

Peter Klik,

Les principes OHADAC relatifs aux contrats du commerce international : Une perspective européenne.

Permettez-moi de commencer en disant que c'est pour moi un honneur d'être ici et de m'adresser à cette assemblée. L'unification du droit bénéficie d'une longue tradition, ces dernières décennies des avancées remarquables ont été réalisées, et c'est un événement important qu'aujourd'hui dans la Caraïbe, nous soyons témoins de la naissance des Principes relatifs aux contrats du commerce international.

Mes commentaires prendront la forme d'un bref examen des projets d'unification ou d'harmonisation, avec une perspective européenne, qui souhaitons-le, aidera à identifier les facteurs qui peuvent contribuer à la réussite de ces Principes.

**I. La genèse. De l'échec d'ULIS/ULF (Loi uniforme sur la formation des contrats de vente internationale [...]) (1964) à la réussite de la CVIM (Convention sur la vente internationale de marchandises) (1980)**

- Comblent les différences (politiques, de développement [industriel], linguistiques et les différences entre droit civil et *common law*).

Comblent les différences (politiques, de développement [industriel], linguistiques et les différences entre des traditions juridiques telles que le droit civil et le droit de *common law*) n'est pas un exercice facile. Où en sommes-nous à ce jour ? Prenons la Convention de Vienne de 1980 : la Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM), qui fête aujourd'hui ses 35 ans, comme point de départ de notre analyse.

La CVIM s'est avérée être un franc succès.<sup>1</sup> Pourquoi le texte antérieur, la Convention sur les contrats de vente de La Haye de 1964, a-t-il échoué ? L'échec est généralement est largement du à la domination des États d'Europe occidentale. La convention était trop « européenne — continentale » : les pays socialistes et les pays en développement n'étaient pas impliqués. Cette erreur n'a pas été reproduite à Vienne : lors de la Conférence qui a conduit à l'adoption de la CVIM, 62 États, de toutes les régions du monde, de cultures juridiques différentes, ayant des intérêts différents ont pris part aux discussions.

---

<sup>1</sup>La CNUDCI indique qu'à compter du 26 septembre 2014, 83 États ont adopté la CVIM (site de Pace).

- Traité : application automatique, défini par la « nationalité » des parties (établissements).

L'Art. 1 de la CVIM est assez clair. Il prévoit que la Convention s'applique aux contrats de vente de marchandises entre des parties dont les établissements sont situés dans différents États, lorsqu'elles prévoient l'application automatique de la Convention au contrat.<sup>2</sup> Aux fins de la CVIM, la définition de l'« établissement »<sup>3</sup> et la question de la « nationalité » se sont avérées être dans la pratique de « faux problèmes », comme en témoigne l'absence de jurisprudence en la matière.<sup>4</sup> Dans la pratique, dans l'application de la Convention, nous nous référons volontiers aux parties à un litige sous les dénominations, par exemple : « le vendeur français » ou « l'acheteur espagnol ». Bien sûr, les parties à un contrat de vente sont autorisées à exercer leur droit d'« *opt-out* » en vertu de l'art. 6, qui prévoit que « les parties peuvent exclure l'application de la (...) Convention (...) ou déroger l'une quelconque de ses dispositions ou en modifier les effets ».

- *Opt-in* (ULIS / ULF) et *opt-out* (CVIM)

Ce système relativement simple du champ d'application et d'applicabilité apparaît plus positif que le système assez complexe des Conventions de La Haye. L'Art 1 de la Convention portant loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels (ULIS) prévoyait un système assez complexe d'application de la Convention, qu'il n'est pas nécessaire d'aborder ici. Ce qui est plus important pour notre exposé : les États se voyaient conférer la possibilité<sup>5</sup> de déclarer que l'État n'appliquerait la Loi uniforme qu'aux contrats dont les parties avaient choisi ce texte comme loi régissant le contrat. En conséquence de cette réserve, les parties n'étaient contraintes que si elles exerçaient l'option d'« *opt-in* ». Il est évident que le système de dérogation de la CVIM a contribué

---

<sup>2</sup>Lorsque les États sont des États contractants, part. 1 a, ou lorsque les règles de droit international privé mènent à l'application de la Loi d'un État contractant, point. 1 b. de la Partie IV de la Convention, « Dispositions finales », permet de formuler un nombre limité de réserves, dont les plus importantes figurent à l'art. 95 concernant l'alinéa (1) (b) et l'art. 96 au sujet de la preuve écrite. Les États se voient reconnaître un nombre limité d'options de dérogation ou d'« *opt-out* ».

<sup>3</sup>L'Article premier prévoit que «La (...) Convention s'applique aux contrats de vente de marchandises entre des parties ayant leur établissement dans des États différents». L'Art. 1 al. 2 prévoit qu'il ne doit pas être « tenu compte du fait que les parties aient leur établissement dans des États différents lorsque ce fait ne ressort ni du contrat, ni de transactions antérieures entre les parties, ni de renseignements donnés par elles à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat ». La section 3 prévoit expressément que « ni la nationalité des parties ni le caractère civil ou commercial des parties ou du contrat ne (doivent être) pris en considération pour déterminer l'application de la (...) Convention ». L'Art. 10 de la Convention prévoit le critère de la «relation la plus étroite avec le contrat et son exécution».

<sup>4</sup>Le site Web de Pace répertorie 39 cas (consulté en septembre 2015).

<sup>5</sup> Article IV.

à son succès. On ne peut pas s'empêcher de s'interroger sur ce que serait devenue la CVIM si un système d'« *opt in* » avait été choisi... L'« *opt in* » offre plus de chances de succès, mais cette solution n'est pas toujours possible.

- Utilisation. La CVIM et les INCOTERMS

Avec le recul, il est étonnant de voir comment, dès les premiers jours de vie de la CVIM, la relation entre le droit uniforme et l'« usage » (plus précisément le rapport entre le droit uniforme et les termes de l'échange) a été perçue comme un obstacle voir une menace pour le succès de la CVIM.

Les dispositions de l'Art. 9, al. 2 ouvrent la voie à l'« usage » ou aux pratiques internationales.<sup>6</sup> En ce qui concerne les Incoterms, la solution au problème est encore plus simplement à interpréter : les articles 6 et 8 permettent de déroger aux dispositions de la Convention et d'interpréter les indications et autres comportements des parties. Une référence à un Incoterm spécifique sous sa forme abrégée (FAB) peut être considérée comme suffisante. La CVIM « bénéficie » de l'existence des Incoterms, qui prévoient des règles (supplémentaires) sur des questions qui seraient difficiles à régler dans le contexte de l'installation et compte tenu du type de la Convention.

- Uniformité dans l'application ? Application par les juridictions nationales. Opinions du Comité consultatif de la CVIM. Accès aux décisions via internet

Une autre menace majeure pour le succès de la CVIM réside dans la question de l'uniformité dans l'application. Les différends découlant de la CVIM sont tranchés par arbitrage ou par des tribunaux *nationaux*. Il n'y a aucune « Cour suprême de la CVIM », les décisions en appel relevant de systèmes judiciaires nationaux. Le risque d'une jurisprudence comportant un préjugé national<sup>7</sup> est évident. Et en effet, dans les premières années, cette tendance a été observée (en particulier aux États-Unis d'Amérique).

---

<sup>6</sup>L'Art. 9 al. 1 prévoit que «Les parties sont liées par les usages auxquels elles ont consenti et par les habitudes qui se sont établies entre elles». L'Art. 9 al. 2 dispose que «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.»

<sup>7</sup>Bien que l'article 7, al. 1, dispose que : « Pour l'interprétation de la (...) Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application ainsi que d'assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international ».

Le « vide » créé par l'absence d'une « Cour suprême de la CVIM » ne peut être rempli que partiellement par le Comité consultatif de la CVIM qui émet régulièrement des Avis.<sup>8</sup>

L'information, bien sûr, est le parfait antidote. Afin de diffuser les informations de manière plus efficace, à l'époque différents systèmes élaborés ont été mis en place pour la CVIM. Rappelez-vous, il s'agissait d'années 80... De nos jours, Internet nous permet d'avoir accès aux avis des tribunaux et aux sentences arbitrales du monde entier.

## II. Des P.U. au DCFR en passant par les PEDC/PECL

- P.U. : Les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, 1994
  - o Du droit de la vente au droit des contrats

En 1980, un groupe de travail a été spécialement constitué élaborer les Principes d'Unidroit et le processus de rédaction formel s'est initié, menant finalement en 1994 à la publication des (premiers) Principes.<sup>9</sup> Les Principes d'Unidroit de 1994 sont des « Principes relatifs aux *contrats* du commerce international », et leur champ d'application ne se limite pas au « droit de la vente », comme c'est le cas avec la CVIM.

- o Réaffirmation internationale des principes généraux du droit des contrats (?). Instrument non contraignant, voir Préambule.

Il est important de souligner que les Principes d'Unidroit ne constituent pas un « droit ». Les Principes suivent plutôt le modèle américain des « *Restatements* ». En Introduction de la publication d'Unidroit, le Conseil de Direction stipule clairement que « les Principes, qui ne nécessitent pas l'approbation des Gouvernements, ne constituent pas un instrument contraignant et que par conséquent, leur acceptation dépend(ra) de leur pouvoir de persuasion. »<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> À ce jour, 16 avis ont été émis, consultez le site de Pace à ce sujet.

<sup>9</sup>La préparation des Principes d'Unidroit a commencé en 1971.

<sup>10</sup>Le préambule du texte des Principes d'Unidroit, expliquant le but des principes, est aussi clair à cet égard : «Les principes qui suivent énoncent des règles générales propres à régir les contrats du commerce international.

Ils s'appliquent lorsque les parties acceptent d'y soumettre leur contrat (...).

Ils peuvent s'appliquer lorsque les parties acceptent que leur contrat soit régi par les principes généraux du droit, la *lex mercatoria* ou autre formule similaire.

Ils peuvent s'appliquer lorsque les parties n'ont pas choisi une loi particulière devant régir leur contrat.

Quant au fond, il y a un lien évident entre les principes d'Unidroit et la CVIM, qui est d'ailleurs ouvertement reconnu en Introduction de la publication. Toutefois, étant donné que les Principes ne sont pas — contrairement à la CVIM — un « instrument contraignant », les Principes se retrouvent face au défi de l'applicabilité : les parties doivent choisir le régime « *opt-in* ». Le choix de l'application des Principes (« *opt in* ») peut se faire par référence explicite aux Principes ou, comme il est écrit en préambule : « Ils peuvent s'appliquer lorsque les parties acceptent que leur contrat soit régi par les principes généraux du droit, la *lex mercatoria* ou autre formule similaire ».<sup>11</sup>

Comment mesurer le succès des Principes ? Les Principes ont été développés au fil des années.<sup>12</sup> Mais ces Principes sont-ils utilisés dans la pratique ? On trouvera une indication en ce sens dans les cas énoncés. « UNILEX », le site Web des principes d'Unidroit, recense 419 cas (dont 192 relèvent de tribunaux arbitraux). Pour mesurer son succès et surtout en comparaison avec le succès de la CVIM,<sup>13</sup> nous devons tenir compte de l'approche plutôt modeste des Principes de la manière décrite ci-dessus.

- PECL : Principes de droit européen des contrats (1995, 2000, 2003) Commission sur les principes du droit européen des contrats (Commission Lando)

Le travail sur les principes de droit européen des contrats (PECL) a commencé un peu plus tard que les travaux sur les principes d'Unidroit, mais les activités des deux groupes sont très similaires.<sup>14</sup> Contrairement aux Principes d'Unidroit, les PECL ne se limitent pas aux contrats commerciaux : les PECL sont applicables à tous les contrats, y compris la vente au détail et les contrats privés.<sup>15</sup>

---

Ils peuvent être utilisés afin d'interpréter ou de compléter d'autres instruments du droit international uniforme.

Ils peuvent servir de modèle pour les législateurs nationaux et internationaux.

<sup>11</sup> Aussi, « Ils peuvent être utilisés afin d'interpréter ou de compléter d'autres instruments du droit international uniforme. », ce qui est intéressant parce que cela « lie » les Principes à la CVIM. Dans la pratique, les Principes sont considérés comme des principes généraux au sens de l'article 7 la CVIM : « Les questions concernant les matières régies par la présente Convention et qui ne sont pas expressément tranchées par elle seront réglées selon les principes généraux dont elle s'inspire... ». Il n'est pas tenu compte du fait que la CVIM est plus ancienne que les Principes.

<sup>12</sup>Voir le site Internet d'UNILEX.

<sup>13</sup>Le site de Pace énumère un total de 3134 cas CIVM (notamment : 531 cas pour la seule Allemagne) (consulté en septembre 2015).

<sup>14</sup>La première partie des PECL a été publiée en 1995 ; la deuxième partie est disponible depuis 1999. La version finale a été publiée en 2002.

<sup>15</sup>Au moment de la publication, 16 pays étaient présentés.

- Objectif : Nouvelles perspectives de *Common Law* pour l'Europe/Code du commerce uniforme européen/un code européen [de l'Union européenne] de droit privé ?

En Introduction de la partie I, le fait d'« Exprimer l'adoption par les parties » et celui de fournir « Une base d'harmonisation » ont été désignés comme des fins pour lesquelles les Principes sont conçus.<sup>16</sup> Aux fins de cet exposé, il suffit de remarquer que le dernier objet a été en effet accompli en ce sens que le « successeur » des PECL a produit un travail considérable qui peut servir de base à l'harmonisation.

DCFR : Groupe d'étude du projet de cadre commun de référence en vue de l'élaboration d'un code civil européen. 2008.

- Un texte de synthèse composite.
- Instruments juridiques non contraignants

En 2005, les travaux de la Commission sur le droit européen des contrats menés par le *Groupe d'étude en vue de l'élaboration d'un Code civil européen* avaient pour but ultime d'obtenir un texte de synthèse composite.<sup>17</sup> En 2008 a été présenté un projet de cadre commun de référence (DCFR). Le groupe a également rédigé des règles spécifiques aux contrats, tels que les Principes du droit européen des contrats.<sup>18</sup> Le DCFR a alimenté les discussions dans les milieux universitaires. Aussi impressionnants les travaux du groupe d'étude soient-ils, ce travail n'a pas atteint le statut d'« instrument contraignant ».

Les Directives européennes, en revanche, bien que fragmentaires par nature, sont en vigueur dans les pays européens.

### III. La force des Directives européennes. Droit de la consommation

- Directives qui protègent les consommateurs : Clauses contractuelles abusives de 1993, Contrats à distance de 1997, Ventes aux consommateurs de 1999, Droits

---

<sup>16</sup>Dans son intégralité : une Fondation pour la législation européenne ; Exprimer l'adoption par les parties ; Une formulation moderne d'une *lex mercatoria* ; Un modèle de développement judiciaire et législatif du droit des contrats ; Une base d'harmonisation.

<sup>17</sup>Le groupe est dirigé par Christian von Bar et comprend plusieurs membres de l'ancienne commission Lando.

<sup>18</sup>Ce groupe a également développé des règles relatives aux obligations extracontractuelles (responsabilité civile délictuelle, enrichissement injustifié, intervention bénévole dans les affaires d'autrui) et des questions fondamentales de la loi sur les biens meubles.

des consommateurs de 2011. L'échec de la proposition de 2008 d'aboutissement à une version consolidée.

Les Directives européennes peuvent être considérées comme un autre moyen d'« unifier » le droit. Ignorant les autres Directives,<sup>19</sup> je passe tout droit aux directives sur les clauses contractuelles abusives (1993)<sup>20</sup>, les contrats à distance (1997), les contrats et les ventes aux particuliers (1999)<sup>21</sup> <sup>22</sup>. Je distingue ces directives, car celles-ci, ainsi que la directive plus ancienne portant sur les « Contrats négociés en dehors des établissements commerciaux » (1985)<sup>23</sup> étaient vouées à être consolidées dans une nouvelle directive plus exhaustive. Ces projets, lancés en 2008, n'ont toutefois pas pu se concrétiser. Au lieu de cela, une nouvelle « Directive sur les droits des consommateurs » dont la portée est plus restreinte a été adoptée en 2011.<sup>24</sup> L'échec de la proposition de 2008 est un revers considérable. Si la proposition avait eu force de loi, un grand dispositif plus élaboré de droit « uniforme » des contrats/ventes aux consommateurs aurait été en vigueur.

- L'incidence du droit de la consommation sur le droit des contrats

Les directives mentionnées ci-dessus concernent les consommateurs. Il est à noter qu'elles ont une incidence effective sur le droit général des contrats. Dans le cadre du processus de mise en œuvre des Directives, les législateurs sont contraints de tenir compte des choix réalisés et étendent parfois le choix des règles aux dispositions générales.

---

<sup>19</sup>Passons sur les Directives portant sur d'autres sujets connexes comme les contrats de crédit à la consommation, 1987, les contrats de voyagistes, 1990, les contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation d'immeubles en temps partagé", 1994, marchés de services, 2006.

<sup>20</sup>Directive 93/13/CEE sur les clauses abusives dans les contrats de consommation.

<sup>21</sup>Directive 97/7/CE sur la protection des consommateurs en matière de contrats à distance.

<sup>22</sup>Directive 1999/44/CE relative à certains aspects de la vente de biens de consommation et aux garanties qui y sont associées.

<sup>23</sup>Directive 85/577/CEE concernant la protection des consommateurs en matière de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux.

<sup>24</sup> Directive sur les droits des consommateurs (2011/83/CE), qui devait être transposée dans les États-membres le 13 juin 2014. La nouvelle directive remplace *seulement* 2 directives : la Directive sur la protection des consommateurs en matière de contrats à distance et la Directive sur les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux. La Directive sur les ventes aux consommateurs ainsi que la Directive sur les conditions contractuelles abusives reste en vigueur *séparément*. La DG Justice a publié un document de référence dans les langues de l'UE afin de faciliter l'application effective de la Directive.

- Instrument facultatif proposé : Droit commun européen de la vente (CESL) 2011. Instrument pour les vendeurs : « commerçants ». *Opt-in* B2B. Consentement explicite du consommateur B2C.

En 2011, la Commission européenne a proposé un droit commun européen de la vente facultatif.<sup>25</sup> Le CESL est avant tout un instrument qui vise les commerçants. Ce droit européen des contrats facultatif (que l'on appelle le 28<sup>e</sup> règlement – à côté des 27 systèmes de droit des contrats des États membres) peut être utilisé à la volonté des parties (règle de l'« *opt-in* »). Il sera intéressant d'observer cela en pratique — si le CESL entre jamais en vigueur.

Les commerçants pourraient utiliser le même socle de termes contractuels lorsqu'ils traitent avec d'autres commerçants au sein et à l'extérieur de l'UE. Ainsi, le CESL a une dimension extraeuropéenne (concurrentiellement la CVIM ?).<sup>26</sup>

- Y aura-t-il un Code européen ? Dans l'affirmative, s'agira-t-il d'un Code de la consommation, d'un Code civil ou d'un Code du commerce ?

Y aura-t-il un jour un Code européen ? Les discussions concernant la question remontent aux années 50 du siècle dernier, mais une résolution du Parlement européen de 1989 est généralement considérée comme un début d'examen sérieux de la possibilité d'un « Code européen ». Aujourd'hui, plus de 25 ans plus tard, la réponse est :... aucune idée...

S'agira-t-il d'un Code de la consommation, d'un Code civil ou d'un Code du commerce ? Encore une fois, la réponse est :... aucune idée... La seule chose que nous savons est que le projet de cadre commun de référence (*droit mou*) fournit un intéressant « plan directeur » et qu'au fil des ans les Directives européennes (*contraignantes*) ont contribué à des avancées remarquables en matière d'« unification ». Cette tendance se poursuivra probablement à un rythme plus soutenu. Le droit commun européen de la vente sera-t-il la voie à suivre ?

---

<sup>25</sup>Le droit européen commun de la vente sera applicable :

- uniquement si les deux parties l'acceptent volontairement et expressément ;
- aux contrats transfrontaliers (les États membres auront le choix de rendre le régime commun de droit privé européen également applicable aux contrats domestiques)
- aussi bien pour les transactions *business-to-consumer* que pour les transactions *business-to-business*
- dans la mesure où l'une des parties est établie dans un État membre de l'Union européenne.

<sup>26</sup>Voir à titre de comparaison la déclaration n°1 du CC de la CVIM : La CVIM et l'harmonisation régionale (disponible sur le site Web de Pace).



J'espère que, à l'aune de ce bref aperçu, il devient évident que tous les « projets » examinés d'une manière ou d'une autre ont contribué à un état du « droit européen des contrats » qui progressera sans doute.

#### **IV. Enseignements**

Dans les projets visant à l'unification du droit, mieux vaut ne pas se montrer trop ambitieux au départ, c'est une leçon à tirer des Conventions de La Haye. Plus il y a de participants au processus, plus il est probable que vous obteniez un bon résultat. Le fait de déroger « *opting out* » est sans doute une meilleure solution que l'« *opting in* », si vous comparez l'échec des Conventions de 1964 avec le succès de la CVIM. Cette solution n'est toutefois pas toujours viable.

Le droit uniforme ne peut que bénéficier de la possibilité d'une « inclusion » des termes de l'échange et des usages, comme le démontre l'exemple de la CVIM, ce qui ouvre la voie à des règles (supplémentaires) portant sur des questions qui seraient difficiles à réguler dans le cadre de la mise en place et du type de règles plus générales comme celles des Principes.

Les Principes d'Unidroit — compte tenu de leur approche modeste — ont connu un certain succès. En quelque sorte, ils complètent la CVIM. Des règles plus générales ont été élaborées, ne se limitant pas à un champ circonscrit, mais couvrant un domaine important du droit : la vente. Progressivement, les Principes d'Unidroit se sont développés et au fil des ans est apparue une jurisprudence, diffusée par le biais d'Internet. Une communication efficace et un accès facile sont des éléments essentiels pour donner vie à des Principes. Internet permet d'accéder à la littérature et aux avis des tribunaux et sentences arbitrales rendues partout dans le monde. Les Principes, une fois adoptés, peuvent être révisés et améliorés.

La CVIM et les Principes d'Unidroit ont inspiré d'autres projets en Europe. Les PECL ont servi de modèle pour l'élaboration de mesures législatives relatives au droit des contrats. Est-il nécessaire d'élaborer des mesures législatives dans la Caraïbe ? Les PECL décrivent plus en détail la relation avec le droit interne. Avons-nous besoin d'une analyse plus approfondie du lien entre les Principes et le droit interne, peut-être par sujet (projets de doctorat), ou peut-être par pays<sup>27</sup> ?

Je suis issu du monde académique, je suis un chercheur. Vus sous cet angle, les Principes présentés dans le cadre de cette conférence offrent de belles opportunités : l'opportunité d'ouvrir le dialogue entre universités, entre praticiens et universitaires, entre participants de juridictions relativement petites et qui utilisent des langues différentes, proviennent de milieux juridiques différents, et qui travaillent ensemble avec un seul

---

<sup>27</sup> Cf. D. Busch et al. (éd.), *The Principles of European Contract Law and Dutch Law. A Commentary*, Nijmegen: Ars Aequi 2002.

objectif : trouver un dénominateur commun en matière de droit des contrats pour satisfaire les besoins de nos communautés. Où cela nous mènera, nous ne le savons pas, la seule chose que nous savons, c'est que ce voyage sera fascinant.