de remplacement auprès d'un tiers à cause du temps.

Conditions :

- a) Uniquement possible si le défaut de conformité a la nature d'une *contravention essentielle* au contrat
- b) *Le vendeur ait été averti* par l'acheteur que celui-ci entendait obtenir une marchandise de remplacement, soit lors de la dénonciation du vice soit dans un délai raisonnable après cette dénonciation.

5.3.3 Résolution du contrat

Une partie décide de mettre fin au contrat à cause de l'inexécution du contrat. La résolution est possible pour les parties *sans procédure de justice*.

A. Cause de la résolution

1er cas : Accordement d'un *délai supplémentaire qui n'a pas non plus été respecté*. Même si le préjudice était mineur, cette règle s'applique.

2ème cas : L'inexécution a la nature d'une *contravention essentielle au contrat*.

Caractéristiques d'une contravention essentielle (cf. art. 25, Convention de Vienne) :

- a) *L'ampleur du préjudice*. Dommage d'une certaine gravité. Si une partie est privée substantiellement dont il aurait droit selon le contrat (cf. prix, quantité, type, conformité etc.).
- b) *Condition négative de la prévisibilité*. Il n'y a de contravention essentielle que si la partie défaillante était apte à se rendre compte de la gravité des conséquences de son acte pour l'autre partie.

B. Mise en œuvre de la résolution

(Art. 39.1, Convention de Vienne) Déclaration unilatérale (*notification*) de la volonté de résolution. Il faut le faire dans un délai raisonnable. Dans le cas de l'inexécution, il n'y a pas de délai à respecter.

C. Effets de la résolution

L'effet de la résolution se constitue dans l'anéantissement du contrat avec effet *retroactif*. Attention : La résolution ne correspond pas à une nullité qui va contre les conditions de formation du contrat.

Avec la résolution du contrat, plus aucune prestation est due. La résolution du contrat donne lieu au *remboursement* du prix ou de *réexpédier la marchandise*.

5.3.4 Dommages et intérêts

Les dommages et intérêts peuvent être utilisés soit comme *remède unique* soit comme *remède cumulant* avec un autre remède.

A. Conditions et évaluation des dommages et intérêts

En raison de l'inexécution du contrat, une des parties a subi un *préjudice*.

Éléments constitutifs des dommages (cf. art. 74, Convention de Vienne):

- a) *Réparation* du dommage subi en raison de l'inexécution. C'est un *substitut* à l'inexécution. Le débiteur manquant doit réparer *la perte subie et le gain manqué*.
- b) *Dépenses et frais supplémentaires* causés par l'inexécution.
Exemple : Service d'un tiers comme remplacement.

B. Causes d'exonération (cf. art. 79, Convention de Vienne)

Il n'y aura pas de dommages ou intérêts lorsque la partie lésée est *elle-même responsable pour l'inexécution du contrat*.

1. *Force majeure* : Envisagé par le droit applicable d'un Etat, des instruments internationales ou la *lex mercatoria*. Souvent le contrat comporte *une clause de force majeure* qui ensuite substitue des définitions de la force majeure de la loi applicable. L'élément de la force majeure doit être *notifié* à l'autre partie. L'effet de la *notification*, c'est la suspension de la responsabilité des parties et éventuellement à la résolution du contrat.
2. *Clauses limitatives de la responsabilité*. Clause exonératoire de responsabilité dans le contrat. Les clauses limitant la responsabilité plafonnent la responsabilité des parties.