

Le droit américain des contrats et le nouveau droit de la vente internationale

PAR

Patrick THIEFFRY *

Persée
BY:
\$
=
creative
commons

A compter du 1^{er} janvier 1988, le droit de la vente internationale de marchandises sera uniformisé dans des pays aux systèmes juridiques aussi différents que la Chine, les Etats-Unis et la France ¹. Telle sera la conséquence de l'entrée en vigueur de la Convention des Nations-Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises adoptée à Vienne le 10 avril 1980 ². Elle devrait marquer la fin, pour les entreprises françaises exportant vers les Etats-Unis, du choix du meilleur droit, tant il paraît peu probable que leurs acheteurs américains acceptent d'exclure contractuellement l'application de la Convention, qui en prévoit expressément la possibilité ³, même si le droit interne français leur serait manifestement plus favorable ⁴ : l'étroite ressemblance des dispositions conventionnelles avec celles de l'article 2 de l'*Uniform Commercial Code*, en vigueur dans 49 Etats américains — tous sauf la Louisiane, restée fidèle au Code Napoléon — les en dissuadera le plus souvent.

A la différence du choix du juge contractuel, qui doit essentiellement être effectué en termes de facilité d'exécution de sa décision ⁵, celui du droit applicable doit donner la préférence au plus libéral de

* Avocat au Barreau de Paris, Attorney-at-law (Etats de New York et de Georgie), Thieffry et Associés, Paris-New York.

ceux en présence, au moins du point de vue du vendeur. Sur ce terrain, en matière de vente de marchandises, le droit conventionnel nouveau dispute la primeur à ceux des Etats américains ayant adopté l'U.C.C.⁶. Les autres contrats y sont d'ailleurs traités avec la même bienveillance par la *Common Law* qui les régit toujours, et auxquels ne s'applique pas non plus la Convention. Elle repose en effet sur une longue tradition de recherche de la solution la plus juste, cristallisée dans le précédent jurisprudentiel et n'est pas, comme les droits romano-germanique, le fruit d'une politique législative. Dès lors, la distinction entre droit impératif et droit supplétif n'y a pas sa place. Il en résulte un plus grand respect de la volonté contractuelle, même si dans le silence des parties, certaines clauses peuvent être implicites, telle l'« *implied warranty of merchantability* », garantie implicite de marchandabilité imposée au vendeur.

Le droit américain des contrats est donc fondamentalement différent du droit français, non pas tant dans les solutions concrètes auxquels il aboutit que dans ses mécanismes et ses concepts. Quelques exemples, parmi les plus frappants, apparaissent à l'étude des différentes phases du processus contractuel : la formation du contrat, son exécution et la responsabilité contractuelle.

I. LA FORMATION DU CONTRAT.

La différence des solutions est bien illustrée par le rôle particulier de l'écrit en matière contractuelle (A). Les distorsions des concepts et des processus intellectuels apparaissent à l'évidence à l'étude des composantes du contrat, et tout particulièrement de la « *consideration* », tout à fait inconnue du droit français (B) et de la rencontre de l'offre et de l'acceptation (C).

A. *Le rôle de l'écrit.*

C'est ici le formalisme de la *Common Law* qui apparaît dans toute sa splendeur. Doivent en effet être passés par écrit, notamment les contrats relatifs à des sûretés, à des droits réels immobiliers, de même que tous ceux dont l'exécution ne peut en aucun cas être terminée endéans un délai d'un an à compter de leur conclusion.

Même le pourtant moderne *Uniform Commercial Code* impose l'existence d'un écrit (Section 2-201) pour toutes les ventes de marchandises d'un montant supérieur à 500 dollars, le seul assouplissement étant que la preuve d'un tel contrat peut néanmoins être rapportée si les marchandises ont été fabriquées spécialement sur commande, payées ou acceptées. La Convention de Vienne prévoit, à

l'opposé, que la vente n'a pas à être conclue par écrit⁷, non plus qu'une éventuelle modification au contrat, sauf stipulation contraire⁸.

De plus, il ne peut être invoqué d'accords verbaux sauf si leur preuve résulte de l'exécution que les parties ont donnée au contrat, ou s'il s'agit d'additions non contradictoires avec le contenu de l'écrit. Encore ces dernières exceptions ne peuvent-elles être invoquées en présence d'une « *merger clause* », clause d'intégration fréquente dans les contrats d'inspiration anglo-saxonne, qui prévoit que le contrat annule tous autres accords entre les parties et constitue l'entièreté de leur convention⁹.

B. La « *consideration* ».

Concept tout à fait original et totalement inconnu des droits romano-germaniques — et heureusement non repris par la Convention de Vienne — l'efficacité du contrat est subordonnée à l'existence d'une « *consideration* ». La définition de ce concept, particulièrement complexe, peut être synthétisée en posant qu'il faut que, d'une négociation mercantile, résulte pour chacun la perspective d'obtenir une prestation qui profite à son bénéficiaire ou crée un détriment à l'autre partie. Il s'agit, en fait, de refuser effet aux conventions gratuites. Pourtant, ce principe trouve application même dans le commerce international. La pratique utilise une solution simple et qui consiste à mentionner dans le texte de la transaction qu'elle est conclue « *in consideration of the mutual promises of the parties and of the sum of one dollar, receipt of which is hereby acknowledged* ». C'est là un autre indice du caractère formaliste de ce droit, puisque les tribunaux ne pourront vérifier l'adéquation de la « *consideration* ».

Une autre manifestation de l'importance de la « *consideration* » réside dans la révocabilité absolue de l'offre dans la *Common law*, où à la différence du droit français, une clause de validité, un délai d'option, sont insuffisants sauf à ce que soit formé une « *option contract* », contrat d'option prévoyant le paiement d'une « *consideration* » par le destinataire de l'offre. Les situations dans lesquelles peut se retrouver l'entreprise française ignorante de ces particularités sont particulièrement graves. Imaginons en effet un fabricant français qui soumissionne auprès d'une entreprise publique étrangère pour la vente d'une quantité importante de ses produits. Pour ce faire, elle a besoin d'un composant qu'elle se procure habituellement auprès d'un fabricant américain qu'elle consulte afin d'établir son offre. Par retour télex, le fabricant américain lui indique un prix. Quelques mois plus tard, lorsque l'entreprise française a connaissance de ce que le marché lui a été adjugé, elle place sa commande auprès de son fournisseur, qui lui répond par retour télex en formu-

lant une nouvelle offre à un prix différent. L'entreprise française s'en insurge-t-elle, qu'elle se voit opposer que le fournisseur américain avait, en droit américain — que nous supposerons applicable en l'absence de toute clause — parfaitement le droit de révoquer son offre.

Fort heureusement, c'est face à ce genre de situation que réagit l'« *equity* », ce nécessaire correctif jadis institué par la prérogative royale. C'est ainsi que, si le fournisseur américain avait connaissance de la soumission, mais seulement dans ce cas, il sera considéré comme ayant permis à l'entreprise française de se fonder sur son offre et comme ayant été en mesure de prévoir qu'il en résulterait pour elle un préjudice, et il sera contraint de respecter les termes de sa première offre. Ce correctif, nommé « *detrimental reliance* » est toutefois exceptionnel et suppose un comportement de l'offreur dont résulte le préjudice, et que l'offreur ait eu conscience ou ait pu savoir que ce préjudice pouvait en résulter. Dernier correctif, issu de l'*Uniform Commercial Code*¹⁰, la « *firm offer of a merchant in writing* » reste ouverte pendant un délai raisonnable, mais qui ne peut en aucun cas excéder trois mois. Encore faut-il qu'il s'agisse bien d'une vente de marchandises, et la révocabilité de l'offre reste donc le principe pour tous les autres contrats (entreprise, licence, prestation de services...), sauf *option contract*.

A noter que la Convention de Vienne, faute d'avoir adopté la *consideration* n'a pas repris, non plus, ce principe de la révocabilité absolue de l'offre, excluant, comme en droit français, la faculté de révocation lorsqu'un délai a été déterminé pour l'acceptation ou l'irrévocabilité indiquée¹¹. Par contre, l'idée de la « *detrimental reliance* » a été empruntée au droit américain, puisque l'article 16-2-b prévoit que l'offre ne peut être révoquée s'il était raisonnable pour le destinataire de la considérer comme irrévocable et s'il a agi en conséquence. Un résultat voisin aurait pu être atteint en droit français par l'application de la théorie de l'abus de droit, à d'autres conditions cependant, notamment en ce qui concerne la connaissance par l'offreur de la situation.

C. *Le rôle de l'offre et de l'acceptation.*

La question posée par les distorsions entre l'offre et l'acceptation, et par exemple par les contradictions entre les conditions générales de vente, a suscité, dans les pays anglo-saxons plus encore qu'en France, de nombreux problèmes. Tout d'abord, il convient de bien préciser ce qu'est une offre en droit américain : la diffusion de publicité, de tarifs ou de catalogues, de même que le simple fait pour un commerçant d'exercer son activité, ne constituent en aucun cas une

offre. Selon la formule de la Convention de Vienne, qui retient une solution identique, « une proposition adressée à des personnes indéterminées est considérée seulement comme une invitation à l'offre, à moins que la personne qui fait la proposition n'ait clairement indiqué le contraire »¹². Il en est bien entendu différemment du droit français, qui considère le commerçant comme étant en état d'offre permanente et les tarifs et catalogues comme des offres fermes. A noter d'ailleurs, dans le même ordre d'idée, que le refus de vente n'est pas illicite aux Etats-Unis, sauf à ce qu'il soit appréhendé par le droit antitrust s'il résulte d'un accord entre entreprises ou d'une pratique concertée de boycott, ou s'il est le fait anticoncurrentiel d'une entreprise en situation de monopole.

La première étape est donc de bien déterminer à quel niveau dans l'enchaînement des échanges contractuels se situe l'offre. L'opération est de toute première importance, eu égard à la solution traditionnelle de la *Common Law*, qui, à l'instar de la Convention de Vienne¹³, considère que toute réponse différant, fût-ce légèrement, de l'offre ne constitue pas une acceptation, mais un rejet de l'offre par contre-offre. La conséquence d'une telle situation est que certains contentieux ont abouti, au bout de nombreuses années, à la constatation qu'alors même que l'objet du contrat avait été exécuté dans sa quasi-totalité, et par exemple qu'une usine avait été construite, le rejet des offres successives faites de part et d'autre par des acceptations qui n'en étaient en fait pas, puisqu'elles en différaient, aboutissaient à ce que, le contrat n'ayant jamais été formé, l'entrepreneur ne puisse prétendre au paiement du prix sur le fondement dudit contrat.

Cette solution reste en vigueur aux Etats-Unis pour tous les contrats, sauf les ventes de marchandises. En effet, la section 2-207 de l'U.C.C. a retenu une autre solution, infiniment plus moderne et pratique, comme sous le nom de « *battle of the forms* ». Le pas le plus important a été franchi : quelles qu'aient été les contradictions entre l'offre et l'acceptation, entre les conditions générales de vente et les conditions générales d'achat, le contrat est, comme en droit français, conclu, mais seulement entre commerçants. Les termes additionnels, ceux qui ont modifié l'offre originale — et s'annuleraient en droit français avec les termes correspondants de ladite offre, au profit du droit supplétif —, en font partie, sauf si l'offre excluait expressément toute possibilité de modifier ses termes, ou en cas de distorsion importante modifiant sensiblement les termes de l'offre, ou encore en cas de rejet exprès des termes additionnels par l'offreur dans un délai raisonnable.

Le système de la contre-offre a pourtant été partiellement repris par la Convention de Vienne sur les ventes internationales de

marchandises, qui limite heureusement son application aux éléments complémentaires altérant substantiellement les termes de l'offre¹⁴, et notamment à ceux portant sur le prix, le paiement, la qualité et la quantité des marchandises, le lieu et le moment de livraison, la responsabilité ou le règlement des différends. On peut espérer, vu l'importance de telles stipulations, que l'exportateur français réalisera l'absence d'accord à leur égard, le cas échéant. Soumis à la Convention, il sera par contre immanquablement surpris d'apprendre que les distorsions non substantielles apportées par l'acceptation à son offre la modifient, à moins qu'il ne s'y oppose expressément, ce qu'il ferait bien d'envisager plus systématiquement qu'aujourd'hui.

II. L'EXECUTION DU CONTRAT.

D'importantes distorsions doivent aussi être relevées au stade de l'exécution du contrat, particulièrement dans les contrats de vente (A), mais aussi dans les contrats en général (B).

A. *Les contrats de vente de marchandises.*

Trois exemples montrent bien l'amplitude des distorsions :

1) Le transfert de risques est réglé par la section 2-509 de l'U.C.C. Il a lieu à la livraison, sauf mauvaise exécution ou inexécution du contrat. La Convention de Vienne adopte, quant à elle, le principe du transfert au moment de la remise au premier transporteur¹⁵, lorsque le vendeur assure la charge du transport. A n'en pas douter, ces principes sont bien plus empreints de rationalité économique que le vieil adage « *res perit domino* », toujours en vigueur dans le droit supplétif français, et sont bienvenus.

2) Les Incoterms, CIF, C & F, EX-SHIP, sont aussi des termes spécifiques réglementés par les sections 2-319 et suivantes de l'UCC et ce, de façon très différente des Incoterms de la CCI. D'où l'importance, dans un contrat international soumis au droit américain, de bien préciser « FOB INCOTERM », le cas échéant. En effet, le FOB américain peut s'appliquer à tout moyen de transport et non pas seulement au transport maritime, et se conçoit aussi bien d'un « FOB LIEU D'EXPEDITION » que d'un « FOB LIEU DE LIVRAISON » !. Le risque en cas d'absence de référence expresse aux INCOTERMS, ne paraît pas levé par l'article 9-2 de la Convention, aux termes duquel les parties « sont réputées s'être tacitement référées (...) à tout usage dont elles avaient connaissance ou auraient dû avoir connaissance et qui, dans le commerce international, est largement connu et régulière-

rement observé par les parties à des contrats de même type dans la branche commerciale considérée ».

3) La réserve de propriété n'a pas d'équivalent aux Etats-Unis. On peut certes prendre un « *security agreement* ». Le fournisseur peut même se doter d'un « *purchase money security interest* », mais celui-ci impliquera en principe qu'un enregistrement soit fait auprès de l'administration de l'Etat compétent, et les modalités en varient d'un Etat à l'autre, tant en ce qui concerne les conditions de la sûreté que ses effets. A noter que si la Convention de Vienne prévoit que le vendeur s'oblige au transfert de la propriété¹⁶, elle n'en régit ni les conditions ni les effets¹⁷.

B. *Le trust, institution empruntée par le commerce international.*

A l'inverse, certaines institutions du droit anglo-saxon sont d'un secours précieux au commerçant international, à tel point qu'il les retranspose dans des pays où elles sont inconnues. Il en est ainsi du *trust*, qui n'est pas un contrat, et que nous utilisons comme mécanisme de paiement donnant une grande sécurité au prestataire de services, comme le crédit documentaire irrévocable et confirmé au vendeur de marchandises. Le *trust* est une institution moyen-âgeuse qui permet à une personne, le « *settlor* », de donner des instructions à une seconde personne, le « *trustee* », d'effectuer une opération au bénéfice d'une troisième personne, le « *beneficiary* » si un événement donné se réalise. Il est alors facile d'imaginer que le client donne pour instruction à sa banque, que l'on appellera pour la circonstance la « *bank trustee* », ou un avocat, de payer l'entreprise — ou de lui remettre des effets acceptés — si celle-ci exécute ses obligations, conformément au contrat. Au besoin, le mécanisme sera renforcé par une procédure d'expertise technique qui permettra de déterminer si l'exécution a été ou non conforme.

III. LA RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE.

Les principes généraux de la responsabilité contractuelle sont peut-être plus différents de ceux du droit français. C'est vrai tant en ce qui concerne les conditions de la responsabilité (A), les causes exonératoires (B) que la mise en œuvre de la responsabilité (C).

A. *Les conditions de la responsabilité.*

Le créancier d'une obligation contractuelle ne se voit jamais demander d'établir la faute de son débiteur en droit américain, non plus que dans la Convention de Vienne, où le contrat peut être résolu

par une partie en cas de « contravention essentielle » de l'autre ¹⁸ et des dommages-intérêts demandés en cas de simple « contravention » ¹⁹. Il n'existe pas d'obligation de moyens. La responsabilité est mise en œuvre par la simple preuve de l'inexécution pure et simple d'une obligation absolue.

Mais d'autres questions se posent. Par exemple, le juriste américain et, bientôt avec lui, tous ceux devant appliquer la Convention de Vienne, s'interrogeront sur la qualification de l'inexécution en « *minor* » ou « *material breach* » auquel peut être assimilé la « contravention essentielle ». S'il s'agit d'une « *minor breach* », si une partie substantielle de la prestation a été exécutée, comme par exemple dans le cas d'un retard mineur de construction ou de livraison, la victime ne pourra demander qu'une réparation pécuniaire (« *damages* »). Si par contre, l'inexécution ou la mauvaise exécution porte sur l'une des *conditions* essentielles du contrat (« *material or substantial breach* »), le créancier de l'obligation aura le droit de choisir entre répudier le contrat et obtenir des dommages et intérêts.

L'exécution forcée (« *specific performance* ») est exceptionnelle : elle ressort de l'« *equity* ». C'est dire que ses conditions sont tout à fait rigoureuses, puisque le demandeur d'exécution forcée devra établir que la réparation pécuniaire est inadéquate. Et le nouveau droit conventionnel renvoie à la *lex fori* sur ce point ²⁰.

Le concept d'*anticipatory breach* (contravention anticipée dans la Convention de Vienne ²¹) est lui aussi inconnu des droits romano-germaniques, dans certains desquels le nouveau droit conventionnel l'introduit. Il permet à l'une des parties de différer l'exécution de ses obligations, ou de « déclarer le contrat résolu » lorsqu'il apparaît (dans le premier cas) ou qu'il est manifeste (dans le second) qu'une partie commettra une contravention essentielle au contrat.

B. *Les causes exonératoires.*

Les causes exonératoires n'ont qu'un vague rapport avec celles du droit français. Certes, il existe une impossibilité objective, comparable au cas de force majeure, qui dispense de l'exécution de l'obligation contractuelle. Plus original est le concept de « *frustration* », qui dispense le débiteur d'une obligation de l'exécuter lorsqu'un événement, qui n'était pas raisonnablement prévisible, rend l'objet du contrat très difficilement réalisable ou pratiquement irréalisable, concept nettement plus souple que celui de notre force majeure, et quelque peu emprunt de la théorie de l'imprévision, mais rarement appliqué. Ici encore, la Convention emprunte à la *Common Law* : « 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 empê-

chement indépendant de sa volonté et que l'on ne pouvait 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 »²².

C. La mise en œuvre de la responsabilité contractuelle.

La mise en œuvre de la responsabilité contractuelle présente évidemment un intérêt plus immédiat. Une première question doit être résolue : peut-on ou non fixer préalablement une réparation, dans une clause pénale dont on sait qu'en droit français, le juge tient de l'article 1152 du Code civil une faculté d'ordre public de la modifier si elle est manifestement excessive ou dérisoire ? La réponse est nuancée. Les clauses de « *liquidated damages* », celles qui constituent une authentique pré-estimation du préjudice qui sera subi par la victime, sont valides. Par contre, les *penalties*, les clauses coercitives celles qui prévoient des paiements tels qu'elles constituent des incitations à exécuter démesurées avec l'importance de l'obligation, ne seront ni appliquées telles qu'elles, ni modifiées par le juge : elles sont purement et simplement nulles. L'importance des distorsions en la matière explique probablement que la Convention de Vienne laisse aux droits nationaux le soin de la régir²³.

La liberté contractuelle peut aussi, et peut être surtout s'exprimer sur le terrain des garanties. Le vendeur de marchandises garantit, selon la section 2-314 du l'UCC, la bonne qualité objective de ses produits eu égard aux usages de l'industrie, et aussi qu'ils sont adaptés à un usage normal, voire à l'usage spécifique qu'en fera l'acheteur s'il est connu du vendeur (section 2-315)²⁴. Mais cette garantie de « marchandabilité », de valeur marchande, si elle est implicite, peut être modifiée par les parties expressément. En effet, la section 2-316 prévoit cette faculté, à la condition cependant que le mot « *merchantability* » soit expressément employé dans la limitation, et que celle-ci soit claire, soit qu'une mention « *as is* » (en l'état) ou « *with all faults* » (avec tous ses défauts), soit encore que la limitation soit implicite mais certaine (examen préalable par l'acheteur). Et le caractère supplétif de la Convention de Vienne donne évidemment aux parties toute latitude à ce sujet. Quant au délai dans lequel un éventuel défaut doit être dénoncé, elle emprunte à chacun des systèmes : le bref délai à compter de la constatation ou du moment où elle aurait dû avoir lieu, et un délai butoir de deux ans à compter de la remise des marchandises²⁵, à comparer à celui de quatre ans de la section 2-275 de l'U.C.C.

En conclusion, le droit américain des contrats apparaît donc comme plus libéral, mais aussi particulièrement différent de son

homologue français. On ne peut dès lors que s'inquiéter des nombreux emprunts faits par la Convention des Nations-Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises au droit américain.

L'uniformisation opérée, en effet, n'exclut pas que les droits nationaux doivent être consultés, notamment en cas de silence de la Convention, comme dans le cas des pénalités, ou de problème d'interprétation. Or, des difficultés certaines ne manqueront pas de surgir lorsqu'il faudra interpréter certains concepts conventionnels à propos de contrats soumis au droit français — ou à un autre droit qui ne soit pas de *Common Law* — ces concepts anglo-saxons étant alors greffés dans un système juridique auquel ils sont profondément étrangers. Comment, par exemple, une juridiction française appliquant le droit français interprétera-t-elle la « contravention essentielle » ? La « dualité des normes »²⁶ peut être un facteur d'imprévisibilité juridique trop grand lorsque c'est le droit français qui est la seconde norme, au moins jusqu'à ce qu'une jurisprudence soit suffisamment établie. Raison supplémentaire pour les parties de stipuler expressément l'application du droit d'un Etat américain, plus immédiatement compatible avec le nouveau droit conventionnel.

NOTES

1. Ainsi d'ailleurs que l'Argentine, l'Egypte, la Hongrie, le Lésoto, la Syrie, l'Autriche, la Bulgarie, le Vénézuéla et la Yougoslavie.

2. Pour une étude de la Convention dans ses rapports avec les législations nationales, cf. J. Thieffry et C. Granier, « La vente internationale », CFCE, Paris, 1985.

3. Article 6.

4. J. Thieffry et C. Granier, *op. cit.*

5. Cf. C. Lecuyer-Thieffry et P. Thieffry, « Le règlement des litiges en matières civile et commerciale avec les Etats-Unis », éd. Jupiter, Paris, 1986.

6. Outre la faculté d'exclusion totale, la Convention de Vienne prévoit que les parties peuvent déroger à l'une quelconque de ses dispositions ou en modifier les effets (sauf en ce qui concerne l'exigence de certains formalismes pouvant éventuellement être imposés par réserve expresse de certains Etats contractants).

7. Article 11 de la Convention (mais il en va autrement en cas de déclaration par l'Etat contractant dans lequel une des parties a son établissement.

8. Article 29 de la convention.

9. C. Lecuyer-Thieffry et P. Thieffry, *op. cit.*, p. 139 et suivants.

10. U.C.C. section 2-205.

11. Article 16-2 (a) de la Convention.

12. Article 14-2 de la Convention.

13. Article 19-1 de la Convention.

14. Articles 19-2 et 19-3 de la Convention.

15. Article 67 de la Convention.

16. Article 30 de la Convention.

17. Article 4 (b) de la Convention.

18. Articles 49 et 64 de la Convention.

19. Article 74 de la Convention.

20. Article 28 de la Convention.

21. Articles 71 et suivants de la Convention.

22. Article 79 de la Convention.

23. Jean Thieffry et Chantal Granier, *op. cit.*, p. 101.

24. Cf. dans le même sens, les articles 35 et 36 de la Convention de Vienne.

25. Article 39 de la Convention.

26. Jean Thieffry et Chantal Granier, *op. cit.*, p. 46.