

# L'exonération de responsabilité dans l'article 79 CISG en comparaison avec le droit allemand, français, belge et la *common law*<sup>1</sup>

## Table des matières

- I. Les conditions de l'exonération de responsabilité selon l'article 79 CISG
  - A. Les règles générales posées par l'article 79, I CISG
    - 1. Les empêchements exonérateurs
      - a. L'extériorité
      - b. L'imprévisibilité
      - c. L'irrésistibilité
      - d. Le lien de causalité
    - 2. L'imprévision
  - B. L'empêchement résultant du fait d'un tiers substitué posé par l'article 79, II CISG
    - 1. Les tiers visés
    - 2. Les conditions d'exonération aggravées
- II. Les effets de l'exonération de responsabilité selon l'article 79 CISG
  - A. Les effets sur les obligations du débiteur
    - 1. La suspension de l'exécution de l'obligation posée par l'article 79, III CISG
    - 2. L'obligation d'information posée par l'article 79, IV CISG
  - B. Les sanctions à la disposition du créancier selon l'article 79, V CISG
    - 1. L'exclusion de la demande en dommages-intérêts
    - 2. Le maintien des autres moyens

I La section IV du Chapitre V de la CISG traite sous le titre "exonération" le problème de l'effet libératoire des "empêchements" des obligations d'un débiteur défaillant. Cette section cherche un équilibre entre l'effet de la force obligatoire des conventions et celui d'éléments extérieurs invoqués comme justification de leur inexécution.

La force obligatoire des conventions, connue sous l'adage latin *pacta sunt servanda*, est un principe selon lequel les parties sont liées par le contrat. Beaucoup de contrats, et surtout ceux en matière de vente internationale, sont conclus à un certain moment, mais leur exécution va souvent être renvoyée à une date ultérieure. La seule manière de protéger alors la sécurité du commerce international est de ne pas laisser dépendre l'exécution des obli-

gations contractuelles de la seule volonté des parties<sup>2</sup>, mais de prévoir des moyens de droit pour forcer la partie défaillante à exécuter ses obligations. Le but du principe *pacta sunt servanda*, qui est connu par tous les systèmes juridiques<sup>3</sup>, et considéré comme un principe fondamental du commerce international<sup>4</sup> consacré par la Convention de Vienne, est alors de protéger le contrat conclu contre des changements de circonstances ultérieures, qui pourraient nuire aux intérêts des parties appelées à l'exécuter.<sup>5</sup>

2 Cette protection du contrat n'est absolue dans aucun des régimes juridiques des pays signataires de la Convention. Les parties ont, au moment de la conclusion du contrat, accepté de garantir son exécution dans des situations qui pourraient changer, mais pas dans des situations totalement changées, inattendues et inévitables qui vont rendre l'exécution de l'obligation impossible ou lourdement inéquitable pour le débiteur. La question est alors de déterminer ces nouveaux éléments qui peuvent être invoqués par ce dernier comme cause d'exonération.

Les parties prennent généralement le soin de préciser les effets qu'un tel changement de circonstances produirait sur la force obligatoire de leur accord, lorsque la vente présente une certaine importance, et surtout lorsqu'elle doit être exécutée, soit sur une longue période, soit en une seule fois, mais à un moment relativement éloigné de la date de sa conclusion.<sup>6</sup> Le caractère détaillé de ces clauses de changement dans les contrats internationaux

<sup>2</sup> La conclusion des contrats qui, au moment de leur exécution, apparaissent déficitaires, peut être considérée comme appartenant aux risques inhérents aux relations commerciales (Kh. Hasselt 2 mai 1995, (A.R. 1849/94), non publié).

<sup>3</sup> Les législateurs nationaux ont souvent des préoccupations analogues: ainsi le législateur français a établi un certain nombre de qualifications juridiques applicables à des parties contractantes, telle celle de fournisseur professionnel, qui rendent difficile le jeu de clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité au bénéfice de ces derniers. (P. Kahn, "Force majeure et contrats internationaux de longue durée", *Clunet* (France) 1975, 467.)

<sup>4</sup> Sentence CCI rendue dans l'affaire n° 1512 en 1971, *Clunet* (France) 1974, 905, note Y. D. et *Recueil des sentences arbitrales de la CCI 1974-85*, Paris (France), ICC Publishing S.A., 1990, 3 (original de la sentence de 1971 en langue anglaise), 33 (original de la sentence partielle de 1967 en langue anglaise), 37 (original de la sentence partielle de 1970 en langue anglaise), 207 (sentence de 1971) et 211 (note Y. D.), YCA (Pays-Bas) I, 128 (original de la sentence de 1971 en langue anglaise) et 180, 170 (original des sentences partielles de 1967 et de 1970 en langue anglaise) et Sentence CCI rendue dans l'affaire n° 5953 en 1989, *Clunet* (France) 1990, 1056, note Y. D., et *Recueil des sentences arbitrales de la CCI 1986-90*, Paris (France), ICC Publishing S.A., 1994, 437, note Y. D.

<sup>5</sup> H. Lesguillons, "Frustration, force majeure, imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage", *Droit et pratique du commerce international* 1979, 507; J. Honnold, *Uniform Law for International Sales*, Deventer (Pays-Bas), Kluwer, 1991, nr. 424 et les exemples dans nr. 431 et A. Keil, *Die Haftungsbefreiung des Schuldners im UN-Kaufrecht, im Vergleich mit dem deutschen und US-amerikanischen Recht*, Frankfurt (Allemagne), Lang, 1993, 2.

<sup>6</sup> V. Heuzé, *La vente internationale de marchandises*, Paris (France), Éditions Joly, 1992, 342, nr. 452.

<sup>1</sup> Cet article est basé sur un mémoire soutenu par l'auteur à l'université Panthéon-Assas (France) pour le Diplôme d'Études Approfondies Droit International. L'Université Panthéon-Assas n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans le mémoire ou dans l'article présent; ces opinions sont propres à leur auteur.

tient notamment à l'influence de la *common law*. L'attitude traditionnelle du juge anglais ou américain est de ne pas "lire" dans le contrat une clause qui n'y figure pas. Les contractants sont donc incités à essayer de prévoir tout ce qui pourrait entraver l'exécution de leurs obligations respectives.<sup>7</sup> Ainsi, les parties contractantes peuvent prévoir des clauses d'indexation, qui entraînent une révision automatique du prix convenu en fonction de l'évolution générale des coûts ou des fluctuations monétaires<sup>8</sup>, ou des clauses d'imprévision ou de *hardship*<sup>9</sup>, qui obligent à redéfinir les termes du contrat en cas de bouleversement de l'environnement économique de l'opération, ou encore des clauses de force majeure, dans lesquelles sont définies les conditions, illustrées ou non d'exemples, et les conséquences d'une situation de force majeure.<sup>10</sup> Dans la mesure où leur validité est admise par la *lex contractus*, ces clauses sont pleinement efficaces, et l'emportent sur les solutions facultatives fixées par la Convention de Vienne.<sup>11</sup>

3 Ce n'est donc qu'en l'absence de telles clauses<sup>12</sup>, qu'il faudra se référer aux causes d'exonération prévues dans la Convention.<sup>13</sup> La Convention, dans la section IV de son chapitre V, en prévoit deux: l'impossibilité d'exécution prévue à l'article 79 CISG et le fait du créancier prévu à

l'article 80 CISG, qui peuvent apparaître comme la règle générale et une règle particulière.<sup>14</sup> Les conditions et les effets de l'une et de l'autre n'étant pas, loin s'en faut, identiques, il convient de les examiner distinctement.<sup>15</sup>

4 L'article 80 CISG énonce qu'"une partie ne peut pas se prévaloir d'une inexécution par l'autre partie dans la mesure où cette inexécution est due à un acte ou à une omission de sa part".<sup>16</sup> Une partie n'est pas en droit de se prévaloir de l'inexécution par un cocontractant de ses obligations, lorsque cette inexécution résulte de son propre comportement. C'est ce qu'énonce l'adage: *venire contra factum proprium*.<sup>17</sup> Le cas échéant, la faute et parfois même le simple fait de l'une des parties contractantes diminue, voire supprime son droit à réparation.<sup>18</sup>

Cette disposition ne figurait pas dans le projet de la Convention, sans doute parce qu'elle n'était que la mise en œuvre du principe supérieur de bonne foi prévu à l'article 7, I CISG<sup>19</sup>, ou encore du principe selon lequel nul ne saurait se prévaloir de sa propre faute énoncé à l'article 7, II CISG.<sup>20</sup> Cela n'excluait pas de la formuler dès lors que l'on s'efforçait de codifier le droit de la vente.<sup>21</sup>

L'effet est que le créancier perd tous les moyens de droit et ne peut plus invoquer l'inexécution du débiteur si les trois conditions de l'article 80 CISG sont réunies, notamment l'existence d'une contravention commise par le débiteur, un acte ou une omission du créancier ou des auxiliaires qui lui sont imputés et des tiers qui agissent pour son compte, et un lien de causalité à effet entre la contravention et cet acte ou cette omission.

5 L'article 79 CISG, par contre, dont traite cet article, peut être considéré comme la règle générale d'exonération qui reprend le mécanisme général de l'article 74 LUVI, sous réserve du cas particulier de l'inexécution de ses obligations par un tiers engagé par l'une des parties pour exécuter tout ou partie du contrat (article 79, II CISG), et des notifications relatives à l'empêchement

<sup>7</sup> B. Audit, *La vente internationale de marchandises*, Paris (France), L.G.D.J. 1990, 172. Aussi: P. Kinsch, *Le fait du Prince étranger*, Paris (France), L.G.D.J. 1994, 34, nr. 33.

<sup>8</sup> S. Silard, "Clauses de maintien de la valeur dans les transactions internationales", *Clunet* (France) 1972, 213.

<sup>9</sup> B. Oppetit, "L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de hardship", *Clunet* (France) 1974, 794.

<sup>10</sup> P. Kahn, "Force majeure et contrats internationaux de longue durée", *Clunet* (France) 1975, 469-478; M. Fontaine, "Les clauses de force majeure dans les contrats internationaux", *Droit et pratique du commerce international* 1979, 469-506; G. Delaume, "Change of circumstances and force majeure clauses in transnational loans", *Droit et pratique du commerce international* 1981, 333-359; M. Fontaine, *Droit des contrats internationaux*, Paris (France), Forum Européen de la Communication, 1989, 211-247 et A. Kritzer, *Guide to Practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Deventer (Pays-Bas), Kluwer, 1989, 520-522.

<sup>11</sup> V. Heuzé, *La vente internationale de marchandises*, Paris (France), Éditions Joly, 1992, 342, nr. 452. Un tribunal arbitral n'a pas retenu le fait, pour le défendeur, de ne pas disposer de ressources en devises, comme constitutif d'un cas de force majeure, car ne figurant pas sur la liste exhaustive des cas de force majeure prévue par les parties au contrat. (Sentence du Tribunal d'arbitrage commercial international de la Chambre de commerce et d'industrie de la Fédération de Russie rendue dans l'affaire n° 123/1992, 17 octobre 1995, Unilex Data Base et Clout Case 142.)

<sup>12</sup> Si le contrat ne contient pas de telles dispositions, cette lacune n'est pas considérée comme involontaire, et la maxime *pacta sunt servanda* exige que le contrat soit exécuté comme il a été initialement conçu. (Y. D., note sous Sentence CCI rendue dans l'affaire n° 1512 en 1971, *Clunet* (France) 1974, 910 et *Recueil des sentences arbitrales de la CCI 1974-85*, Paris (France), ICC Publishing S.A., 1990, 212.)

<sup>13</sup> Les dispositions de l'article 79 CISG, comme celles de l'article 80 CISG, ne sont pas impératives (article 6 CISG), et les parties peuvent y déroger dans leur contrat. (H. Erdem, *La livraison des marchandises selon la Convention de Vienne*, Fribourg (Suisse), Éditions Universitaires, 1990, 234, nr. 1153.) Aussi en droit français interne, la force majeure n'est pas d'ordre public et les parties à un contrat peuvent en principe définir ce qu'elles considèrent comme événement exonératoire de la responsabilité. (J. Thieffry et C. Granier, *La vente internationale*, s.l. (France), Centre français du Commerce Extérieur, 1992, 106.)

<sup>14</sup> B. Audit, *La vente internationale de marchandises*, Paris (France), L.G.D.J., 1990, 172.

<sup>15</sup> V. Heuzé, *La vente internationale de marchandises*, Paris (France), Éditions Joly, 1992, 342, nr. 451.

<sup>16</sup> A/CONF.97/18, Annexe I, YB XI, 159; A/CONF.97/19, 200 et Loi portant assentiment à la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, B.S. 1 juli 1997, 17484.

<sup>17</sup> K. Neumayer et C. Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises - Commentaire*, Paris (France), CEDIDAC, 1993, p. 539, art. 80, nr. 1.

<sup>18</sup> J. Huet, *Traité de droit civil, les principaux contrats spéciaux*, Paris (France), L.G.D.J., 1996, 571.

<sup>19</sup> Article 7, II CISG: *Pour l'interprétation de la présente 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.*

<sup>20</sup> Article 7, II CISG: *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 ou, à défaut de ces principes, conformément à la loi applicable en vertu des règles du droit international privé.*

<sup>21</sup> B. Audit, *La vente internationale de marchandises*, Paris (France), L.G.D.J., 1990, 179.

d'exécuter (article 79, IV CISG). L'article 79 CISG définit les conditions de l'exonération du débiteur de l'obligation inexécutée (I), et les effets d'une telle exonération (II).

L'article 79 CISG dispose ce qui suit:

*I. Une partie n'est pas responsable de l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations si elle prouve que cette inexécution est due à un empêchement indépendant de sa volonté et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre d'elle qu'elle le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'elle le prévienne ou le surmonte ou qu'elle en prévienne ou surmonte les conséquences.*

*II. Si l'inexécution par une partie est due à l'inexécution par un tiers qu'elle a chargé d'exécuter tout ou partie du contrat, cette partie n'est exonérée de sa responsabilité que dans le cas: a) où elle l'est en vertu des dispositions du paragraphe précédent; et b) où le tiers serait lui aussi exonéré si les dispositions de ce paragraphe lui étaient appliquées.*

*III. L'exonération prévue par le présent article produit effet pendant la durée de l'empêchement.*

*IV. La partie qui n'a pas exécuté doit avertir l'autre partie de l'empêchement et de ses effets sur sa capacité d'exécuter. Si l'avertissement n'arrive pas à destination dans un délai raisonnable à partir du moment où la partie qui n'a pas exécuté a connu ou aurait dû connaître l'empêchement, celle-ci est tenue à des dommages-intérêts du fait de ce défaut de réception.*

*V. Les dispositions du présent article n'interdisent pas à une partie d'exercer tous ses droits autres que celui d'obtenir des dommages-intérêts en vertu de la présente Convention.*<sup>22-23</sup>

## I. Les conditions de l'exonération de responsabilité selon l'article 79 CISG

### A. Les règles générales posées par l'article 79, I CISG

6 Les causes d'exonération varient dans les grands systèmes juridiques et sont liées à la façon dont la responsabilité contractuelle est déclenchée.

Dans le système juridique allemand, qui est "unitaire" (ce qui veut dire que la responsabilité est fondée soit sur une base "subjective" de faute, soit sur une base "objective" d'inexécution) la responsabilité contractuelle est basée sur l'inexécution fautive de l'obligation, et l'inexécution n'est par conséquent qu'une présomption de faute. Celui qui pense ne pas être en faute peut essayer de s'exonérer

en tentant de se disculper.<sup>24</sup> Suivant l'article 275 du BGB, le débiteur est libéré de son obligation de fournir la prestation dans la mesure où cette prestation devient impossible par suite d'une circonstance étant survenue dès le début de l'exécution de celle-ci, et dont il n'est pas responsable.

Les systèmes de la *common law*, eux aussi "unitaires", fondent par contre la responsabilité contractuelle uniquement sur le fait de l'inexécution, et il est exclu de pouvoir invoquer l'absence de faute pour se décharger de la responsabilité.

Le système de droit allemand paraît donc plus favorable à celui qui engage sa responsabilité que ceux de la *common law*. Cependant, ces derniers ont, dans des mesures différentes, adopté des réglementations destinées à compenser la rigueur des conditions de mise en jeu de la responsabilité. Les systèmes de la *common law* ont utilisé la liberté contractuelle pour diviser la responsabilité entre les *warranties*<sup>25</sup> et les *conditions*<sup>26</sup>, et ont adopté la *frustration* comme cause d'exonération. Selon la doctrine aujourd'hui dominante, la *frustration* en tant que cause d'extinction des obligations contractuelles, ne peut trouver son fondement dans la volonté implicite des parties. Au contraire, la *frustration* doit être envisagée objectivement, comme résultant de la survenance d'un événement non imputable aux parties, et qui modifie les prévisions raisonnables des parties à un tel degré, qu'il serait injuste d'exiger le respect par les parties des obligations prévues au contrat.<sup>27</sup>

En revanche, les systèmes de droit français et de droit belge, par le fait qu'ils sont "dualistes", opposent la responsabilité pour faute, en matière d'obligations de moyen, à la responsabilité pour inexécution, en matière d'obligation de résultat. Ces systèmes n'ont pas prévu de possibilité de moduler la responsabilité contractuelle par le jeu des *conditions* et des *warranties*, ni de causes exonératoires aussi souples que la *frustration*. L'obligation de livrer une chose ou de payer le prix en vertu d'un contrat de vente est toujours considérée comme une obligation de résultat. Dans ce système de responsabilité rigoureuse, le débiteur défaillant d'une obligation de résultat ne peut, pour se libérer et éviter que soit sanctionnée son inexécution, que prouver l'existence d'une cause

<sup>24</sup> J. Thieffry et C. Granier, *La vente internationale*, Centre français du Commerce Extérieur, 1992, 104.

<sup>25</sup> Les *warranties* ne sont que des obligations secondaires et ne donnent à leur créancier, en cas de manquement par le débiteur, qu'un droit à d'éventuels dommages et intérêts: le créancier n'a droit à des dommages et intérêts que dans le cas où le manquement qu'il invoque est jugé suffisamment grave par les parties contractantes pour justifier un tel droit.

<sup>26</sup> Les *conditions* sont considérées comme des clauses représentant des obligations importantes dont la violation ou l'inexécution conduit à la résolution du contrat aux torts et griefs de celui qui est l'auteur du manquement.

<sup>27</sup> P. Kinsch, *Le fait du Prince étranger*, Paris (France), L.G.D.J., 1994, 35, nr. 34 et H. Lesguillons, "Frustration, force majeure, imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage", *Droit et pratique du commerce international* 1979, 513.

<sup>22-23</sup> A/CONF.97/18, Annexe I, YB XI, 159; A/CONF.97/19, 199 et Loi portant assentiment à la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, B.S. 1 juli 1997, 17484.

étrangère prévue par l'article 1147 du Code Civil qui a rendu l'exécution impossible. Dans le système classique de droit français, les causes étrangères sont: le fait de la victime, le fait d'un tiers et la force majeure.<sup>28</sup> Cette force majeure, dont le Code Civil ne définit pas de théorie générale<sup>29</sup>, est interprétée par la Cour de cassation française de manière très stricte.<sup>30</sup> Elle peut être définie comme "l'événement étranger à celui qui l'invoque, qui l'exonère de sa responsabilité, à condition qu'il soit imprévisible et irrésistible".<sup>31</sup>

La force majeure du droit français joue le même rôle que le concept de *frustration* de la *common law*. Ils exonèrent celui qui peut démontrer l'existence d'un fait qui lui est étranger. Mais, alors que dans le cas de la force majeure, l'analyse est subjective (le fait était-il, pour celui qui l'invoque, imprévisible et irrésistible?), la *frustration* conduit à un examen du contrat considéré comme objet. La force majeure a essentiellement pour conséquence dans l'optique française, qu'un contractant soit affranchi de la responsabilité qu'il encourt normalement en cas d'inexécution, alors que dans l'optique anglaise l'accent est mis en revanche sur la cessation, la disparition du contrat qui avait été conclu. Ce qui retient l'attention n'est pas la situation particulière d'un des contractants, c'est le fait que l'opération (*adventure*) que présentait le contrat ne peut être réalisée, il y a *frustration of the contract, frustration of the adventure*.<sup>32</sup> Dans cet examen objectif du contrat, il ne sera pas tenu compte de la prévisibilité ou de l'imprévisibilité de l'événement, ni de son irrésistibilité. Dès lors, la conjoncture et son évolution pourront être prises en considération comme événement conduisant à l'exonération, ce qui mène à la théorie de l'imprévision. La *frustration* est, dans les contrats à long terme, comme les contrats d'approvisionnement ou de vente de biens d'équipement, mieux adaptée à l'évolution de la conjoncture économique ou technique, que ne l'est la force majeure, dont l'effet est particulièrement restreint.<sup>33</sup> La *frustration* est donc plus large que la force majeure; elle rappelle l'imprévision sans se confondre avec elle.<sup>34</sup> Si on compare le droit français et le droit belge avec le droit allemand, on peut dire qu'on parle de force majeure en droits français et belge chaque fois que le comportement

de la personne n'apparaît pas comme fautif. La force majeure est donc la circonstance qui, compte tenu du critère de l'homme normalement prudent et diligent, efface le caractère fautif de l'acte commis ou de l'omission. Elle apparaît ainsi comme le négatif de la faute, et est donc dans cette perspective inutile puisqu'elle se ramène à la notion de faute. Là où le droit allemand se sert uniquement de cette notion de faute (il y a faute lorsque l'on n'a pas eu le comportement d'un homme normalement prudent et diligent), les systèmes de droit français et de droit belge ont inventé une notion qui commence au moment où la faute cesse (il y a force majeure lorsque le comportement d'un homme normalement prudent et diligent n'aurait pu surmonter l'événement).<sup>35</sup>

7 Le système de responsabilité contractuelle adopté par la Convention de Vienne est une notion indépendante<sup>36</sup> de l'inexécution qui, à l'image des droits "objectifs" et "unitaires" de la *common law*<sup>37</sup>, tient à priori la partie défaillante pour responsable.<sup>38</sup> Cette notion implique une définition souple de la cause étrangère, "qui dépasse largement les seuls cas d'impossibilité d'exécution et qui, de la même manière que pour l'appréciation de la gravité de l'inexécution, fait appel à la prévisibilité raisonnable"<sup>39</sup>(1).<sup>40</sup> Il faudra alors élucider si la Convention de Vienne admet la théorie de l'imprévision (2).

<sup>28</sup> P. Van Ommeslaghe, *Cours de droit des obligations*, Bruxelles, Presses universitaires, 1987, 589/1 et 2.

<sup>29</sup> Article 7, I CISG. La notion de la force majeure de la Convention de Vienne doit être interprétée comme telle et non par référence à un système quelconque. (B. Audit, *La vente internationale de marchandises*, Paris (France), L.G.D.J., 1990, 172.) Contra: La terminologie retenue est celle d'"empêchement". Mais les principes sont voisins de ceux que connaît le droit français. (J. Huet, *Traité de droit civil, les principaux contrats spéciaux*, Paris (France), L.G.D.J., 1996, 570.)

<sup>30</sup> Contra: J.-P. Plantard, "Un nouveau droit uniforme de la vente internationale: La Convention des Nations Unies du 11 avril 1980", *Clunet* (France) 1988, 360. Voir les réactions très négatives de MM. Hjermer (Suède) et Plantard (France) lors d'une discussion concernant le changement des circonstances au moment de l'empêchement, Comptes rendus analytiques de la Première Commission, 27e séance, A/CONF.97/C.1/SR.27, article 65, nr. 58 et 59 et A/CONF.97/19, 403.

<sup>31</sup> Handelsgericht Zürich (Suisse), 26 avril 1995, III, 6, d, *Unilex Data Base*, résumé *Schweizerische Zeitschrift für Internationales und Europäisches Recht* (Suisse) 1996, 51. Voir Commentaire sur le projet de Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises, établi par le Secrétariat, A/CONF.97/5, article 58 et A/CONF.97/19, 52.

<sup>32</sup> M. Borysewicz, "Convention et projets de convention sur la vente internationale de marchandises", dans LA FONDATION INTERNATIONALE POUR L'ENSEIGNEMENT DU DROIT DES AFFAIRES, LA FACULTÉ DE DROIT D'AIX-EN-PROVENCE (ed.), *Les ventes internationales de marchandises*, Paris (France), Economica, 1981, 39.

<sup>33</sup> J. Thieffry et C. Granier, *La vente internationale*, Centre français du Commerce Extérieur, 1992, 108. Le texte anglais ne comporte pourtant pas le mot "frustration", qui exprime la notion normalement invoquée dans les mêmes circonstances, parce que les rédacteurs de la Convention ont, dans la mesure du possible, évité d'utiliser, ici comme ailleurs, les concepts qui évoqueraient trop des techniques et institutions des droits nationaux, pour limiter les risques d'interprétation non uniforme de la Convention. (B. Audit, *La vente internationale de marchandises*, Paris (France), L.G.D.J., 1990, 172.)

<sup>28</sup> P.-H. Antonmattei, note sous Cass. Ire Civ., 6 octobre 1993, *JCP* (France) 1994, éd. E, II, 600, nr. 11.

<sup>29</sup> P. Van Ommeslaghe, *Cours de droit des obligations*, Bruxelles, Presses universitaires, 1987, 589/1. Pour le droit néerlandais et l'article 79, voir la concise et précise interprétation de R.I.V.F. Bertrams, *Enige aspecten van het Weens koopverdrag*, Vermande 1995, 48 - 62.

<sup>30</sup> P. Kahn, "Force majeure et contrats internationaux de longue durée", *Clunet* (France) 1975, 468.

<sup>31</sup> Voir aussi la Cour de cassation belge: "... la force majeure ne peut résulter que d'un événement indépendant de la volonté humaine et que cette volonté n'a pu ni prévoir, ni conjurer." Cass. 28 novembre 1984, *Pas.* 1985, I, 390; Cass. 17 décembre 1984, *R.G.A.R.* 1988, n° 11334 et Cass. 9 octobre 1986, *J.T.* 1987, 468 et *R.W.* 1987-88, 778.

<sup>32</sup> P.-H. Antonmattei, *Contribution à l'étude de la force majeure*, Paris (France), L.G.D.J., 1992, 87.

<sup>33</sup> J. Thieffry et C. Granier, *La vente internationale*, Centre français du Commerce Extérieur, 1992, 104.

<sup>34</sup> P.-H. Antonmattei, *Contribution à l'étude de la force majeure*, Paris (France), L.G.D.J., 1992, 88.

## 1. Les empêchements exonérateurs

8 En décidant qu'une "partie n'est pas responsable de l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations", lorsque se trouvent réunies les conditions que pose l'article 79, les auteurs de la CISG ont entendu conférer à ce texte un domaine aussi vaste que possible. Aucune distinction n'est faite selon la forme de l'infraction, qu'elle soit totale ou partielle, tardive ou défectueuse<sup>41</sup>, ni selon la cause de l'infraction, qu'elle découle d'une impossibilité initiale, d'une mauvaise exécution ou de la demeure<sup>42</sup>, ni selon l'auteur de l'infraction, laquelle peut être causée aussi bien par l'acheteur que par le vendeur.<sup>43</sup> Peu importe également l'importance de l'obligation inexécutée, qu'elle soit principale, accessoire, ou seulement un devoir.<sup>44</sup> De la même manière, il n'est pas utile de distinguer selon la nature ou la source de l'obligation inexécutée,

qu'elle soit aménagée par la Convention de Vienne, ou stipulée dans le contrat, ou qu'elle dérive d'une loi étatique applicable selon les articles 4 ou 7, II CISG.<sup>45</sup>

Le fait que la Convention vise "une partie", et non "le débiteur", peut être expliqué par le fait que dans la terminologie anglaise l'expression "débiteur", comme celle de "créancier", n'est pas employée hors du domaine des obligations de somme d'argent.<sup>46</sup>

La convention ne contient aucune définition de la notion d'"empêchement". Un bref aperçu historique nous permet de préciser son contenu. En 1939, lors des travaux pour l'unification du droit, il avait été prévu une cause générale d'exonération valable pour toutes les contraventions envisageables et qui était basée sur le concept d'"obstacle" que le débiteur ne pouvait ni prévoir ni surmonter. Lors de la Conférence de La Haye de 1964 qui donna naissance à la LUVI et la LUFU, cette notion a été remplacée par celle des "circonstances" que les parties ne peuvent ni prévoir, ni éviter ou surmonter. Lors de la préparation du projet de la CISG, l'exonération a été liée à l'absence de faute<sup>47</sup>, mais, pendant les sessions de travaux préparatoires, une proposition a été faite afin de supprimer la référence à cette notion de faute. Cette proposition a été retenue et le Groupe de travail a substitué les termes de la LUVI par ceux de l'"empêchement indépendant de la volonté du débiteur".<sup>48</sup> Ces empêchements, mentionnés dans l'article 79 CISG, correspondent alors à tous les obstacles qui s'opposent à l'exécution du contrat. En d'autres termes, ce sont des événements ou des faits qui rendent impossible l'accomplissement des obligations.<sup>49</sup>

Cependant, l'existence d'un empêchement ne suffit pas. L'article 79, I CISG subordonne l'exonération de la responsabilité de la partie qui a manqué à l'une quelconque de ses obligations, à la condition qu'elle prouve que cet empêchement est "indépendant de sa volonté et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre d'elle qu'elle le prenne en considération au moment de la conclusion du

<sup>41</sup> Contra: J. Honnold, *Uniform Law for International Sales*, Deventer (Pays-Bas), Kluwer, 1991, nr. 427. Ce professeur américain, influencé par la Section 2-615 du *Uniform Commercial Code* qui ne permet pas au vendeur de s'exonérer en cas de "delay in delivery" ou de "non-delivery", prétend que l'article 79 CISG ne s'appliquerait qu'en cas de défaut total d'exécution ou d'exécution tardive, à l'exclusion d'exécution défectueuse et notamment de défaut de conformité de la part du vendeur. Cette opinion s'appuie sur l'argument selon lequel la Convention tend à exclure tout débat sur une faute éventuelle d'une partie dans l'exécution de ses obligations, à plus forte raison lorsqu'il s'agirait d'une fabrication intervenue à des milliers de kilomètres. Mais le professeur français Bernard Audit soutient que d'une part, la rédaction de l'article 79 CISG ne semble pas autoriser une telle distinction, et d'autre part, en cas de défaut de conformité, l'excuse d'absence de faute et celle de cause étrangère ne se confondent pas: ainsi, dans le cas où un défaut de conformité résulterait d'une interdiction nouvelle d'utiliser certains matériaux, on peut exclure l'excuse d'absence de faute mais on retiendra pourtant l'excuse de cause étrangère. (B. Audit, *La vente internationale de marchandises*, Paris (France), L.G.D.J., 1990, 173.) Aussi Working Group, fifth session, Genève, 1974, A/CN.9/87, article 74, nr. 112, YB V, 39; Analyse des observations et propositions des gouvernements et des organisations internationales sur le Projet de Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises ainsi que sur les projets de dispositions élaborées par le Secrétaire Général en ce qui concerne les mesures d'application, les réserves et autres clauses finales, A/CONF. 97/9, article 65, nr. 6 et A/CONF.97/19, 87; K. Neumayer et C. Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises – Commentaire*, Paris (France), CEDIDAC, 1993, p. 518, art. 79, nr. 2; P. Thieffry, "Le choix préalable du droit applicable aux contrats de vente internationale de marchandises et la Convention de Vienne du 11 avril 1980 dans les rapports franco-américains", *Cahiers Juridiques et Fiscaux de l'Exportation* (France) 1987, nr. 5, 282. E. von Caemmerer et P. Schlechtriem, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, München (Allemagne), Beck, 1995, 681, art. 79, nr. 12 et M. Claeys, "De bijzondere rechtsmiddelen van de partijen" dans H. Van Houtte, J. Erauw et P. Wautelet (ed.), *Het Weens Koopverdrag*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 264. Déjà l'article 74 LUVI: P. Schlechtriem, *Einheitliches Kaufrecht – wissenschaftliches Modell oder praxisnahe Regelung*, Heidelberg (Allemagne), Müller, 1978, 46-47.

<sup>42</sup> H. Erdem, *La livraison des marchandises selon la Convention de Vienne*, Fribourg (Suisse), Éditions Universitaires, 1990, 234, nr. 1154.

<sup>43</sup> L'article 79 CISG sera par exemple invoqué par le vendeur lorsqu'il est empêché de livrer par suite d'événements naturels ou politiques ("fait du prince", tel qu'une interdiction nouvelle de produire ou d'exporter) ou du fait d'un tiers (grève générale, destruction, vol, ...), et par l'acheteur lorsqu'il est empêché de payer ou de prendre livraison par suite de circonstances du même ordre, telles qu'une interruption des communications ou l'imposition d'une nouvelle réglementation des changes. (B. Audit, *La vente internationale de marchandises*, Paris (France), L.G.D.J., 1990, 173.)

<sup>44</sup> H. Erdem, *La livraison des marchandises selon la Convention de Vienne*, Fribourg (Suisse), Éditions Universitaires, 1990, 234, nr. 1154.

<sup>45</sup> V. Heuzé, *La vente internationale de marchandises*, Paris (France), Éditions Joly, 1992, 343, nr. 453.

<sup>46</sup> B. Audit, *La vente internationale de marchandises*, Paris (France), L.G.D.J., 1990, 179.

<sup>47</sup> Working Group, fifth session, Genève, 1974, A/CN.9/87, article 74, nr. 110, YB V, 39.

<sup>48</sup> Ce changement entraîne, essentiellement, deux interprétations différentes: selon certaines délégations, puisque l'essentiel de l'article a été gardé comme tel, l'élimination de la notion de faute ne provoque pas de changement et le régime de la responsabilité est fondé sur la notion de "faute"; selon d'autres, la notion de "faute" comme fondement de la responsabilité a été définitivement écartée. (H. Erdem, *La livraison des marchandises selon la Convention de Vienne*, Fribourg (Suisse), Éditions Universitaires, 1990, 236, nr. 1160.) Pour Neumayer et Ming finalement, la terminologie modifiée par rapport à l'article 74 LUVI, qui ne parlait de "circonstances", indique que l'on a voulu restreindre les motifs d'exonération. (K. Neumayer et C. Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises – Commentaire*, Paris (France), CEDIDAC, 1993, p. 517, art. 79, nr. 2.) Le test de la prévisibilité de l'empêchement, gardé par la CISG, est pourtant propre à l'exonération par l'absence de faute.

<sup>49</sup> H. Erdem, *La livraison des marchandises selon la Convention de Vienne*, Fribourg (Suisse), Éditions Universitaires, 1990, 237, nr. 1164.

contrat, qu'elle le prévienne ou le surmonte ou qu'elle en prévienne ou surmonte les conséquences."

Il résulte de la règle énoncée à l'alinéa premier de l'article 79 CISG que le débiteur est exonéré de sa responsabilité lorsque l'inexécution est due à un événement indépendant de sa volonté (a), imprévisible par celui-ci au moment de la conclusion du contrat (b), et irrésistible ou insurmontable dans sa survenance ou ses conséquences (c). Le débiteur doit aussi prouver que l'empêchement est la cause exclusive de l'inexécution (d).<sup>50</sup>

#### a. L'extériorité

9 La condition, exigée par l'article 79, I CISG, selon lequel l'empêchement doit être pour le débiteur "*indépendant de sa volonté*", signifie que la cause de l'empêchement allégué doit être totalement étrangère à celui-ci et ne peut pas, même partiellement, lui être imputée.<sup>51</sup>

Le texte français de la Convention ne correspond pas à la lettre de la version anglaise lorsqu'il mentionne les "empêchements indépendants de sa volonté" à la place d'empêchements "*beyond his control*": cette dernière version indique mieux le fait que l'empêchement doit avoir sa source en dehors de la sphère d'influence du débiteur, c'est-à-dire que son origine lui est extérieure au sens de la jurisprudence française.<sup>52</sup>

Un empêchement n'est pas en dehors de la sphère d'influence du débiteur lorsqu'il est prouvé que ce dernier a commis une faute, consistant par exemple à ne pas solliciter les autorisations nécessaires dans son pays pour exécuter ses obligations, telles que l'autorisation d'exportation de marchandises pour le vendeur ou de devises pour l'acheteur.<sup>53</sup> De plus, toutes les circonstances qui se trouvent dans la sphère de contrôle du débiteur et qui peuvent lui être imputées personnellement excluent son exonération: par exemple, la fourniture de la marchandise, l'obtention des licences nécessaires aux fins d'exportation (à condition qu'on tienne compte de la conduite diligente ou non de l'intéressé), son omission de conclure un contrat d'assurance si cela correspond aux usages, etc. ...<sup>54</sup> Les événements qui se produisent dans sa branche d'activité

et qui affectent ses capacités financières<sup>55</sup> ou qui provoquent son insolvabilité<sup>56</sup> ne sauraient en aucune façon être regardés comme "*indépendants de sa volonté*". Le vendeur ne pourra pas non plus se retrancher, pour se soustraire à l'obligation de réparer les conséquences dommageables des vices cachés affectant les marchandises livrées, derrière le fait du fabricant. Même si le débiteur n'avait aucun moyen de le déceler, le défaut de conformité lui est imputable puisqu'il entâche l'exécution des obligations qu'il avait accepté d'assumer.<sup>57</sup> La prévisibilité ou l'imprévisibilité de ces événements ne joue aucun rôle à cet égard: la responsabilité sans restriction s'étend aussi aux défauts de production qui, selon l'état de la technique au moment de la fabrication, n'étaient ni prévisibles ni contrôlables par le vendeur. En effet, en agissant à l'intérieur de sa sphère d'influence par des mesures d'organisation et par des contrôles appropriés, le débiteur a la possibilité de s'assurer du bon déroulement de toutes les étapes nécessaires pour la préparation et l'exécution du contrat.<sup>58</sup>

En pratique, la condition d'extériorité ne suscite guère de difficultés que dans le cas où le débiteur se prévaudrait du fait de ses salariés. Le débiteur doit, en toute hypothèse, répondre des actes ou des négligences commises par ceux-ci dans le cadre de l'exécution du contrat, tels par exemple: le défaut d'enregistrement d'une commande, l'absence de vérification des produits livrés. En revanche, il y a une discussion dans la doctrine lorsque l'exécution aura été empêchée par un acte des salariés sans aucun rapport avec le contrat de vente lui-même, tel par exemple: une grève dans l'entreprise, un incendie des locaux ou la destruction du matériel par un préposé sous l'empire de la démence.<sup>59</sup> Plusieurs solutions sont proposées. Vincent Heuzé propose de reconnaître aux salariés une existence juridique indépendante de celle de leur em-

<sup>50</sup> Autre proposition: Commentaire sur le projet de Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises, établi par le Secrétaire, A/CONF.97/5, article 65, nr. 3 et A/CONF.97/19, 59.

<sup>51</sup> V. Heuzé, *La vente internationale de marchandises*, Paris (France), Éditions Joly, 1992, 344, nr. 454.

<sup>52</sup> Comptes rendus analytiques de la Première Commission, 37e séance, A/CONF.97/C.1/SR.37, article 65, nr. 84 et A/CONF.97/19, 454-455 et K. Neumayer et C. Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises – Commentaire*, Paris (France), CEDIDAC, 1993, p. 517, art. 79, nr. 2. Voir aussi P.-H. Antonmattei, *Contribution à l'étude de la force majeure*, Paris (France), L.G.D.J., 1992, 41-42, nr. 52.

<sup>53</sup> B. Audit, *La vente internationale de marchandises*, Paris (France), L.G.D.J., 1990, 173.

<sup>54</sup> K. Neumayer et C. Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises – Commentaire*, Paris (France), CEDIDAC, 1993, p. 518-519, art. 79, nr. 2.

<sup>55</sup> Aussi, les capacités financières des fournisseurs: le cas de l'incapacité d'un fournisseur chinois: Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg (Allemagne), (sur le fond) 21 mars 1996, YCA (Pays-Bas) XXII, 36, *Neue Juristische Wochenschrift* (Allemagne) 1996, 3229, *Monatsschrift für deutsches Recht* (Allemagne) 1996, 781, *Recht der internationalen Wirtschaft* (Allemagne) 1996, 766, *Unilex Data Base et Clout Case 166* et 21 juin 1996 (sur les coûts), YCA (Pays-Bas) XXII, 43 et *Clout Case 166*. Voir une proposition d'exclure la possibilité d'exonération pour l'acheteur (la proposition a été rejetée): Working Group, tenth session, Vienne, 1977, A/32/17, article 50, nr. 441-443, YB VIII, 56.

<sup>56</sup> Un tribunal arbitral a indiqué qu'en vertu de l'article 54 CISG, l'obligation de l'acheteur de s'acquitter du prix des marchandises suppose qu'il prenne les mesures et accomplisse les formalités nécessaires pour procéder au règlement. L'acheteur doit s'assurer que le règlement peut vraiment être effectué, et ne peut pas seulement se contenter de donner des instructions à la banque au sujet du montant des virements à effectuer, sans disposer d'un compte en devises librement convertibles pour procéder à ce paiement. (Sentence du Tribunal d'arbitrage commercial international de la Chambre de commerce et d'industrie de la Fédération de Russie rendue dans l'affaire n° 123/1992, 17 octobre 1995, *Unilex Data Base et Clout Case 142*.)

<sup>57</sup> V. Heuzé, *La vente internationale de marchandises*, Paris (France), Éditions Joly, 1992, 344, nr. 454.

<sup>58</sup> K. Neumayer et C. Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises – Commentaire*, Paris (France), CEDIDAC, 1993, p. 518-519, art. 79, nr. 2.

<sup>59</sup> V. Heuzé, *La vente internationale de marchandises*, Paris (France), Éditions Joly, 1992, 344, nr. 454.

ployeur. Selon lui, leurs actes pourront avoir un effet exonérateur si les autres conditions de l'article 79, I CISG sont remplies parce que les salariés sont des tiers par rapport à l'employeur.<sup>60</sup> Spécifiquement pour les grèves, qui ne peuvent jamais passer objectivement le filtre de l'extériorité<sup>61</sup>, Karl Neumayer et Catherine Ming soutiennent que selon la théorie des sphères développée dans plusieurs droits nationaux<sup>62</sup>, les effets d'une grève sont attribués à la sphère d'influence du débiteur dans la mesure où elle se produit dans son établissement ou dans sa propre branche, y compris chez ses fournisseurs. En revanche, une grève générale pour des motifs étrangers tant au débiteur qu'à sa branche d'activité, par exemple pour des raisons politiques, sera censée être "indépendante de la volonté" de celui-ci.<sup>63</sup> Force est alors de reconnaître que la spécificité de l'événement perturbateur influence la définition de la force majeure. Or ce n'est pas en fonction de l'événement que s'élaborent les éléments de qualification de la cause d'exonération. Mieux vaut s'interroger sur la pertinence des éléments traditionnels<sup>64</sup>, comme le droit belge, où, du fait de son système de concertation sociale, une grève générale n'est constitutive d'un cas de force majeure que dans le cas où elle est subite, sauvage, c'est-à-dire, si elle n'a pas été précédée des procédures habituelles de conciliation.<sup>65</sup>

## b. L'imprévisibilité

10 L'autre condition que pose l'article 79, I CISG est que la cause de l'exonération soit imprévisible pour la partie débitrice. Ce que le texte décrit en énonçant "que l'on ne pouvait raisonnablement attendre d'elle qu'elle le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat". En effet, si l'événement était prévisible, le débiteur aurait accepté le risque de sa survenance et donc celui de ne pouvoir exécuter ses obligations.<sup>66</sup>

L'appréciation de l'imprévisibilité s'opère objectivement, conformément au critère de la personne "raisonnable",

du professionnel normalement diligent<sup>67</sup>, qui évalue de façon raisonnable la probabilité de concrétisation des risques d'inexécution du contrat. Autrement dit, le critère du bon père de famille fait référence au comportement d'une partie contractante qui se trouve "à mi-chemin entre le pessimiste invétéré qui prévoit toutes sortes de désastres, et l'optimiste résolu qui est incapable d'envisager le moindre incident".<sup>68</sup> Dans ces conditions, l'empêchement dont l'éventualité est si faible qu'elle peut être négligée, doit être considéré comme imprévisible.<sup>69</sup>

La référence au caractère raisonnable de l'imprévisibilité se justifie par le fait que les types d'événements susceptibles de rendre l'exécution du contrat impossible pour une partie sont connus, tels par exemple, les catastrophes naturelles, les guerres, les émeutes, les grèves, et les réglementations nouvelles, de sorte qu'aucun n'est jamais absolument imprévisible. Il s'agit seulement de déterminer si tel ou tel d'entre eux est plus ou moins susceptible de se produire selon le moment auquel le contrat est conclu et celui prévu pour son exécution.<sup>70</sup>

La condition d'imprévisibilité doit être appréciée "au moment de la conclusion du contrat". De cette dérogation à la règle de l'appréciation des critères de la force majeure au temps de la réalisation du dommage s'ensuit que l'empêchement doit en principe résulter d'un évé-

<sup>60</sup> V. Heuzé, *La vente internationale de marchandises*, Paris (France), Éditions Joly, 1992, 344, nr. 454.

<sup>61</sup> P.-H. Antonmattei, note sous Cass. Ire Civ., 6 octobre 1993, *JCP* (France) 1994, éd. E, II, 600, nr. 7.

<sup>62</sup> Voir H. Erdem, *La livraison des marchandises selon la Convention de Vienne*, Fribourg (Suisse), Éditions Universitaires, 1990, 246, nr. 1196-1197; A. Keil, *Die Haftungsbe freiung des Schuldners im UN-Kaufrecht, im Vergleich mit dem deutschen und US-amerikanischen Recht*, Frankfurt (Allemagne), Lang, 1993, 156 et E. von Caemmerer et P. Schlechtriem, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, München (Allemagne), Beck, 1995, 695-697, art. 79, nr. 41-44.

<sup>63</sup> K. Neumayer et C. Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises - Commentaire*, Paris (France), CEDIDAC, 1993, p. 520, art. 79, nr. 3.

<sup>64</sup> P.-H. Antonmattei, note sous Cass. Ire Civ., 6 octobre 1993, *JCP* (France) 1994, éd. E, II, 600, nr. 7.

<sup>65</sup> Voir P. Van Ommeslaghe, *Cours de droit des obligations*, Bruxelles, Presses universitaires, 1987, 596.

<sup>66</sup> B. Audit, *La vente internationale de marchandises*, Paris (France), L.G.D.J., 1990, 174.

<sup>67</sup> Par exemple: dans une sentence CCI entre, d'une part, un vendeur autrichien, et d'autre part, un acheteur bulgare en demeure (défenderesse nr. 1) et la société de commerce extérieur bulgare (défenderesse nr. 2), l'arbitre a estimé que la société de commerce extérieur bulgare avait bien la possibilité de s'informer sur les conditions d'obtention d'un crédit documentaire. Elle était bien placée pour vérifier s'il était possible d'obtenir une lettre de crédit dans les semaines à venir et d'évaluer ainsi le risque de difficultés éventuelles. La conclusion du contrat de vente ne pouvait avoir de sens que si les bulgares étaient alors sûres que l'ouverture d'un crédit documentaire ne constituerait pas un empêchement à l'exécution du contrat (Sentence CCI rendue dans l'affaire n° 7197 en 1992, *Clunet* (France) 1993, 1037, note D. H., *Recueil des sentences arbitrales de la CCI 1991-95*, Paris (France), ICC Publishing S.A., 1997, 501, note D. H. et *Clout Case 104*).

<sup>68</sup> D. Tallon, dans C. Bianca et M. Bonell (ed.), *Commentary on the International Sales Law - The 1980 Vienna Sales Convention*, Milan (Italie), Giuffrè, 1987, 580, nr. 2.6.3.

<sup>69</sup> V. Heuzé, *La vente internationale de marchandises*, Paris (France), Éditions Joly, 1992, 345, nr. 455. Pour un exemple concret où l'imprévisibilité n'a pas été retenue par le juge: le débiteur avait émis un chèque à une personne tierce, qui n'avait aucun lien avec le créancier. Le débiteur avait ensuite donné ce chèque en paiement à cette personne tierce. Le débiteur aurait dû savoir que cette manière de procéder était risquée. (Amtsgericht Alsfeld (Allemagne), 12 mai 1995, n° 31 C 534/94, *Unilex Data Base*.) La LUVI avait expressément prévu ce critère du "raisonnable" dans son article 74, I, *in fine*. Voir aussi V. Fortier, "Le contrat du commerce international à l'aune du raisonnable", *Clunet* (France) 1996, 331-333.

<sup>70</sup> Commentaire sur le projet de Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises, établi par le Secrétariat, A/CONF.97/5, article 65, nr. 5 et 6 et A/CONF.97/19, 59 et B. Audit, *La vente internationale de marchandises*, Paris (France), L.G.D.J., 1990, 174.

ment postérieur à cette date, ou s'il est antérieur, qu'il est à tout le moins ignoré du débiteur.<sup>71</sup>

Il se peut que les parties aient envisagé une autre répartition conventionnelle des risques, dans la mesure où le droit national les admet selon l'article 4 CISG, par exemple en utilisant des clauses de garanties qui étendent le champ de responsabilité, ou des clauses d'exclusion qui le restreignent.<sup>72</sup>

### c. L'irrésistibilité

II L'article 79, I CISG prescrit que l'empêchement doit être irrésistible pour la partie affectée, ce que la Convention exprime en énonçant "(que l'on ne pouvait raisonnablement attendre d'elle ...) ... qu'elle le prévienne ou le surmonte ou qu'elle en prévienne ou surmonte les conséquences." Il apparaît que la condition se dédouble, en ce que l'irrésistibilité s'applique à l'événement lui-même et à ses conséquences.<sup>73</sup>

L'irrésistibilité, comme l'imprévisibilité, n'est pas une notion absolue et totalement abstraite mais doit être appréciée par comparaison avec le comportement d'un professionnel raisonnable, en tenant compte de toutes les circonstances concrètes qui caractérisent la situation dans laquelle se trouve le débiteur.<sup>74</sup> Le juge ou l'arbitre doit se demander si le débiteur aurait accepté de s'engager compte tenu des moyens qu'il s'avère nécessaire de

mettre en œuvre pour parvenir à l'exécution.<sup>75</sup> Il convient d'avoir à l'esprit ce que les autres conventions internationales ou lois uniformes entendent par "obstacle insurmontable". Cette notion inclut notamment les empêchements dus aux interventions de l'autorité étatique tels le fait du Prince et le fait du Prince étranger<sup>76</sup>, et en particulier ceux issus d'une prescription légale (tels *prohibition by a State*), les catastrophes naturelles inhabituelles et imprévisibles, les épidémies etc. ...<sup>77</sup>

L'irrésistibilité ne devrait par contre que rarement jouer dans un cas de livraison de biens fongibles, *genera non pereunt*, dans la mesure où ceux-ci sont parfaitement substituables entre eux, et où, par la suite, le vendeur ne devrait normalement pas pouvoir se heurter à l'impossibilité

<sup>75</sup> B. Audit, *La vente internationale de marchandises*, Paris (France), L.G.D.J., 1990, 174. Pour un exemple: dans une sentence CCI à propos d'un contrat entre un vendeur autrichien et un acheteur bulgare en demeure, l'acheteur (défenderesse nr. 1) et la société de commerce extérieur bulgare (défenderesse nr. 2) ont soutenu qu'en raison du moratoire du gouvernement bulgare sur le paiement de la dette extérieure de la République bulgare, aucune banque européenne n'aurait ouvert le crédit documentaire prévu au contrat, malgré les nombreux efforts effectués en ce sens par la Banque du commerce extérieur bulgare. L'arbitre n'a pas retenu ces arguments, à cause d'un manque de preuve, parce que la lettre de la défenderesse au tribunal arbitral ne suffit pas à apporter la preuve que les défenderesses aient été effectivement et durablement empêchées d'ouvrir un crédit documentaire. Il est possible qu'à l'époque considérée, les défenderesses aient rencontré des difficultés pour y parvenir, mais il n'est pas établi que l'ouverture d'un crédit documentaire était impossible. Les défenderesses n'ont même pas démontré avoir fait de quelconques efforts en vue de l'ouverture d'un crédit documentaire (Sentence CCI rendue dans l'affaire n° 7197 en 1992, *Clunet* (France) 1993, 1036, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI 1991-95*, Paris (France), ICC Publishing S.A., 1997, 508 et *Clout Case 104*). Dans sa note, H. D. précise qu'il s'agissait en réalité d'un moratoire décrété par le gouvernement de M. Loukanov plusieurs mois après la conclusion du contrat de vente et qui ne visait que les seules dettes de l'Etat bulgare (D. H., note sous Sentence CCI dans l'affaire n° 7197 en 1992, *Clunet* (France) 1993, 1039 et *Recueil des sentences arbitrales de la CCI 1991-95*, Paris (France), ICC Publishing S.A., 1997, 511.). Claude Witz approuve cette démarche, sous une légère réserve. La condition d'imprévisibilité aurait dû être développée à l'aide d'ouvrages consacrés à la Convention de Vienne, et non, comme l'arbitre l'a fait, à l'appui d'un commentaire du droit interne autrichien: "*Une des conditions essentielles de la force majeure est l'impossibilité de prévoir l'événement empêchant l'exécution de la prestation (cf. Reichauer, Commentaire ABGB concernant l'article 920, p. 1378 et s.)*". (C. Witz, *Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale*, Paris (France), L.G.D.J., 1995, nr. 86.) Un autre exemple est donné par Erdem: supposons que le vendeur ne puisse pas produire les marchandises convenues dans le contrat, car le gouvernement applique un embargo envers l'Etat d'où le vendeur importe les matières premières de sa production. Il est vrai que c'est un empêchement qui se réalise en dehors de la volonté du vendeur et qui est imprévisible au moment de la conclusion du contrat. Cependant, si après la conclusion du contrat les relations entre l'Etat du vendeur et l'Etat où les matières premières sont importées deviennent préoccupantes et que les journaux parlent d'un éventuel embargo économique, un vendeur diligent doit chercher un autre fournisseur pour se procurer les matières premières indispensables à la production. (H. Erdem, *La livraison des marchandises selon la Convention de Vienne*, Fribourg (Suisse), Éditions Universitaires, 1990, 242, nr. 1182.)

<sup>76</sup> Pour l'exemple d'un embargo des ONU: Arbitration Court attached to the Hungarian Chamber of Commerce and Industry, affaire n° VB/96074 du 10 décembre 1996, *Clout Case 163*. Aussi la thèse de Patrick Kinsch: P. Kinsch, *Le fait du Prince étranger*, Paris (France), L.G.D.J., 1994, 583 p.

<sup>77</sup> K. Neumayer et C. Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises - Commentaire*, Paris (France), CEDIDAC, 1993, p. 518-519, art. 79, nr. 2.

<sup>71</sup> Adopté en 1977, Working Group, tenth session, Vienne, 1977, A/32/17, article 50, nr. 444-445, YB VIII, 56. Voir aussi Commentaire sur le projet de Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises, établi par le Secrétariat, A/CONF.97/5, article 65, nr. 4 et A/CONF.97/19, 59 et V. Heuzé, *La vente internationale de marchandises*, Paris (France), Éditions Joly, 1992, 345, nr. 455. Supposons que le contrat concerne la vente de marchandises uniques lors de leur transport maritime (*res in transitu*). Au moment où le contrat a été conclu, le bateau avait coulé, mais les parties n'étaient pas au courant de cet événement. Quelques jours après, elles apprennent le naufrage du bateau et la destruction des marchandises. Le vendeur ne sera plus responsable de son inexécution. En revanche, il ne serait pas exonéré s'il le savait ou si l'on pouvait raisonnablement attendre de lui qu'il prenne en considération le naufrage du bateau et la destruction des marchandises au moment de la conclusion du contrat. (H. Erdem, *La livraison des marchandises selon la Convention de Vienne*, Fribourg (Suisse), Éditions Universitaires, 1990, 241, nr. 1179.)

<sup>72</sup> K. Neumayer et C. Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises - Commentaire*, Paris (France), CEDIDAC, 1993, p. 521, art. 79, nr. 3.

<sup>73</sup> B. Audit, *La vente internationale de marchandises*, Paris (France), L.G.D.J., 1990, 174.

<sup>74</sup> V. Heuzé, *La vente internationale de marchandises*, Paris (France), Éditions Joly, 1992, 345, nr. 456 et M. Claeys, "De bijzondere rechtsmiddelen van de partijen" dans H. Van Houtte, J. Erauw et P. Wautelet (ed.), *Het Weens Koopverdrag*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 267.

de s'en procurer pour remplacer celles qui ont été détruites. En cas de retard de livraison, l'exonération jouera pour le retard.<sup>78</sup> Toutefois, à titre exceptionnel, lorsque les marchandises vendues sont des produits manufacturés dont le fabricant a brutalement interrompu la commercialisation, le vendeur est libéré parce qu'il ne saurait prendre l'initiative de fournir en remplacement des marchandises différentes de celles qui lui ont été commandées.<sup>79</sup>

De même, lorsque l'empêchement tient au fait que le mode de transport prévu ne peut être utilisé, il est souvent possible de recourir à un autre, quitte à encourir un léger retard ou un surcoût.<sup>80</sup>

Lorsqu'un empêchement est prévisible ou évitable, la partie obligée doit en tenir compte et émettre une réserve correspondante, afin de s'exonérer d'avance de toute responsabilité à cet égard. Autrement, le débiteur est censé assumer la garantie de surmonter l'obstacle.<sup>81</sup>

#### d. Le lien de causalité

12 A ces trois conditions, prévues par la Convention de Vienne, il faut ajouter une quatrième qui n'y est pas mentionnée, mais est nécessaire: l'empêchement doit être la cause exclusive de l'inexécution. Si celle-ci est due, à la fois à un cas fortuit et à une faute du débiteur, la responsabilité de ce dernier ne pourra pas, même partiellement, être écartée. De même, si l'empêchement a été provoqué par la combinaison de plusieurs événements différents, l'exonération ne pourra être admise que si chacun d'entre eux présente les caractères d'extériorité, d'imprévisibilité et d'irrésistibilité, que requiert l'article 79 CISG.<sup>82</sup>

Pour apprécier la réalité du lien de causalité, le juge doit, selon l'article 7, II CISG, appliquer la théorie de la causalité en vigueur dans son pays.<sup>83</sup>

En pratique, la mise en œuvre de cette solution ne manquera pas de susciter des difficultés. C'est ainsi, par exemple, que si des marchandises, expédiées dans un emballage défectueux, sont détruites dans un accident, l'exonération du vendeur dépendra du point de savoir si les biens vendus auraient également péri s'ils avaient été convenablement conditionnés. L'arbitre ou le juge dispo-

sera donc, ici encore, d'un large pouvoir d'appréciation. Le doute, néanmoins, devrait toujours profiter au créancier. En effet, c'est sur le débiteur que pèse la charge, et donc le risque, de la preuve de la cause d'exonération qu'il invoque.<sup>84</sup>

Selon les termes du premier paragraphe de l'article 79 CISG, il appartient au débiteur de prouver la survenance de l'obstacle qui fonde son exonération. Ainsi, la Convention détermine la charge du fardeau de la preuve. Les règles du droit national du for ne sont pas applicables à cette question.<sup>85</sup>

## 2. L'imprévision

13 Reste la question de savoir si l'article 79, I CISG qualifie le changement des conditions économiques de cas de force majeure. La question prend tout son sens dans le cas où ce changement a des conséquences infiniment pires que les prévisions les plus pessimistes des parties au moment de la conclusion du contrat et que l'exécution contractuelle est devenue extrêmement onéreuse pour l'une des parties à la suite d'un changement radical de circonstances. Les contrats de vente internationale s'insèrent en effet dans un environnement politique et économique en mutation constante, générateur de lourdes incertitudes: par exemple, des conflits peuvent opposer les pays producteurs aux pays consommateurs, ou bien un changement des conditions du marché en termes de volume de production et de consommation peut se produire, ou encore la parité des unités monétaires dans lesquelles sont exprimées les prestations peuvent varier.<sup>86</sup> La survenance de l'un quelconque de ces événements, compromettant en général irrémédiablement l'économie d'une telle vente internationale, va-t-il être considéré comme cause d'exonération? C'est la discussion autour de la théorie de l'imprévision que l'on connaît peu ou prou dans tout pays ("*d'eccessiva onerosità*"<sup>87</sup> (art. 1467 et 1468 CC it); "*frustration of purpose*"; "*Wegfall der Geschäftsgrundlage*").<sup>88</sup>

En droit allemand, l'impossibilité d'exécution n'a jamais eu un caractère absolu d'irrésistibilité, et c'est précisément parce que cette notion d'impossibilité a été comprise "souplement" ou "relativement" que les juridictions al-

<sup>78</sup> B. Audit, *La vente internationale de marchandises*, Paris (France), L.G.D.J., 1990, 174.

<sup>79</sup> V. Heuzé, *La vente internationale de marchandises*, Paris (France), Éditions Joly, 1992, 345, nr. 456.

<sup>80</sup> B. Audit, *La vente internationale de marchandises*, Paris (France), L.G.D.J., 1990, 174.

<sup>81</sup> K. Neumayer et C. Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises - Commentaire*, Paris (France), CEDIDAC, 1993, p. 521 et 522, art. 79, nr. 4 et 7. Par exemple, selon Neumayer et Ming, le débiteur n'est pas fondé à se prévaloir des inondations qui ont eu pour conséquence d'entraver le transport lorsqu'elles étaient prévisibles en cette saison, conformément aux expériences de plusieurs années.

<sup>82</sup> V. Heuzé, *La vente internationale de marchandises*, Paris (France), Éditions Joly, 1992, 346, nr. 457.

<sup>83</sup> H. Erdem, *La livraison des marchandises selon la Convention de Vienne*, Fribourg (Suisse), Éditions Universitaires, 1990, 240, nr. 1176.

<sup>84</sup> V. Heuzé, *La vente internationale de marchandises*, Paris (France), Éditions Joly, 1992, 346, nr. 457.

<sup>85</sup> K. Neumayer et C. Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises - Commentaire*, Paris (France), CEDIDAC, 1993, p. 523, art. 79, nr. 7.

<sup>86</sup> B. Oppetit, "L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de hardship", *Clunet* (France) 1974, 794.

<sup>87</sup> *La eccessiva onerosità* justifie, selon les articles 1467 et 1468 du Code civil italien, la résolution du contrat, sauf le droit accordé au débiteur et au créancier de proposer une solution alternative d'adaptation du contrat, dont le juge apprécie la loyauté. (J.-L. Delvolve, "L'imprévision dans les contrats internationaux", *Travaux du Comité français du droit international privé* 1989-1990, 155.)

<sup>88</sup> C. Witz, *Les premières applications jurisprudentielles du droit unifié de la vente internationale*, Paris (France), L.G.D.J., 1995, nr. 87.

lemandes ont pu utiliser l'article 275 du BGB comme fondement de l'imprévision. A la base du fonctionnement de l'article 275 du BGB, on rencontre un *Leistungsstörung*, en d'autres termes, une altération ou une impossibilité d'exécution. Et selon la nature et l'importance de cette altération ou de cette imprévisibilité, le juge pourra estimer que l'on est ou non en présence d'une force majeure (*höhere Gewalt*) ou bien d'imprévision (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*).<sup>89</sup>

Selon les principes développés par la *common law*, un contrat peut être déclaré inopérant (*frustrated*) lorsqu'en raison d'une modification des circonstances, son exécution mettrait à la charge des parties des obligations fondamentalement différentes de celles initialement contractées. Il en résulte aussi un large pouvoir d'appréciation du juge ou de l'arbitre.<sup>90</sup>

On rencontre aussi le *hardship* dans les Principes relatifs aux contrats de commerce international d'UNIDROIT.<sup>91</sup>

Le droit français a par contre une conception très stricte de la notion de force majeure. Cette tendance à la sévérité est confirmée par le refus de la Cour de cassation de tenir compte des changements de circonstances. Selon la Cour, la notion de contrat implique la stabilité, la certitude et la sécurité des relations entre les parties qui ne peuvent être atteintes que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles.<sup>92</sup> La Cour de cassation de Belgique, suivie par une doctrine majoritaire, a également fermement rejeté toute tentative d'introduction de la théorie de l'imprévision.<sup>93</sup>

14 La question est alors de savoir si un contrat doit être exécuté dans un contexte radicalement différent de celui qui prévalait à l'origine. Un contrat qui n'a plus aucun sens économique pour l'une des parties, aurait-il encore lieu d'être exécuté en l'absence de cette "rentabilité théorique" qui constituait originellement sa raison d'être?<sup>94</sup>

Lors de la Conférence de Vienne, on a longuement discuté de la possibilité d'obtenir auprès des tribunaux l'exécution d'une prestation qui devient extrêmement onéreuse, ou qui se heurte à des difficultés exorbitantes proches de

l'impossibilité subjective, ou encore à un changement radical de circonstances ultérieur à la conclusion du contrat et imprévisible pour les parties.<sup>95</sup> Diverses propositions allant dans ce sens et permettant l'adaptation ou la résolution du contrat ont été rejetées, sans que les raisons de ce refus aient été mentionnées dans les documents publiés, et sans qu'une solution soit apportée à ce problème.

Cependant, le refus de prendre en considération un tel événement ne saurait être déduit des travaux préparatoires.

Plusieurs auteurs, considérant que des propositions visant à tenir compte de telles circonstances n'ont pas été retenues, se sont prononcés – en laissant parfois entrevoir certaines hésitations – contre l'admission de la théorie de l'imprévision.<sup>96</sup> Ces auteurs se prévalent essentiellement de ce que des propositions visant à tenir compte de l'imprévision n'ont pas été retenues à Vienne. L'article 79 CISG constitue une réglementation complète qui ne laisse pas place à une intervention de la bonne foi au sens de l'article 7, I CISG, et moins encore à d'éventuels droits nationaux, applicables en vertu des règles du droit international privé au sens de l'article 7, II CISG qui accueillent l'imprévision.<sup>97</sup> Ces auteurs acceptent pourtant, dans certains cas, que l'arbitre ou le juge puisse décider par une interprétation dûment justifiée du contrat que celui-ci cesse de s'appliquer.<sup>98</sup>

D'autres auteurs, par contre, admettent l'exonération de la responsabilité du débiteur dans les cas extrêmes d'imprévision selon le principe de la bonne foi et les impéra-

<sup>89</sup> H. Lesguillons, "Frustration, force majeure, imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage", *Droit et pratique du commerce international* 1979, 524.

<sup>90</sup> Y. D., note sous Sentence CCI rendue dans l'affaire n° 1512 en 1971, *Clunet* (France) 1974, 910 et *Recueil des sentences arbitrales de la CCI 1974-85*, Paris (France), ICC Publishing S.A., 1990, 212.

<sup>91</sup> Article 6.2 (UNIDROIT, *Principles of International Commercial Contracts*, Rome (Italie), Unidroit, 1994).

<sup>92</sup> P. Kahn, "Force majeure et contrats internationaux de longue durée", *Clunet* (France) 1975, 469 et H. Lesguillons, "Frustration, force majeure, imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage", *Droit et pratique du commerce international* 1979, 525-527. Pourtant: J.-L. Delvolve, "L'imprévision dans les contrats internationaux", *Travaux du Comité français du droit international privé* (France) 1989-1990, 147-170.

<sup>93</sup> Voir: L. Cornelis, "Rechtsverwerking: een toepassing van de goede trouw?", *TPR* 1990, 629-630, nr. 63 et I. Verougstraete, "Wil en vertrouwen bij het totstandkomen van overeenkomsten", *TPR* 1990, 1175, nr. 15.

<sup>94</sup> J. Thieffry et C. Granier, *La vente internationale*, Centre français du Commerce Extérieur, 1992, 105.

<sup>95</sup> La première critique qu'on a adressée à l'article 74 LUVI était que cet article était trop laxiste sur ce point (Working Group, fifth session, Genève, 1974, A/CN.9/87, article 74, nr. 108, *YB V*, 39.). Voir aussi Comptes rendus analytiques de la Première Commission, 27<sup>e</sup> séance, A/CONF.97/C.1/SR.27, article 65, nr. 52-70 et A/CONF.97/19, 402-404.

<sup>96</sup> Par exemple: H. Erdem, *La livraison des marchandises selon la Convention de Vienne*, Fribourg (Suisse), Éditions Universitaires, 1990, 247, nr. 1199 ("Un changement essentiel du marché ou une augmentation des frais de production ne constitue pas un empêchement, car le vendeur garantit toujours sa capacité de production ou ses possibilités de se procurer les marchandises promises."); N. Galston et H. Smit, *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, New York (USA), Matthew Bender, 1984, § 5.03; B. Audit, *La vente internationale de marchandises*, Paris (France), L.G.D.J., 1990, 174; V. Heuzé, *La vente internationale de marchandises*, Paris (France), Éditions Joly, 1992, 345, nr. 456 et E. von Caemmerer et P. Schlechtriem, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, München (Allemagne), Beck, 1995, LXXX + 694, art. 79, nr. 39.

<sup>97</sup> C. Witz, *Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale*, Paris (France), L.G.D.J., 1995, nr. 87.

<sup>98</sup> B. Audit, *La vente internationale de marchandises*, Paris (France), L.G.D.J., 1990, 175.

tifs de la loyauté commerciale.<sup>99</sup> On ne peut, selon eux, obliger une partie à exécuter une obligation au-delà de ce qui est raisonnable d'attendre d'elle. Reste le problème que la Convention ne prévoit rien en ce qui concerne les conditions ou les effets d'une telle exonération exceptionnelle, comme la caducité du contrat, sa résolution par une des parties, l'adaptation aux circonstances modifiées, la réduction *ad aequitatem* (art. 1467 CC it). Il s'agit ici, selon ces auteurs, d'une omission regrettable, puisque les juges des pays qui admettent une des théories susmentionnées, souvent fondées sur le principe de la bonne foi, seraient amenés à appliquer, selon l'article 7, II CISG, la loi nationale désignée par le droit international privé du for. Il est également possible que dans une telle situation, les tribunaux nationaux appliquent leur droit national et rejettent une éventuelle action en exécution conformément à l'article 28 CISG.<sup>100</sup>

Confrontée à cette difficulté, la jurisprudence a toujours choisi la position de principe que la CISG n'envisage pas

de possibilité d'invoquer une situation difficile comme motif de résolution du contrat.<sup>101</sup>

15 La pratique internationale a surmonté ces difficultés résultant d'interprétations contraires et prend en compte l'événement perturbateur en faisant prévaloir l'expression de la volonté des parties sur les dispositions supplétives de l'article 79 CISG. Dans les contrats de vente internationale, surtout dans les contrats de biens d'équipement lourd et les contrats de longue durée, l'imprévision est généralement prévue par les parties et contractuellement définie dans les clauses de *hardship*. Ces clauses peuvent englober non seulement l'imprévision en général, mais également les clauses d'indexation, de révision, et de

<sup>99</sup> Par exemple: de nouveau Erdem, et qui donne l'exemple suivant: dans une vente CIF, un vendeur de Marseille et un acheteur de Los Angeles sont convenus de transporter les marchandises par le canal de Panama. Le prix et la date de livraison sont fixés selon cet itinéraire. Après la conclusion du contrat, et pendant le transport, le vendeur apprend que le canal a été fermé au trafic maritime pour une durée illimitée. La seule possibilité du vendeur est de transporter les marchandises par le cap Horn, mais cela provoque d'abord des frais supplémentaires qui dépassent le gain attendu de cette transaction, et entraîne ensuite un retard de deux mois pour la livraison. Si les parties n'ont pas prévu une possibilité de révision partielle du contrat, le vendeur ne doit pas être obligé de maintenir le contrat en présence d'un empêchement qu'il ne peut prévenir ou surmonter qu'à son détriment. On ne peut pas lui demander de faire des sacrifices disproportionnés par rapport à ce qu'il attend du contrat afin de surmonter l'empêchement ou ses conséquences. Dès lors, il ne serait plus responsable du préjudice dû à l'inexécution. (H. Erdem, *La livraison des marchandises selon la Convention de Vienne*, Fribourg (Suisse), Éditions Universitaires, 1990, 244, nr. 1192.) Mais, selon cet auteur, le vendeur peut également invoquer son insolvabilité comme cause d'exonération. (H. Erdem, *o.c.*, 246, nr. 1198.) Aussi P. Schlechtriem, *Einheitliches UN-Kaufrecht*, Tübingen (Allemagne), Mohr, 1981, 96 (Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht, 46) et F. Enderlein, D. Maskow et H. Strohbach, *Internationales Kaufrecht: Kommentar: Kaufrechtskonvention, Verjährungskonvention, Vertretungskonvention, Rechtsanwendungskonvention*, Freiburg (Allemagne), Haufe, 1991, 254, art. 79, nr. 6.3.

<sup>100</sup> Article 28 CISG: *Si, conformément aux dispositions de la présente Convention, une partie a le droit d'exiger de l'autre l'exécution d'une obligation, un tribunal n'est tenu d'ordonner l'exécution en nature que s'il le ferait en vertu de son propre droit pour des contrats de vente semblables non régis par la présente Convention*. Voir: K. Neumayer et C. Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises - Commentaire*, Paris (France), CEDIDAC, 1993, p. 535-538, art. 79, nr. 14.

<sup>101</sup> Affaire entre un vendeur italien et un acheteur allemand, qui invoque la *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, parce qu'il ne pouvait plus vendre le produit italien à personne. La Cour a estimé que la *Wegfall der Geschäftsgrundlage* entre dans les matières réglées par l'article 4 CISG, mais que l'article 79 CISG est exhaustif sur le point des "exonérations" et que la *Wegfall* ne peut donc jamais jouer si la Convention de Vienne est applicable. (Landgericht Aachen (Allemagne), 14 mai 1993, *Recht der Internationalen Wirtschaft* (Allemagne) 1993, 760, *Unilex Data Base* et *Clout Case 47*.) Affaire entre un vendeur de framboises chilien et un acheteur belge, qui ne veut plus payer par le fait que le prix des framboises avait chuté sur le marché. Le tribunal décide que la conclusion des contrats qui, au moment de leur exécution, apparaissent déficitaires, peut être considérée comme appartenant aux risques inhérents aux relations commerciales. (Kh. Hasselt 2 mai 1995, (A.R. 1849/94), non publié.) Affaire entre un vendeur et un acheteur, dans laquelle ce dernier invoque la théorie de la "disparition du fondement contractuel", version allemande de la théorie de l'imprévision, car il n'est pas ou n'était plus en mesure d'écouler les prothèses auditives qu'il a achetées. Les juges écartent le moyen de l'acheteur, qui invoque également la nullité du contrat pour erreur, au motif que "ces institutions juridiques sont refoulées par la réglementation de la Convention." (Tribunal régional d'Aix-la-Chapelle, *s.d.*, cité par C. Witz, *Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale*, Paris (France), L.G.D.J., 1995, 110, nr. 87.) *Obiter dicta*: Affaire entre un vendeur yougoslave et un acheteur égyptien, dans laquelle le premier se refuse à livrer du fait d'une augmentation du prix de 13,6%: le droit yougoslave qui accueille en principe la théorie de l'imprévision, est appliqué au fond. "... Ces auteurs vont même jusqu'à comparer l'article 133 de la loi yougoslave de 1978 sur les obligations aux dispositions du §1 de l'article 74 LUVI, que reprend, presque littéralement, le §1 de l'article 79 CISG. Ces deux articles prévoient l'exonération dans le cas où des personnes raisonnables placées dans une situation identique ne pourraient être tenues de prendre en considération ni d'éviter ni de surmonter de telles circonstances. Par conséquent, les faits doivent être considérés comme proches d'un acte de force majeure ...". (Sentence CCI rendue dans l'affaire n° 6281 en 1989, *Clunet* (France) 1989, 1117-1118 et 1991, 1055, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI 1986-90*, Paris (France), ICC Publishing S.A., 1994, 397-398, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI 1991-95*, Paris (France), ICC Publishing S.A., 1997, 410 et *Clout Case 102*.) Affaire entre un vendeur italien, qui ne veut plus livrer parce que le prix avait augmenté de 30%, et un acheteur suédois: le droit italien (accueillant en principe la théorie de l'imprévision) est appliqué au fond, mais "...même si la Convention avait été applicable, la résolution du contrat pour cause de *hardship* n'aurait pas pu jouer, car la Convention ne la prévoit comme remède ni à l'article 79 CISG, ni ailleurs." La juridiction italienne poursuit son raisonnement en invoquant l'article 4 CISG: "l'*excessiva onerosità* n'est pas une matière expressément exclue du champ d'application de la Convention par l'article 4 CISG, et donc relève, a contrario, de la Convention". (Tribunale Civile di Monza (Italie), 14 janvier 1993, *Unilex Data Base*, *Clout Case 54* et cité par C. Witz, *Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale*, Paris (France), L.G.D.J., 1995, 41, nr. 25.)

change. Elles peuvent donc prendre une importance considérable dans le contrat.<sup>102</sup>

## B. L'empêchement résultant du fait d'un tiers substitué par l'article 79, II CISG

16 Les parties peuvent s'adresser à un tiers, qu'il soit sous-traitant, transporteur, ou banquier, pour l'exécution de leurs obligations. Lorsqu'il s'agit d'apprécier l'existence d'une inexécution contractuelle, il faut partir du principe selon lequel les agissements des auxiliaires et des tiers auxquels le contractant recourt pour l'exécution du contrat sont imputables à ce dernier. Cette règle n'est certes pas posée expressément par la Convention. Il s'agit assurément d'un principe général que l'article 79 CISG consacre implicitement à propos de l'exonération de responsabilité pour "force majeure".<sup>103</sup>

De plus, la responsabilité du débiteur est accrue parce qu'il répond, sur la base de l'article 74 CISG, de la mauvaise exécution du contrat par des tiers indépendants qu'il a chargé de l'assister (*subcontractors*) lorsqu'il a commis une faute en les choisissant, en leur donnant des instructions ou en les surveillant (*culpa in eligendo, instruendo, custodiendo*).<sup>104</sup>

En principe, un défaut d'exécution dû à la défaillance de ce tiers n'exonère pas la partie qui s'est adressée à lui.<sup>105</sup> L'exonération du débiteur en cas de violation d'une obligation contractuelle résultant de l'inexécution ou d'une mauvaise exécution d'un tiers n'est possible que dans deux cas.

Lorsque, d'une part, le tiers a été choisi, par le débiteur ou par le créancier, pour exécuter les obligations de ce dernier, et lorsque le débiteur ne peut pas exécuter son obligation à cause du comportement de ce tiers, le débiteur est en droit d'invoquer l'article 80 CISG.

Par contre, lorsqu'il s'agit d'un tiers, choisi par le débiteur ou par le créancier, qui a assisté la partie obligée dans l'exécution de la vente, l'exonération du débiteur est possible selon le deuxième alinéa de l'article 79 CISG. Cet alinéa prescrit que "si l'inexécution par une partie est due à l'inexécution par un tiers qu'elle a chargé d'exécuter tout ou partie du contrat, cette partie n'est exonérée de sa responsabilité que dans le cas où elle l'est en vertu des dispositions du paragraphe précédent et où le tiers serait lui aussi exonéré si les dispositions de ce

paragraphe lui étaient appliquées." La responsabilité du débiteur est accrue, et son exonération est soumise à la réunion des conditions cumulatives suivantes: tant le tiers que lui-même doivent faire valoir pour chacun d'entre eux les motifs d'exonération du premier alinéa de l'article 79 CISG. En effet, le débiteur ne peut pas tirer avantage du recours à une tierce partie pour l'exécution des obligations contractuelles qu'il a assumées.<sup>106</sup>

Le deuxième alinéa de l'article 79 CISG, qu'on ne retrouve ni dans les différents droits nationaux, ni dans les Principes d'UNIDROIT, a été très controversé lors de la Conférence, et il n'a pas été possible de s'entendre sur la portée de cette disposition par rapport au premier alinéa.<sup>107</sup> Certains délégués ont notamment estimé que le deuxième alinéa n'apporte rien en sus de l'alinéa précédent, et qu'il est source de confusion.<sup>108</sup> D'autres l'ont par contre estimé nécessaire afin d'alourdir la responsabilité du débiteur et ont justifié sa place dans le deuxième alinéa en indiquant qu'il s'agissait d'une règle spéciale basée sur la règle générale du premier.<sup>109</sup> A cause de cette discussion, l'article 79, II CISG pose problème quant à son champ d'application (1), et quant aux conditions d'exonération du débiteur principal (2).

### 1. Les tiers visés

17 Au sens de l'article 79, II CISG, les "tiers" sont entrepreneurs indépendants, ce qui n'est pas le cas des employés du débiteur engagés dans sa sphère de contrôle et dont il répond selon l'alinéa premier.<sup>110</sup>

<sup>102</sup> K. Neumayer et C. Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises – Commentaire*, Paris (France), CEDIDAC, 1993, p. 523, art. 79, nr. 8.

<sup>103</sup> Analyse des observations et propositions des gouvernements et des organisations internationales sur le Projet de Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises ainsi que sur les projets de dispositions élaborées par le Secrétaire Général en ce qui concerne les mesures d'application, les réserves et autres clauses finales, A/CONF.97/9, article 65, nr. 3 et A/CONF.97/19, 87; Comptes rendus analytiques de la Première Commission, 32e séance, A/CONF.97/C.1/SR.32, article 65, nr. 66-74 et A/CONF.97/19, 432-433 et 33e séance, A/CONF.97/C.1/SR.33, article 65, nr. 1-37 et A/CONF.97/19, 433-436. Voir aussi la discussion en 1977: Report of Committee of the Whole I relating to the draft Convention on the International Sale of Goods, A/32/17, Annexe I, nr. 446-447, YB VIII, 56.

<sup>104</sup> Par exemple M. Vinding Kruse (Danemark) et Mme. Kamarul (Australie), Comptes rendus analytiques de la Première Commission, 27e séance, A/CONF.97/C.1/SR.27, article 65, nr. 23 et 43 et A/CONF.97/19, 400 et 402.

<sup>105</sup> Par exemple M. Adal (Turquie), Comptes rendus analytiques de la Première Commission, 27e séance, A/CONF.97/C.1/SR.27, article 65, nr. 21 et A/CONF.97/19, 400.

<sup>106</sup> K. Neumayer et C. Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises – Commentaire*, Paris (France), CEDIDAC, 1993, p. 524, art. 79, nr. 8 et M. Claeys, "De bijzondere rechtsmiddelen van de partijen" dans H. Van Houtte, J. Erauw et P. Wautelet (ed.), *Het Weens Koopverdrag*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 268. Contra: "Mais il nous semble, sans pour autant assurer que la jurisprudence ne retiendra pas la solution contraire, qu'il pourrait également s'agir des salariés de l'une ou l'autre des parties, dès lors que leur intervention aurait pour objet l'exécution même du contrat." (V. Heuzé, *La vente internationale de marchandises*, Paris (France), Éditions Joly, 1992, 346, nr. 458.)

<sup>102</sup> J. Thieffry et C. Granier, *La vente internationale*, Centre français du Commerce Extérieur, 1992, 106 et 107.

<sup>103</sup> C. Witz, *Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale*, Paris (France), L.G.D.J., 1995, nr. 79.

<sup>104</sup> K. Neumayer et C. Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises – Commentaire*, Paris (France), CEDIDAC, 1993, p. 524, art. 79, nr. 8. Pour un exemple: l'arbitre a retenu la responsabilité du vendeur des produits chimiques qui avait choisi un fournisseur qui, pour des raisons techniques, ne pouvait pas remplir correctement des sacs préfabriqués (Sentence CCI rendue dans l'affaire n° 8128 en 1995, *Clunet* (France) 1996, 1025.)

<sup>105</sup> B. Audit, *La vente internationale de marchandises*, Paris (France), L.G.D.J., 1990, 175.

Selon la majorité de la doctrine<sup>111</sup>, le texte vise le cas où le débiteur s'est adressé au tiers pour l'exécution de certaines tâches directement au bénéfice du créancier, de sorte que la défaillance du tiers doit être d'une certaine manière celle du débiteur. Ce tiers peut être par exemple, un commissionnaire à qui a été confiée l'expédition des marchandises, ou un transporteur, auquel incombe leur acheminement depuis, ou jusqu'au point convenu entre les parties, ou un transitaire, chargé de leur dédouanement, ou un entrepositaire, qui aura accepté d'assurer leur conservation, ou bien encore le sous-traitant qui a fabriqué tout ou partie des biens vendus par le débiteur, ou qui a procédé à leur assemblage ou montage sur le site désigné par l'acheteur, voire la banque par l'intermédiaire de laquelle le prix doit être payé au vendeur. En revanche, la défaillance d'un fournisseur du vendeur, par exemple celui qui fournit les matériaux, ne saurait relever du domaine de l'article 79, II CISG, puisque l'intervention de cette personne ne constitue pas, par elle-même, un acte d'exécution de la vente.<sup>112</sup>

Selon la teneur du deuxième alinéa, seuls les tiers dont le vendeur se sert après la conclusion de la vente et qu'il charge de l'exécution d'obligations déjà existantes vis-à-vis d'un acheteur déterminé sont soumis à cette règle. Il est essentiel que l'engagement du tiers se trouve en rapport avec un contrat de vente concret. Le deuxième alinéa ne s'applique pas au débiteur qui conclut un accord général avec une partie indépendante avant la formation du contrat de vente internationale afin de pouvoir préparer ou exécuter des affaires futures avec des clients encore à trouver, parce que les prestations de ce tiers ne peuvent pas être considérées, en elles-mêmes, comme constituant l'exécution d'une vente future.<sup>113</sup>

18 La Convention n'ayant rien prévu pour l'exonération des tiers qui ne sont pas concernés par l'article 79, II CISG tels, par exemple les fournisseurs du vendeur, ou les tiers parties à un accord général avant la conclusion

du contrat de vente internationale, une controverse est apparue au sein de la doctrine pour déterminer si le silence de la Convention de Vienne aggrave ou au contraire allège la responsabilité du vendeur du fait de ces auxiliaires non visés à l'article 79, II CISG.

L'objet du débat porte surtout sur la question de savoir si le fournisseur est ou n'est pas "beyond the control" du débiteur.

Une partie de la doctrine<sup>114</sup> et de la jurisprudence<sup>115</sup> soutiennent que le refus des propositions d'inclure expressément les fournisseurs dans le deuxième alinéa lors des délibérations de la Conférence plaiderait en faveur d'une décharge du vendeur: celui-ci pourrait alors s'exonérer de toute responsabilité pour un comportement imprévisible et inévitable de ses fournisseurs engagés indépendamment de la conclusion du contrat de vente au sens du premier alinéa de l'article 79 CISG.<sup>116</sup> Ces auteurs soutiennent que, dans ce cas, l'empêchement s'est produit en dehors de sa sphère de contrôle, et qu'ainsi sa propre exonération conformément au premier alinéa ne dépend pas de celle des tiers.<sup>117</sup>

Neumayer et Ming, soutenus par une sentence récente de la CCI, ne se rallient pas à cette opinion<sup>118</sup>: un tel résultat est contraire aux principes de la Convention, laquelle consacre, selon eux, une stricte responsabilité de garantie du vendeur pour son fournisseur, "qui fait partie intégrante du risque général de la fourniture des marchandises".<sup>119</sup> Il faut considérer selon eux, d'une part, que le rejet lors de la Conférence de Vienne des propositions d'inclure les fournisseurs dans l'article 79, II CISG peut également signifier que cette référence a été considérée comme allant de soi et donc superflue. D'autre part, le vendeur est généralement libre dans le choix de ses fournisseurs. Il ne tient qu'à lui d'en désigner un qui exécute correctement ses obligations. En cas de fourniture non conforme, le vendeur peut s'adresser à un tiers plus compétent sans que cela entrave nécessairement son programme contractuel futur. Ensuite, lorsqu'il conclut un contrat avec

<sup>111</sup> La question de savoir si l'article 79, II CISG ne concerne que les entrepreneurs exécutant le contrat, ou s'il permet également l'exonération de la responsabilité pour les fournisseurs qui livrent au débiteur, a été très controversée lors des discussions à la Conférence de Vienne, sans qu'elle soit tranchée: voir Commentaire sur le projet de Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises, établi par le Secrétariat, A/CONF.97/5, article 65, nr. 12 et A/CONF.97/19, 60 et Comptes rendus analytiques de la Première Commission, 27e séance, A/CONF.97/C.1/SR.27, article 65, nr. 23-38 et 46 et A/CONF.97/19, 400-402.

<sup>112</sup> V. Heuzé, *La vente internationale de marchandises*, Paris (France), Éditions Joly, 1992, 346, nr. 458. Le texte du deuxième alinéa n'est pas clair à ce sujet et ne permet guère de saisir le sens ni la portée d'une règle effectuant une distinction entre divers genres d'auxiliaires. Il eût mieux fallu y renoncer pour éviter des interprétations floues et trop disparates. (K. Neumayer et C. Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises - Commentaire*, Paris (France), CEDIDAC, 1993, p. 526, art. 79, nr. 9.)

<sup>113</sup> K. Neumayer et C. Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises - Commentaire*, Paris (France), CEDIDAC, 1993, p. 526 et 527, art. 79, nr. 9 et M. Claeys, "De bijzondere rechtsmiddelen van de partijen" dans H. Van Houtte, J. Erauw et P. Wautelet (ed.), *Het Weens Koopverdrag*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 268.

<sup>114</sup> P. Schlechtriem, *Einheitliches UN-Kaufrecht*, Tübingen (Allemagne), Mohr, 1981, 98-99 (Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht, 46) et R. Herber et B. Czerwenka, *Internationales Kaufrecht*, München (Allemagne), Beck, 1991, 355, art. 79, nr. 16.

<sup>115</sup> Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg (Allemagne), 21 mars 1996, C. I, 8, b, aa, YCA (Pays-Bas) XXII, 39, (nr. 12), *Neue Juristische Wochenschrift* (Allemagne) 1996, 3231, *Monatsschrift für deutsches Recht* (Allemagne) 1996, 782, *Recht der internationalen Wirtschaft* (Allemagne) 1996, 769, *Unilex Data Base* et *Clout Case* 166.

<sup>116</sup> Voir Report of Committee of the Whole I relating to the draft Convention on the International Sale of Goods, A/32/17, Annexe I, nr. 446, YB VIII, 56 et la position de M. Bonell (Italie), Comptes rendus analytiques de la Première Commission, 27e séance, A/CONF.97/C.1/SR.27, article 65, nr. 27 et A/CONF.97/19, 401.

<sup>117</sup> K. Neumayer et C. Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises - Commentaire*, Paris (France), CEDIDAC, 1993, p. 528, art. 79, nr. 10.

<sup>118</sup> Voir déjà en 1977: Report of Committee of the Whole I relating to the draft Convention on the International Sale of Goods, A/32/17, Annexe I, nr. 449, YB VIII, 56.

<sup>119</sup> Sentence CCI rendue dans l'affaire n° 8128 en 1995, *Clunet* (France) 1996, 1026.

l'acheteur, le vendeur garantit que la marchandise sera livrée à temps et exempte de défauts, ce qui concerne bien entendu également les éléments déjà fournis par des tiers. Et enfin, étant donné que le débiteur sélectionne ses fournisseurs, le comportement de ces derniers ne peut pas être considéré comme un événement intervenant en dehors de la sphère de contrôle du premier. C'est lui qui a mal choisi un fournisseur exécutant incorrectement son contrat avec le vendeur. Celui qui se sert de biens livrés par des tiers dans l'exécution de ses obligations assume à l'égard de ses propres clients les risques qui en découlent. Il ne peut ainsi pas s'exonérer du risque d'exploitation de ses fournisseurs, à moins qu'il ne se soit réservé ce droit à l'égard de l'acheteur par une clause d'exonération de responsabilité à laquelle celui-ci a consenti.<sup>120</sup>

Neumayer et Ming admettent pourtant un allègement de la situation du débiteur dans le cas où le choix du fournisseur est en dehors de la sphère d'influence du débiteur, par exemple lorsque le vendeur n'est pas à même de choisir librement son fournisseur étant donné la position de monopole public de ce dernier, ou lorsqu'il lui a été imposé par l'acheteur ou par les organes de l'Etat chargés de la direction économique du pays.<sup>121</sup>

Les solutions du débat concernant le fournisseur peuvent être étendues à tous les tiers non visés par le second alinéa de l'article 79 CISG.

19 En tout cas, il est indifférent que le tiers en question, qui exécute tout ou partie de l'obligation du débiteur, ait été librement choisi par le débiteur, ou qu'il lui ait été imposé par le créancier. L'accord du créancier relatif au mandat d'exécution donné au tiers n'exerce pas non plus

d'influence sur la responsabilité du débiteur.<sup>122</sup> Il est, en effet, relativement fréquent en pratique, que l'acheteur exige du vendeur qu'il fasse appel, pour le transport des marchandises, à telle compagnie nommément désignée, ou qu'il s'adresse, pour le montage des biens d'équipement vendus, à une entreprise établie dans le pays de destination. De même, il n'est pas rare, lorsque le contrat prévoit un recours au crédit documentaire pour le paiement du prix, que le vendeur désigne lui-même la banque émettrice. Mais ces circonstances n'ont aucune influence sur les conditions d'appréciation de la responsabilité du débiteur: dès lors que celui-ci a accepté les exigences de son cocontractant, il devra répondre de la défaillance du tiers intervenant, de la même façon que s'il l'avait lui-même librement choisi.<sup>123</sup>

## 2. Les conditions d'exonération aggravées

20 Très logiquement, le débiteur qui est responsable de la défaillance du tiers qu'il s'est substitué pour l'exécution de ses obligations, ne peut s'exonérer de la mauvaise exécution des tiers sous-mandataires que lorsque les deux conditions cumulatives suivantes sont réunies: la partie débitrice n'est exonérée de sa responsabilité que si, d'une part, "elle l'est en vertu des dispositions du paragraphe précédent", et d'autre part, si "le tiers serait lui aussi exonéré si les dispositions de ce paragraphe lui étaient appliquées". La contravention au contrat doit donc résulter d'un empêchement hors de la sphère de contrôle du débiteur-même, qui n'était ni prévisible ni évitable, et le tiers lui aussi doit être libéré de toute responsabilité si les dispositions du premier alinéa lui étaient appliquées, c'est-à-dire si l'obstacle était également imprévisible et inévitable pour lui.<sup>124</sup> Autrement dit, les conditions de l'article 79, I CISG doivent être satisfaites, à la fois par le débiteur et par le tiers.<sup>125</sup>

Il s'ensuit en particulier, que si l'inexécution commise par le tiers est due à une faute de sa part, ou, plus généralement, à un fait qui lui est imputable, qu'il pouvait prévoir ou surmonter, le débiteur ne sera pas déchargé de sa responsabilité. Quand le vendeur a par exemple confié le transport à un tiers, le vendeur pourra être exonéré si le défaut de livraison est dû à un événement exceptionnel, et non à un incident courant.<sup>126</sup> Et le débiteur ne sera pas davantage déchargé de sa responsabilité si, une fois la défaillance du tiers avérée, il avait encore la possibilité, soit d'exécuter lui-même la mission qu'il lui avait confiée,

<sup>120</sup> K. Neumayer et C. Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises – Commentaire*, Paris (France), CEDIDAC, 1993, p. 530, art. 79, nr. 10. Voir le cas où un contrat, conclu entre un vendeur russe et un acheteur allemand, n'a pas été exécuté par le vendeur dans le délai indiqué à cause du refus de son fournisseur de lui livrer les marchandises. Le tribunal arbitral russe s'est référé à l'article 79 CISG et a décidé que le vendeur n'était pas en mesure de prouver les faits qui l'auraient libéré de sa responsabilité pour la non exécution de ses obligations, étant donné que le refus du fabricant de fournir les marchandises au vendeur ne pouvait constituer une raison suffisante pour l'exonérer de sa responsabilité (Sentence du Tribunal d'arbitrage commercial international de la Chambre de commerce et d'industrie de la Fédération de Russie rendue dans l'affaire n° 155/1994, 16 mars 1995, *Unilex Data Base et Clout Case 140*). Aussi M. Claeys, "De bijzondere rechtsmiddelen van de partijen" dans H. Van Houtte, J. Erauw et P. Wautelet (ed.), *Het Weens Koopverdrag*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 268-269.

<sup>121</sup> K. Neumayer et C. Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises – Commentaire*, Paris (France), CEDIDAC, 1993, p. 530, art. 79, nr. 10; K. Hopt, "La Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises, une étude comparative avec le droit suisse", *Cahiers Juridiques et Fiscaux de l'Exportation* (France) 1987, nr. 5, 347; E. von Caemmerer et P. Schlechtriem, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, München (Allemagne), Beck, 1995, 693, art. 79, nr. 38 et P. Schlechtriem, *Internationales UN-Kaufrecht*, Tübingen (Allemagne), Mohr, 1996, 166, nr. 294. L'idée a été lancée pour la première fois par M. Ziegel (Canada), *Comptes rendus analytiques de la Première Commission*, 27e séance, A/CONF.97/C.1/SR.27, article 65, nr. 28 et A/CONF.97/19, 401.

<sup>122</sup> K. Neumayer et C. Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises – Commentaire*, Paris (France), CEDIDAC, 1993, p. 524, art. 79, nr. 8.

<sup>123</sup> Heuzé, V., *La vente internationale de marchandises*, Paris (France), Éditions Joly, 1992, 346-347, nr. 458.

<sup>124</sup> K. Neumayer et C. Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises – Commentaire*, Paris (France), CEDIDAC, 1993, p. 525, art. 79, nr. 8.

<sup>125</sup> V. Heuzé, *La vente internationale de marchandises*, Paris (France), Éditions Joly, 1992, 347, nr. 459.

<sup>126</sup> B. Audit, *La vente internationale de marchandises*, Paris (France), L.G.D.J., 1990, 176.

soit de charger une autre tierce partie de l'exécution de l'obligation.<sup>127</sup> Par exemple, dans le cas de défaillance d'un transporteur, le débiteur pourra le plus souvent le remplacer par un autre.

Si les conditions cumulées de l'article 79, II CISG ne sont pas réunies, le débiteur en défaut répondra de l'inexécution et il lui appartiendra de se tourner le cas échéant contre le tiers. Il sera alors souhaitable de parvenir à grouper les actions afin d'éviter des contrariétés de décisions sur un point et sur l'autre.<sup>128</sup>

## II. Les effets de l'exonération de responsabilité selon l'article 79 CISG

21 Dans la pratique du commerce international, on observe deux conceptions d'attribution de la fatalité.<sup>129</sup> Selon une première, classique et souvent retenue dans les droits nationaux, le contrat est rompu et le débiteur défaillant est totalement libéré lorsque l'inexécution est due à une impossibilité objective. Une deuxième conception, souvent utilisée dans des contrats de longue durée ou à exécution successive et étroitement liée à la théorie de l'imprévision, permet de réviser partiellement le contrat et de réajuster les obligations des parties, en maintenant le contrat, lorsque l'inexécution est due aux changements profonds de circonstances.<sup>130</sup>

Comme la Convention de Vienne a rejeté la théorie de l'imprévision, il est très logique que la position adoptée actuellement soit plus proche de la conception classique que de la conception hétérodoxe selon laquelle le contrat peut être partiellement révisé. Les parties contractantes ont pourtant la possibilité d'exclure le système des effets de l'exonération de l'article 79 CISG, et soit de maintenir la référence à leur droit national si elles sont issues du même système juridique, soit de modifier les dispositions de la CISG et, par exemple, de permettre au juge de réadapter leur contrat (*clausula rebus sic stantibus*).<sup>131</sup>

### A. Les effets sur les obligations du débiteur

22 L'article 79 CISG modifie les obligations du débiteur défaillant de deux façons: l'obligation d'exécuter est suspendue (1), et une obligation d'informer le cocontractant est expressément prévue (2).

<sup>127</sup> V. Heuzé, *La vente internationale de marchandises*, Paris (France), Éditions Joly, 1992, 347, nr. 459 et K. Neumayer et C. Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises – Commentaire*, Paris (France), CEDIDAC, 1993, p. 525, art. 79, nr. 8.

<sup>128</sup> B. Audit, *La vente internationale de marchandises*, Paris (France), L.G.D.J., 1990, 176.

<sup>129</sup> P. Kahn, "Force majeure et contrats internationaux de longue durée", *Clunet* (France) 1975, 478.

<sup>130</sup> B. Erdem, *La livraison des marchandises selon la Convention de Vienne*, Fribourg (Suisse), Éditions Universitaires, 1990, 234, nr. 1149-1153.

<sup>131</sup> H. Erdem, *La livraison des marchandises selon la Convention de Vienne*, Fribourg (Suisse), Éditions Universitaires, 1990, 248, nr. 1205.

### 1. La suspension de l'exécution de l'obligation posée par l'article 79, III CISG

23 A la différence des droit français et belge, dans lesquels, sauf stipulation contraire, la résolution est judiciaire<sup>132</sup>, l'article 79, III CISG énonce que "l'exonération prévue par le présent article produit effet pendant la durée de l'empêchement". La cause d'exonération entraîne donc une simple suspension de l'exécution de l'obligation qu'elle concerne.<sup>133</sup>

Ainsi en va-t-il tout d'abord, et par excellence, lorsque l'empêchement invoqué est seulement temporaire: lorsque cet empêchement cesse, le débiteur doit aussitôt<sup>134</sup> reprendre l'exécution, à moins que, dans l'intervalle, le contrat n'ait été résolu.<sup>135</sup> Si pendant la durée d'une entrave provisoire, un empêchement irréversible et durable survient, le débiteur est définitivement exonéré aux conditions de l'alinéa premier.<sup>136</sup>

Cette solution vaut également lorsque l'empêchement est définitif. En effet, contrairement aux conceptions de la plupart des droits nationaux<sup>137</sup> et quoique le contraire ait été soutenu<sup>138</sup>, la cause d'exonération n'entraîne pas alors l'extinction automatique de l'obligation inexécutée. Quand bien même celle-ci serait l'une de celles qui pesait à titre principal sur le débiteur, telle que la livraison, pour le vendeur, ou le paiement du prix pour l'acheteur, le contrat ne peut en aucune façon être considéré comme résolu *ipso facto*. C'est aux parties, et singulièrement au créancier, qu'il incombe de tirer les conséquences de la situation, en mettant en œuvre l'un des moyens que lui ouvre, de façon générale, la convention pour remédier aux contraventions au contrat.<sup>139</sup>

<sup>132</sup> P. Thieffry, "Le choix préalable du droit applicable aux contrats de vente internationale de marchandises et la Convention de Vienne du 11 avril 1980 dans les rapports franco-américains", *Cahiers Juridiques et Fiscaux de l'Exportation* (France) 1987, nr. 5, 279. Dans les systèmes de droit français, en dehors des cas de résiliation de plein droit prévus par la loi (par exemple l'article 1722 CC) et à moins que le contrat ne contienne une clause résolutoire, il est probablement nécessaire de demander au juge, en application de l'article 1184 CC, de prononcer la résiliation (effet immédiat et pour l'avenir) ou la résolution (effet rétroactif). La résiliation est seule possible dans les contrats successifs. (H. Lesguillons, "Frustration, force majeure, imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage", *Droit et pratique du commerce international* 1979, 524.)

<sup>133</sup> Voir Report of Committee of the Whole I relating to the draft Convention on the International Sale of Goods, A/32/17, Annexe I, nr. 436, YB VIII, 56.

<sup>134</sup> Cela exerce une influence sur le montant des intérêts moratoires.

<sup>135</sup> V. Heuzé, *La vente internationale de marchandises*, Paris (France), Éditions Joly, 1992, 347, nr. 460.

<sup>136</sup> K. Neumayer et C. Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises – Commentaire*, Paris (France), CEDIDAC, 1993, p. 531, art. 79, nr. 11.

<sup>137</sup> P. Kahn, "Force majeure et contrats internationaux de longue durée", *Clunet* (France) 1975, 480.

<sup>138</sup> D. Tallon, dans C. Bianca et M. Bonell (ed.), *Commentary on the International Sales Law – The 1980 Vienna Sales Convention*, Milan (Italie), Guiffré, 1987, 590, nr. 2.10.2.

<sup>139</sup> V. Heuzé, *La vente internationale de marchandises*, Paris (France), Éditions Joly, 1992, 347, nr. 460.

## 2. L'obligation d'information posée par l'article 79, IV CISG

24 L'exonération prévue par l'article 79 CISG se produit automatiquement, en ce sens que le débiteur ne peut jamais être condamné à réparer le dommage qui résulte pour le créancier de l'impossibilité dans laquelle il s'est trouvé d'exécuter son obligation. Pour autant, le débiteur ne saurait rester totalement passif. Il a, en effet, le devoir d'informer son cocontractant de sa situation, afin de permettre à celui-ci, non seulement d'en tirer les conséquences sur le sort du contrat lui-même, mais encore, et plus généralement, de prendre toutes les dispositions nécessaires à la sauvegarde de ses intérêts.<sup>140</sup> Il faut en particulier qu'il le mette aussitôt que possible en mesure de chercher ailleurs une solution de remplacement.<sup>141</sup>

Cette obligation d'information est dictée par la bonne foi, et est en général imposée par les clauses relatives à la force majeure.<sup>142</sup> Cette obligation est aussi expressément prescrite par l'article 79, IV CISG, selon lequel "*la partie qui n'a pas exécuté doit avertir l'autre partie de l'empêchement et de ses effets sur sa capacité d'exécuter*". Ce qui veut dire, d'une part que celui qui veut invoquer une cause d'exonération est tenu d'en informer son cocontractant, et d'autre part que la partie empêchée doit faire connaître à l'autre si elle envisage une exécution ultérieure ou encore légèrement différente en indiquant la durée de l'empêchement provisoire.<sup>143</sup>

Mais bien plus, et par exception à la règle générale de l'article 27 CISG, selon laquelle le risque d'un défaut d'acheminement d'une notification est supporté par le destinataire<sup>144</sup>, ce texte fait peser sur le débiteur le risque de retard ou de défaut de transmission de l'information.<sup>145</sup> L'article 79, IV CISG énonce, en effet, que "*si l'avertissement n'arrive pas à destination dans un délai raisonnable à partir du moment où la partie qui n'a pas exécuté a connu ou aurait dû connaître l'empêchement, celle-ci est tenue à des dommages-intérêts du fait de ce défaut de réception*." Il appartient donc au débiteur, non seulement d'informer le créancier de l'impossibilité d'exécution dès

que celle-ci est connue de lui, mais encore de veiller à ce que cette information soit elle-même communiquée à son destinataire dans les plus brefs délais.<sup>146</sup> Cette disposition s'explique parce que l'autre partie souffre déjà du défaut d'exécution.<sup>147</sup>

Afin de renforcer l'efficacité de l'obligation d'information, la Convention de Vienne a lié l'exigibilité de l'information à l'imprévisibilité de l'événement perturbateur.<sup>148</sup> Le contenu de l'information dépend alors de l'inévitabilité appréciée à l'aune du raisonnable. Il ne s'agit pas, en effet, de notifier une impossibilité qui ne s'est pas encore produite, mais d'avertir son partenaire de la probable réalisation d'un événement susceptible de paralyser l'exécution du contrat. Le débiteur de l'obligation ainsi menacée est alors tenu de fournir régulièrement une information sur la réalisation du fait perturbateur.<sup>149</sup> La menace sérieuse d'un empêchement pourrait donner lieu à application par l'autre partie des dispositions concernant la contravention anticipée.<sup>150</sup>

Le débiteur en demeure qui ne respecte pas cette obligation doit répondre de tous les dommages qui résulteraient du retard avec lequel le créancier aurait été mis à même de réagir à la situation.<sup>151</sup> Ces dommages-intérêts ne visent donc que le préjudice causé par le défaut de notification même et non par l'inexécution du contrat. Il s'agira principalement des conséquences du fait que le créancier n'a pu prendre plus tôt les mesures qu'appelait la défaillance du débiteur. Mais il est nécessaire d'admettre que si les circonstances mêmes qui empêchent le débiteur d'exécuter ses obligations s'opposent également à la notification, telles par exemple, une guerre, des émeutes ou une catastrophe naturelle, celui-ci est relevé de la sanction prévue.<sup>152</sup>

<sup>140</sup> C'est, selon Kahn, un principe général dérivé de la bonne foi. (P. Kahn, "Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international", *Clunet* (France) 1989, 321.)

<sup>141</sup> V. Heuzé, *La vente internationale de marchandises*, Paris (France), Éditions Joly, 1992, 349, nr. 462.

<sup>142</sup> B. Audit, *La vente internationale de marchandises*, Paris (France), L.G.D.J., 1990, 176.

<sup>143</sup> K. Neumayer et C. Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises – Commentaire*, Paris (France), CEDIDAC, 1993, p. 532, art. 79, nr. 12.

<sup>144</sup> Article 27 CISG: *Sauf disposition contraire expresse de la présente partie de la Convention, si une notification, demande ou autre communication est faite par une partie au contrat conformément à la présente partie et par un moyen approprié aux circonstances, un retard ou une erreur dans la transmission de la communication ou le fait qu'elle n'est pas arrivée à destination ne prive pas cette partie au contrat du droit de s'en prévaloir.*

<sup>145</sup> Suite à la décision en 1977: Report of Committee of the Whole I relating to the draft Convention on the International Sale of Goods, A/32/17, Annexe I, nr. 454, YB VIII, 57.

<sup>146</sup> K. Neumayer et C. Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises – Commentaire*, Paris (France), CEDIDAC, 1993, p. 532, art. 79, nr. 12.

<sup>147</sup> B. Audit, *La vente internationale de marchandises*, Paris (France), L.G.D.J., 1990, 176.

<sup>148</sup> Contra: Audit, qui déduit cette obligation des "obligations générales de bonne foi, de coopération et de minimisation des pertes du cocontractant". (B. Audit, *La vente internationale de marchandises*, Paris (France), L.G.D.J., 1990, 177.)

<sup>149</sup> P.-H. Antonmattei, *Contribution à l'étude de la force majeure*, Paris (France), L.G.D.J., 1992, 176, nr. 245.

<sup>150</sup> B. Audit, *La vente internationale de marchandises*, Paris (France), L.G.D.J., 1990, 177. Voir G. Strub, "The Codification of the Doctrine of Anticipatory Repudiation in the 1980 Convention on the International Sale of Goods", *Droit et pratique du commerce international* 1989, 581-609.

<sup>151</sup> K. Neumayer et C. Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises – Commentaire*, Paris (France), CEDIDAC, 1993, p. 532, art. 79, nr. 12.

<sup>152</sup> B. Audit, *La vente internationale de marchandises*, Paris (France), L.G.D.J., 1990, 177 et M. Claeys, "De bijzondere rechtsmiddelen van de partijen" dans H. Van Houtte, J. Erauw et P. Wautelet (ed.), *Het Weens Koopverdrag*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 270.

## B. Les sanctions à la disposition du créancier posées par l'article 79, V CISG

25 La Convention de Vienne, comme la LUVI, offre à la partie victime d'une inexécution, qu'il s'agisse de l'acheteur ou du vendeur, un choix de remèdes. Il y a, en premier lieu, les remèdes radicaux, comme l'exécution forcée (articles 46 et 62 CISG) ou la résolution (articles 49 et 64 CISG), ensuite il y a les remèdes de rattrapage, comme le droit de spécification (article 65 CISG), la réparation des manquements aux obligations ou la réduction du prix (articles 50-52 CISG), et enfin il y a le remède universel, c'est-à-dire les dommages-intérêts (articles 47 et 78 CISG).<sup>153</sup>

Le jeu de l'article 79 CISG influence les options du créancier, telles qu'énoncées ci-avant. Alors que le premier alinéa de l'article 79 CISG énonce qu'"une partie n'est pas responsable de l'inexécution d'une quelconque de ses obligations" dans les conditions qu'il fixe, le cinquième alinéa tempère sérieusement la portée de cette affirmation.<sup>154</sup> En effet, selon l'article 79, V CISG, "*les dispositions* (de l'article 79 CISG) *n'interdisent pas à une partie d'exercer tous ses droits autres que celui d'obtenir des dommages-intérêts en vertu de la présente Convention.*" Il en découle que la règle a deux aspects: d'une part, elle exclut l'action en dommages-intérêts (1), et d'autre part, elle maintient les autres actions qui sont l'exécution en nature et la résolution du contrat (2).<sup>155</sup>

### 1. L'exclusion de la demande en dommages-intérêts

26 La cause d'exonération, en effet, ne fait pas en principe obstacle à la mise en œuvre des remèdes ouverts par la CISG en cas de contravention. Tout au plus, l'article

79, V CISG interdit au créancier de demander l'indemnisation du préjudice que lui cause l'inexécution.<sup>156</sup>

Supposons que le vendeur ne puisse plus livrer les marchandises prévues au contrat à cause d'une catastrophe naturelle dont il ne pouvait ni prévoir, ni surmonter la survenance ou ses conséquences. L'acheteur déclare ensuite le contrat résolu et fait un achat de remplacement à un prix plus élevé que celui prévu au contrat. L'application de l'article 79, V CISG a pour conséquence que l'acheteur ne peut plus demander la différence entre le prix de l'achat de remplacement et celui convenu dans le contrat.<sup>157</sup>

Cette restriction du droit du créancier ne concerne que le préjudice qu'il subit à raison de l'inexécution résultant directement et exclusivement de la cause d'exonération invoquée par le débiteur. Ainsi, en cas de livraison tardive pour une telle cause d'une marchandise non conforme, l'acheteur peut obtenir des dommages-intérêts pour la non-conformité.<sup>158</sup>

27 Ce qui se passe dans le cas d'un retard injustifié qui se produirait après que l'empêchement a cessé, est discuté. On peut reprendre l'exemple donné par le Secrétariat de la CNUDCI, dans lequel des marchandises devant être livrées le premier février, sont finalement livrées par le vendeur le 15 mars, du fait d'un empêchement survenu le premier janvier au premier mars.

Selon Bernard Audit, isolé sur ce point, le délai dont dispose le débiteur pour exécuter se trouvera allongé du temps que l'empêchement a duré si l'empêchement lui a interdit tout acte d'exécution pendant deux mois. Dans notre exemple le vendeur ne serait exposé à des dommages-intérêts que pour une livraison postérieure au premier avril.<sup>159</sup>

Selon beaucoup d'autres auteurs, le débiteur est en mesure de livrer dès l'instant où l'empêchement a cessé, et le créancier conserve en ce cas bien entendu tous ses

<sup>153</sup> M. Borysewicz, "Convention et projets de convention sur la vente internationale de marchandises", dans LA FONDATION INTERNATIONALE POUR L'ENSEIGNEMENT DU DROIT DES AFFAIRES, LA FACULTÉ DE DROIT D'AIX-EN-PROVENCE (ed.), *Les ventes internationales de marchandises*, Paris (France), Economica, 1981, 39. Voir la thèse de F. Van Der Velden, *Het Weens Koopverdrag 1980 en zijn rechtsmiddelen*, Deventer (Pays-Bas), Kluwer, 1988, XX + 608 p.; Comp. sous l'ancien droit de la convention de La Haye, voir P. van Hooghten, "Overzicht van de Belgische rechtspraak in verband met het verdrag...", *R.D.C.*, 1987, 194 sq.

<sup>154</sup> L'article 79, V CISG a provoqué une certaine perplexité chez les commentateurs: J.-P. Plantard, "Un nouveau droit uniforme de la vente internationale: La Convention des Nations Unies du 11 avril 1980", *Clunet* (France) 1988, 360-361. Voir aussi P. Kahn, "Vente commerciale internationale", *J.C.L.*, Fascicule 565-A-5, nr. 150; B. Audit, *La vente internationale de marchandises*, Paris (France), L.G.D.J., 1990, 177 et K. Neumayer et C. Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises - Commentaire*, Paris (France), CEDIDAC, 1993, p. 533-534, art. 79, nr. 13.

<sup>155</sup> H. Erdem, *La livraison des marchandises selon la Convention de Vienne*, Fribourg (Suisse), Éditions Universitaires, 1990, 248, nr. 1203.

<sup>156</sup> Commentaire sur le projet de Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises, établi par le Secrétariat, A/CONF.97/5, article 65, nr. 2 et A/CONF.97/19, 59. Durant la Conférence Diplomatique, M. Klingsporn (République fédérale d'Allemagne) et M. Rognlien (Norvège) ont proposé d'élargir l'exonération à l'exécution en nature, mais ces deux propositions ont été rejetées. (Comptes rendus analytiques de la Première Commission, 28e séance, A/CONF.97/C.1/SR.28, article 65, nr. 1-49 et A/CONF.97/19, 404-408 et H. Erdem, *La livraison des marchandises selon la Convention de Vienne*, Fribourg (Suisse), Éditions Universitaires, 1990, 250, nr. 1211.) Aussi P. Schlechtriem, *Einheitliches UN-Kaufrecht*, Tübingen (Allemagne), Mohr, 1981, 97 (Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht, 46).

<sup>157</sup> H. Erdem, *La livraison des marchandises selon la Convention de Vienne*, Fribourg (Suisse), Éditions Universitaires, 1990, 248, nr. 1206.

<sup>158</sup> B. Audit, *La vente internationale de marchandises*, Paris (France), L.G.D.J., 1990, 177.

<sup>159</sup> B. Audit, *La vente internationale de marchandises*, Paris (France), L.G.D.J., 1990, 178.

droits.<sup>160</sup> Selon l'exemple, le vendeur est exonéré de toute responsabilité pour les dommages résultant du retard à la livraison qui ont pu se produire jusqu'au premier mars, date à laquelle l'empêchement a cessé. Toutefois, puisque après la date de livraison fixée au contrat l'empêchement a cessé, le vendeur est responsable des dommages résultant du retard à la livraison qui se seraient produits entre le premier et le 15 mars.<sup>161</sup> Cette thèse est plus défendable que celle de Bernard Audit, à condition qu'on tienne compte de la diligence du vendeur.

28 Une difficulté que suscite la solution de l'article 79, V CISG est celle de la détermination de son domaine, lorsque le contrat contient une clause fixant le montant des pénalités ou des indemnités dues en cas d'inexécution. Doit-on ou non considérer que l'application d'une telle clause est alors paralysée par la cause d'exonération? L'article 79, V CISG, est-il ou non, comme les autres dispositions de l'article 79 CISG, supplétif? Et s'il ne l'était pas, une obligation mentionnée dans une clause contractuelle, est-elle alors une "*quelconque obligation*" de l'alinéa premier, dont le débiteur ne devrait pas répondre en cas de force majeure? La doctrine est partagée.

Selon Audit la règle de l'article 79, V CISG, et donc la paralysie des dommages-intérêts, s'applique à toute sorte de dommages-intérêts, et donc aussi bien à des dommages-intérêts contractuellement prévus qu'à ceux qui auraient été prononcés par un juge ou un arbitre. La règle de l'article 79, V CISG s'applique, selon lui, également aux intérêts prévus par l'article 78 CISG en cas de retard de paiement d'une somme due, occasionné par un empêchement répondant aux critères de l'article 79, I CISG.<sup>162</sup> Écument Erdem propose sur base des travaux préparatoires de la convention de résoudre cette question à l'aide de l'article 7 CISG. L'exonération ne couvrirait que les dommages-intérêts prévus par la CISG. La question de savoir si le vendeur est également libéré de l'obligation de payer des dommages-intérêts libératoires ou des peines conventionnelles pour l'inexécution n'est pas régie par la CISG et reste par conséquent soumise au droit national.<sup>163-164</sup>

<sup>160</sup> V. Heuzé, *La vente internationale de marchandises*, Paris (France), Éditions Joly, 1992, 348, nr. 461.

<sup>161</sup> Commentaire sur le projet de Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises, établi par le Secrétariat, A/CONF.97/5, article 65, nr. 13 et A/CONF.97/19, 60.

<sup>162</sup> B. Audit, *La vente internationale de marchandises*, Paris (France), L.G.D.J., 1990, 177.

<sup>163</sup> Commentaire sur le projet de Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises, établi par le Secrétariat, A/CONF.97/5, article 65, nr. 9 et A/CONF.97/19, 60. Pourtant indiquant très clairement le contraire: M. Kopac (Tchécoslovaquie), Comptes rendus analytiques de la Première Commission, 37e séance, A/CONF.97/C.1/SR.37, article 65, nr. 80 et A/CONF.97/19, 454.

Pour Vincent Heuzé, dont le point de vue mérite l'adhésion, la réponse dépend par contre exclusivement de l'intention des parties. Soit celles-ci ont seulement entendu liquider le préjudice qui résulterait de l'inexécution, soit au contraire, la somme fixée par les intéressés a été considérée par eux comme un substitut de la prestation promise. Dans le premier cas, le jeu de la stipulation en question est subordonné à la condition que des dommages-intérêts soient effectivement dus par le débiteur, si bien qu'ils devraient être exclus si ce dernier peut se justifier d'une cause d'exonération de l'article 79 CISG. Dans l'autre cas, les dommages-intérêts ont été conçus comme une exécution par équivalent, laquelle ne peut donc normalement pas être affectée par l'empêchement relatif à l'obligation stipulée à titre principal. Mais Heuzé admet que la distinction est souvent délicate à opérer en pratique, et souligne que les parties ont tout intérêt à préciser expressément si les sommes qu'elles ont fixées seront oui ou non dues en cas d'impossibilité d'exécution de l'obligation à laquelle elles se rapportent.<sup>165</sup>

29 Tous les auteurs sont d'accord sur le point de vue selon lequel la notion de dommages-intérêts doit être comprise dans son sens le plus large, de façon à recouvrir toutes sortes de dommages-intérêts, quelle qu'en soit la désignation: dommages-intérêts compensatoires ou moratoires, dommages-intérêts directs ou indirects, etc.<sup>166</sup>

→

<sup>164</sup> H. Erdem, *La livraison des marchandises selon la Convention de Vienne*, Fribourg (Suisse), Éditions Universitaires, 1990, 249, nr. 1208. Il appuie son opinion sur les travaux préparatoires de la Convention, et plus spécialement au fait qu'une proposition de la République Démocratique Allemande tendant à introduire dans l'article 79, V CISG l'exonération pour les dommages-intérêts libératoires et les clauses pénales contractuelles a été rejetée faute d'appui durant la Conférence Diplomatique à Vienne. Aussi: E. von Caemmerer et P. Schlechtriem, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, München (Allemagne), Beck, 1995, 683, art. 79, nr. 15.

<sup>165</sup> V. Heuzé, *La vente internationale de marchandises*, Paris (France), Éditions Joly, 1992, 348-349, nr. 461. Voir aussi la sentence CCI où le contrat contenait un article intitulé "*compensation fee*" prévoyant qu'en cas de résiliation du contrat par la faute ou à la demande de l'acheteur, même en cas de force majeure, le vendeur était en droit de recevoir à titre de compensation fee une somme équivalant à 30% du prix contractuel. La question se posait de savoir s'il s'agissait de dommages-intérêts forfaitaires ou d'un montant venant s'ajouter à des dommages-intérêts compensant un préjudice établi. L'arbitre retient cette dernière analyse en se fondant sur "*les principes généraux dont elle (= la compensation fee) s'inspire*", et plus précisément sur le principe général qui se trouve dans l'article 79 CISG, selon lequel une partie n'encourt pas de responsabilité en cas d'inexécution de ses obligations "*due à un empêchement indépendant de sa volonté*". L'arbitre estime que "*le simple fait que l'indemnité doit être payée dans une telle situation prouve qu'elle est de nature différente des dommages-intérêts versés en réparation d'une perte*", et donc que la *compensation fee* ne pouvait avoir la nature de dommages-intérêts forfaitaires. (Y. D., note sous Sentence CCI rendue dans l'affaire n° 7585 de 1994, *Clunet* (France) 1995, 1022 et *Recueil des sentences arbitrales de la CCI 1991-95*, Paris (France), ICC Publishing S.A., 1997, 613.)

<sup>166</sup> H. Erdem, *La livraison des marchandises selon la Convention de Vienne*, Fribourg (Suisse), Éditions Universitaires, 1990, 248, nr. 127. Voir: Analyse des observations et propositions des gouvernements et des organisations internationales sur le Projet de Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises ainsi que sur les projets de dispositions élaborées par le Secrétaire Général en ce qui concerne les mesures d'application, les réserves et autres clauses finales, A/CONF.97/9, article 65, nr. 9 et A/CONF.97/19, 87.

## 2. Le maintien des autres moyens

30 Le créancier, qui ne peut donc plus demander une indemnisation pour inexécution de la convention, en raison précisément de ce qu'elle est due à la force majeure, conserve toutes les autres prérogatives: la demande d'exécution ou l'exécution forcée, la réduction du prix ou la réparation des manquements aux obligations et la faculté de prononcer unilatéralement la résolution de la vente si la défaillance de son interlocuteur, ce qui sera généralement le cas s'agissant de force majeure, constitue une contravention essentielle<sup>167-168</sup>

31 Le problème a été posé par la doctrine de savoir si l'invocation de ces "autres moyens" pourrait encore être bloquée par des dispositions de droit national en matière de force majeure déterminant, en vertu de l'article 7, II CISG des causes d'exonération supplémentaires et susceptibles de paralyser les prérogatives du créancier.

Selon Neumayer et Ming la règle posée dans le cinquième alinéa préciserait seulement que les "autres moyens" du créancier ne sont pas concernés par les causes mentionnées à l'article 79 CISG. Les deux auteurs donnent l'impression que ces "autres moyens" sont totalement sous la réglementation des droits nationaux, rendus applicables par le droit international privé du for.<sup>169</sup>

Le raisonnement développé par Neumayer et Ming semble critiquable. La Convention, dans son article 79, V CISG, a établi un système complet qui régleme exhaustivement les "autres moyens".

Il convient dès lors de rappeler que l'article 28 CISG prescrit qu'"un tribunal n'est tenu d'ordonner l'exécution en nature" (conformément aux dispositions de la Convention de Vienne) "que s'il le ferait en vertu de son propre droit pour des contrats de vente semblables".<sup>170</sup>

Cela permettra par exemple d'écarter une demande en exécution d'une obligation qui est devenue impossible.<sup>171</sup>

32 Le texte de l'article 79, V CISG invite alors à distinguer suivant que l'empêchement est définitif ou seulement temporaire.

Dans ce dernier cas, le créancier conserve la faculté d'exiger l'exécution en nature, aussitôt qu'elle sera devenue possible. Cette règle est conforme non seulement à la politique généralement suivie dans la Convention, consistant à favoriser le maintien du contrat plutôt que sa disparition, mais aussi à la pratique contractuelle.<sup>172</sup> Mais le créancier pourrait également prononcer la résolution du contrat, si la contravention présente un caractère "essentiel"<sup>173</sup>, ce qui sera notamment le cas "lorsqu'une partie cause à l'autre partie un préjudice tel qu'elle la prive substantiellement de ce que celle-ci était en droit d'attendre du contrat, à moins que la partie en défaut n'ait pas prévu un tel résultat et qu'une personne raisonnable de même qualité placée dans la même situation ne l'aurait pas prévu non plus"<sup>174</sup>, ou lorsque "l'acheteur a impartit au vendeur un délai supplémentaire de durée raisonnable pour l'exécution de ses obligations".<sup>175</sup> La résolution du contrat permet au créancier de quitter la relation contractuelle et de se procurer la marchandise autrement, ce qui est préférable pour lui dans la majorité des cas.

En tout cas, la résolution du contrat est une solution si extrême que la Convention de Vienne permet au vendeur, après la date de la délivrance, de réparer à ses frais tout manquement à ses obligations à moins que l'acheteur n'ait déjà déclaré la résolution.<sup>176</sup>

Lorsque l'empêchement est au contraire définitif, on doit encore distinguer selon que l'inexécution est totale ou simplement partielle.<sup>177</sup> En cas d'inexécution totale, il n'y

<sup>167</sup> J. Huet, *Traité de droit civil, les principaux contrats spéciaux*, Paris (France), L.G.D.J., 1996, 571.

<sup>168</sup> M. Borysewicz, "Convention et projets de convention sur la vente internationale de marchandises", dans LA FONDATION INTERNATIONALE POUR L'ENSEIGNEMENT DU DROIT DES AFFAIRES, LA FACULTÉ DE DROIT D'AIX-EN-PROVENCE (ed.), *Les ventes internationales de marchandises*, Paris (France), Economica, 1981, 39.

<sup>169</sup> K. Neumayer et C. Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises - Commentaire*, Paris (France), CEDIDAC, 1993, p. 533-534, art. 79, nr. 13.

<sup>170</sup> Cette disposition, déjà mentionnée par l'article 16 LUVI, est une conciliation entre le droit uniforme et les principes fondamentaux des procédures judiciaires étatiques. Les droits continentaux considèrent l'exécution en nature comme la solution normale vers laquelle les juges ou les arbitres doivent tendre, tandis que les systèmes de la *common law* la regardent comme une voie exceptionnelle ouverte par l'*equity* ou par des textes particuliers. Pour la *common law*, la sanction normale de l'inexécution du contrat est l'attribution de dommages-intérêts. (M. Borysewicz, "Convention et projets de convention sur la vente internationale de marchandises", dans LA FONDATION INTERNATIONALE POUR L'ENSEIGNEMENT DU DROIT DES AFFAIRES, LA FACULTÉ DE DROIT D'AIX-EN-PROVENCE (ed.), *Les ventes internationales de marchandises*, Paris (France), Economica, 1981, 40.) Voir aussi Report of Committee of the Whole I relating to the draft Convention on the International Sale of Goods, A/32/17, Annexe I, nr. 435, YB VIII, 56.

<sup>171</sup> K. Hopt, "La Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises, une étude comparative avec le droit suisse", *Cahiers Juridiques et Fiscaux de l'Exportation* (France) 1987, nr. 5, 347.

<sup>172</sup> B. Audit, *La vente internationale de marchandises*, Paris (France), L.G.D.J., 1990, 178.

<sup>173</sup> V. Heuzé, *La vente internationale de marchandises*, Paris (France), Éditions Joly, 1992, 348, nr. 461.

<sup>174</sup> Article 25 CISG.

<sup>175</sup> Article 47, I CISG. Voir B. Audit, *La vente internationale de marchandises*, Paris (France), L.G.D.J., 1990, 178 et M. Borysewicz, "Convention et projets de convention sur la vente internationale de marchandises", dans LA FONDATION INTERNATIONALE POUR L'ENSEIGNEMENT DU DROIT DES AFFAIRES, LA FACULTÉ DE DROIT D'AIX-EN-PROVENCE (ed.), *Les ventes internationales de marchandises*, Paris (France), Economica, 1981, 39.

<sup>176</sup> Article 48, I CISG et M. Borysewicz, "Convention et projets de convention sur la vente internationale de marchandises", dans LA FONDATION INTERNATIONALE POUR L'ENSEIGNEMENT DU DROIT DES AFFAIRES, LA FACULTÉ DE DROIT D'AIX-EN-PROVENCE (ed.), *Les ventes internationales de marchandises*, Paris (France), Economica, 1981, 42.

<sup>177</sup> L'idée vient de M. Fokkema (Pays-Bas), Comptes rendus analytiques de la Première Commission, 28e séance, A/CONF.97/C.1/SR.28, article 65, nr. 31-32 et A/CONF.97/19, 407.

a pas lieu à une demande d'exécution en nature.<sup>178</sup> Le créancier peut déclarer le contrat résolu pour bien marquer qu'une exécution du contrat à une date ultérieure, voire à la date prévue sous une autre forme, ne saurait le satisfaire.<sup>179</sup> En cas d'inexécution partielle par contre, le créancier est susceptible de déclarer le contrat résolu, mais il peut également se contenter de l'exécution partielle avec une réduction du prix correspondant à la fraction non exécutée si la vente conserve pour lui un intérêt.<sup>180</sup>

33 Le cas exceptionnel de l'origine concurrente de l'empêchement causé par les deux parties n'est pas réglé expressément. Les vocables limitatifs "... dans la mesure ...", "... to the extent ..." de l'article 80 signifient que le juge saisi doit tenir compte de la faute concomitante du lésé lors de l'évaluation du dommage.<sup>181</sup> Si un tel partage de responsabilité est parfaitement compatible avec les remèdes de nature monétaire, tels que la réduction de prix ou les dommages-intérêts, puisqu'il n'y aura alors qu'à diminuer le montant des sommes allouées au créancier en fonction de la part de l'inexécution qui lui est imputable, il ne l'est guère, en revanche, avec la résolution ou l'exécution en nature. Il semble donc que ces moyens doivent être exclus, et que le créancier ne peut réclamer que des dommages-intérêts.<sup>182</sup>

La question de savoir si le débiteur, qui est libéré de ses obligations et qui obtient une prestation d'assurance, une créance en dommages-intérêts ou une indemnité, peut garder ce succédané, n'est pas réglée par la Convention. Comme il n'y pas de principes généraux concernant ce sujet, cette question reste soumise à la loi applicable en vertu des règles du droit international privé selon l'article 7, II CISG.<sup>183</sup>

Il faut aussi rappeler que la Convention a introduit par son article 72 la notion de "contravention anticipée" empruntée à la *common law*, qui permet à une partie de dé-

clarer le contrat résolu "si, avant la date de l'exécution du contrat, il est manifeste qu'une partie commettra une contravention essentielle au contrat". Le créancier peut déduire cela d'une grave insuffisance dans la capacité d'exécution de l'autre partie ou de sa solvabilité, ou de la manière dont celle-ci s'apprête à exécuter ou exécute le contrat."<sup>184</sup>

Reste le problème du sort de la contre-prestation du créancier lorsque le débiteur s'est exonéré de sa responsabilité et lorsque le créancier ne peut obtenir l'exécution du contrat ni le résoudre, par exemple parce qu'aucune contravention essentielle n'a été commise (article 49, I CISG), ou parce qu'il a laissé s'écouler les délais prévus à cette fin (article 49, II CISG). Cette question est classiquement résolue par la théorie des risques, propre aux obligations de résultat. En droit français, cette théorie est composée d'un principe et d'une exception, exprimé chacun par une formule latine: *res perit debitori* pour le principe, c'est-à-dire que le créancier, victime de l'inexécution fortuite, est libéré de ses obligations; *res perit domino* pour l'exception, qui implique que dans les contrats translatifs de propriété, le propriétaire assume, par principe, la destruction fortuite de la chose. Ainsi, dans la vente où le transfert de propriété s'opère *solo consensu*, l'acheteur est tenu de payer le prix, en dépit de la perte de la chose.<sup>185</sup> Les articles 66-70 de la Convention de Vienne, par contre, traitent cette question des risques indépendamment de celle du droit de propriété<sup>186</sup>: le risque transféré, l'acheteur est tenu du paiement du prix.<sup>187</sup>

Leo Van den hole

<sup>178</sup> Bien que le créancier garde le droit de demander l'exécution en nature, il faut constater que cette règle est totalement erronée, puisque le débiteur ne peut pas exécuter son obligation en présence de l'empêchement, et s'il le pouvait, il s'exécuterait déjà conformément au contrat. (H. Erdem, *La livraison des marchandises selon la Convention de Vienne*, Fribourg (Suisse), Éditions Universitaires, 1990, 249, nr. 1211.)

<sup>179</sup> B. Audit, *La vente internationale de marchandises*, Paris (France), L.G.D.J., 1990, 178.

<sup>180</sup> Commentaire sur le projet de Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises, établi par le Secrétariat, A/CONF.97/5, article 65, nr. 8 et A/CONF.97/19, 60 et V. Heuzé, *La vente internationale de marchandises*, Paris (France), Éditions Joly, 1992, 348, nr. 461. Contra: Erdem, selon lequel la CISG ne précise pas les conséquences d'une inexécution partielle. L'article 7 CISG permet alors d'appliquer par analogie les dispositions de l'article 51 CISG. Ainsi, lorsque le contrat porte sur dix mille bouteilles de champagne d'une réserve spéciale et que trois milles d'entre elles sont détruites en cours de transport à la suite d'un empêchement au sens de cet article, la disposition de l'article 79, V CISG ne sera applicable que pour la partie non exécutée, mais non pour la totalité du contrat. (H. Erdem, *La livraison des marchandises selon la Convention de Vienne*, Fribourg (Suisse), Éditions Universitaires, 1990, 248, nr. 1204.)

<sup>181</sup> J. Huet, *Traité de droit civil, les principaux contrats spéciaux*, Paris (France), L.G.D.J., 1996, 571.

<sup>182</sup> V. Heuzé, *La vente internationale de marchandises*, Paris (France), Éditions Joly, 1992, 351, nr. 464.

<sup>183</sup> H. Erdem, *La livraison des marchandises selon la Convention de Vienne*, Fribourg (Suisse), Éditions Universitaires, 1990, 252, nr. 1219.

<sup>184</sup> J. Thieffry et C. Granier, *La vente internationale*, Centre français du Commerce Extérieur, 1992, 108.

<sup>185</sup> P.-H. Antonmattei, Contribution à l'étude de la force majeure, Paris (France), L.G.D.J., 1992, 162, nr. 227.

<sup>186</sup> Article 66 CISG: *La perte ou la détérioration des marchandises survenue après le transfert des risques à l'acheteur ne libère pas celui-ci de son obligation de payer le prix, à moins que ces événements ne soient dus à un fait du vendeur*. Pour le moment du passage des risques: articles 67-69 CISG.

<sup>187</sup> Contra: K. Neumayer et C. Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises - Commentaire*, Paris (France), CEDIDAC, 1993, p. 534, art. 79, nr. 13: "La Convention ne nous donne pas de renseignements pour résoudre cette question. Il est pourtant logique d'accepter que dans ces hypothèses, le créancier-acheteur serait fondé à refuser une éventuelle demande en paiement du prix, car le débiteur-vendeur qui se serait d'abord prévalu de son exonération, agirait de mauvaise foi en formulant cette prétention, selon le principe général de *nemini licet venire contra factum proprium* (article 7, II CISG)."