www.jusletter.ch

# Arnaud Parreaux

# Le droit suisse des ventes internationales de marchandises

La contribution expose les conséquences juridiques non désirées par des parties à des contrats de vente internationale de marchandises lorsque celles-ci choisissent d'élire le droit suisse à titre de droit applicable à leurs rapports contractuels.

Catégories d'articles : Contributions

Domaines juridiques : Contrat de vente ; Droit de commerce international

Proposition de citation : Arnaud Parreaux, Le droit suisse des ventes internationales de marchandises, in : Jusletter 8 novembre 2021

#### Table des matières

- I. Introduction
  - A. La réglementation suisse de contrats internationaux
  - B. Le champ d'application matériel de la réglementation
- II. Dans la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises du 11 avril 1980
  - A. Le contrat de vente internationale
  - B. « Le contrat d'entreprise internationale »
    - Les éléments matériels nécessaires
    - ii. La part essentielle
  - C. Des contrats mixtes
    - i. La prestation de services
    - ii. La part prépondérante
- III. Dans le Code Suisse des obligations du 30 mars 1911
  - A. Le contrat de vente
  - B. Le contrat de livraison d'ouvrage
  - C. Le contrat de vente avec obligation de montage
- IV. Conclusion
  - A. Les contrats communs
  - B. Les conséquences

#### I. Introduction

# A. La réglementation suisse de contrats internationaux

- [1] En adhérant à la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (ci-après : Convention)<sup>1</sup>, la Suisse<sup>2</sup> ainsi que 91 autres pays du monde<sup>3</sup> se sont dotés d'une législation uniforme s'appliquant uniquement à des opérations internationales<sup>4</sup>.
- [2] Cette législation uniforme, au titre évocateur, ne trouve application, territorialement parlant, qu'en présence de contrats<sup>5</sup> « internationaux »<sup>6</sup>, c'est-à-dire lorsque les parties sont établies dans des États différents<sup>7</sup> au moment de la conclusion du contrat<sup>8</sup>. Condition préalable à l'application

<sup>1</sup> Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, RS 0.221.211.1.

Adhésion le 21 février 1990 et entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 1991.

<sup>3</sup> https://uncitral.un.org/en/cisg40.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Ana Elizabeth Villalta Vizcarra, La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandise, pp. 35 ss in : CNUDCI – Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Trente-cinq ans de droit des ventes uniforme : Tendances et perspectives, Nations Unies, New-York, 2016, p. 36.

La Convention régit le contrat de vente internationale, « le contrat d'entreprise internationale » et certains contrats mixtes, raison pour laquelle nous employons ici le terme de « contrats » dans un sens large.

SYLVAIN MARCHAND, Les limites de l'uniformisation matérielle du droit de la vente internationale : mise en oeuvre de la Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises dans le contexte juridique suisse, Bâle : Helbing & Lichtenhahn, 1994, p. 67; Karl H. Neumayer/Catherine Ming, Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises, CEDIDAC – Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne Band/Nr. 24, 1993, ad art. 1, N. 4.

Tribunale di Padova (Italy), 25 février 2004, cause Nr. 40552, CLOUT n°0, CISG-online 819; Tribunale di Rimini (Italy), 26 novembre 2002, cause 3095, CLOUT n° 608; CISG-online 737.

Tribunale di Forli (Italy), 11 decémbre 2008, cause 2280/2007, CLOUT n°867, CISG-online 1729; Tribunale di Padova (Italy), 25 février 2004, cause Nr. 40552, CLOUT n°0, CISG-online 819; Oberlandesgericht Dresden (Germany), 27 décembre 1999, Clout n°0, cause 2 U 2723/99, CISG-online 511.

de la Convention prescrite dans ses premières dispositions dont nous nous proposons de résumer les variantes qui s'y rapportent.

- [3] En premier lieu, la Convention s'applique à des contrats conclus entre des parties ayant leur établissement dans l'un de ses États contractants, ses dispositions étant ainsi directement applicables sans qu'il soit nécessaire de recourir au droit international privé pour déterminer la loi du contrat. A titre illustratif, si une partie établie en Suisse conclut un contrat avec son cocontractant, lui-même établi dans un autre État signataire de la Convention, celle-ci s'appliquera en qualité de convention internationale en vertu de l'art. 1 al. 1 let. a CVIM<sup>9</sup>.
- [4] En second lieu, la Convention peut s'appliquer également à un contrat lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un État contractant. En d'autres termes, il se peut que la Convention s'applique « indirectement » en qualité de droit suisse à un contrat lorsque l'un des cocontractants à un contrat international est établi dans un État non partie à la Convention mais que les règles du droit international privé du for conduisent à l'application du droit suisse (art. 1 al. 1 let. b CVIM)<sup>10</sup>.
- [5] Enfin, autre facteur d'application de la Convention, indépendamment d'un établissement par les parties dans des États différents signataires ou non de la Convention, est la volonté des parties tiré du principe général de l'autonomie de la volonté des parties<sup>11</sup> de soumettre leur contrat au « droit suisse ».
- [6] En effet, si un vendeur allemand et un acheteur hongrois concluent un contrat dans lequel figure une clause faisant élection du « droit suisse » comme droit applicable, le contrat sera soumis à la Convention puisque celle-ci fait partie intégrante du droit suisse<sup>12</sup>. Par conséquent, la Convention sera applicable si les parties ne l'excluent pas expressément lorsqu'elles se référeront dans leurs contrats au « droit suisse »<sup>13</sup>, c'est-à-dire en ne l'excluant pas par un accord clair<sup>14</sup>, non équivoque<sup>15</sup> et exprès<sup>16</sup>.

JEAN-PAUL VUILLIETY, Le transfert des risques dans la vente internationale : comparaison entre le code suisse des obligations et la Convention de Vienne des Nations Unies du 11 avril 1980, Bâle : Helbing & Lichtenhahn, 1998, p. 47.

<sup>10</sup> Christiana Fountoulakis, La vente internationale – quelques développements récents, notamment dans la jurisprudence des tribunaux suisses relative à la CVIM et à la Convention de Lugano, in : Pascal Pichonnaz/Franz Werro (éds.), La pratique contractuelle 4, Symposium en droit des contrats, Schulthess Médias Juridiques SA, Genève/Zurich/Bâle 2015, p. 83.

 $<sup>^{11}</sup>$   $\,$  Tribunale di Padova (Italy), 25 février 2004, cause Nr. 40552, CLOUT n°0, CISG-online 819.

Arrêt du TF 4A\_543/2018 du 28 mai 2019, c 3ss; RSJ 116/2020 p. 424, 426; Sylvain Marchand, L'évolution de la jurisprudence récente en matière de contrats de vente (1994–2004), in : Pierre Engel et al. (éds.), Evolution récente du droit des obligations : travaux de la journée d'étude organisée à l'Université de Lausanne le 10 février 2004, Lausanne : Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne, 2004, p. 89; Diana Akikol, Die Voraussetzungen der Sachmängelhaftung beim Warenkauf : Obligationenrecht und UN-Kaufrecht (CISG), Schulthess Juristische Medien AG, Zurich, 2008, p. 8.

Tribunal cantonal du canton de Vaud, 8 décembre 2000, in : RSDIE 1/2002, p. 147.

Cour de Cassation (France), 3 novembre 2009, cause T 08-12.399, CLOUT n°0, CISG-online 2004; Oberlandesgericht Linz (Austria), 23 janvier 2006, cause 6 R 160/05z, CLOUT N°0, CISG-online 1377; Tribunal Cantonal du Jura (Switzerland), 3 novembre 2004, cause Ap 91/04, CLOUT N°904, CISG-online 965; U.S. District Court for the Northern District of California USA, 27 juillet 2001, cause C 01-20230 JW, CLOUT n° 0, CISG-online 616; Tribunal de Commerce de Namur (Belgium), 15 janvier 2002, cause 985/01, CLOUT n° 0, CISG-online 759.

Oberster Gerichtshof (Austria), 4 juillet 2007, cause 2 Ob 95/06v, CLOUT N°1059, CISG-online 1560; Oberlandes-gericht Linz (Austria), 23 janvier 2006, cause 6 R 160/05z, CLOUT N°0, CISG-online 1377.

U.S. District Court for the Middle District of Pennsylvania (USA), 16 août 2005, cause Civ.A. 1:05-CV-650, CISG-online 1104.

- [7] Diverses juridictions suisses (instances cantonales) et étrangères se sont penchées sur la question de savoir si les parties pouvaient également exclure implicitement l'application de la Convention. Question qui s'est soldée par une réponse positive<sup>17</sup>, néanmoins nuancée à la condition que l'intention des parties de l'exclure soit claire<sup>18</sup> et réelle<sup>19</sup>.
- [8] Cette opinion a été suivie récemment, cette fois-ci, par notre Haute Cour helvétique<sup>20</sup> laquelle est arrivée à la conclusion qu'une exclusion implicite de la Convention est certes admissible<sup>21</sup> mais doit se fonder sur des éléments concrets démontrant la volonté des parties de l'exclure<sup>22</sup>. Ainsi, la Convention ne s'appliquera pas si les conditions de son exclusion implicite sont remplies.
- [9] Par conséquent, quand bien même la Suisse a adhéré à la Convention, la réglementation applicable à un contrat international peut au regard du principe cardinal de l'autonomie de la volonté des parties<sup>23</sup> relever soit du droit uniforme la Convention soit du droit purement interne suisse, à savoir le Code Suisse des obligations.

# B. Le champ d'application matériel de la réglementation

- [10] Comme évoqué précédemment, la Convention et le Code suisse des obligations peuvent former la réglementation suisse de certains contrats internationaux.
- [11] La présente contribution vise ainsi à établir une nomenclature de contrats internationaux similaires à la Convention et au Code suisse des obligations laquelle permettra de mettre en lumière les conséquences juridiques liées à l'application non désirée par un co-contractant à ces types de contrats de la Convention ou du Code suisse des obligations à un futur litige.

4

Cour d'appel de Rouen (France), 26 septembre 2013, cause 11/04939, CLOUT n° 0, CISG-online 2551; Oberster Gerichtshof (Austria), 2 avril 2009, cause 8 Ob 125/08b, CLOUT n°1057, CISG-online 1889; Oberlandesgericht Hamm (Germany), 2 avril 2009, cause 28 U 107/08, CLOUT n°0, CISG-online 1978; Obergericht des Kantons Aargau (Switzerland), 3 mars 2009, cause ZOR.2008.16 / eb, CLOUT n° 0, CISG-online 2013; Tribunale di Forli (Italy), 16 février 2009, CLOUT n°0; CISG-online 1780; Yugoslav Chamber of Commerce (Arbitration), 28 janvier 2009, cause T-8/08, CLOUT n°0, CISG-online 1856; Handelsgericht des Kantons Bern (Switzerland), 19 mai 2008, cause HG 06 36/SCA, CLOUT N°0, CISG-online 1738; Oberster Gerichtshof (Austria), 4 juillet 2007, cause 2 Ob 95/06v, CLOUT N°1059, CISG-online 1560; Oberlandesgericht Linz (Austria), 23 janvier 2006, cause 6 R 160/05z, CLOUT N°0, CISG-online 1377; Tribunale di Padova (Italy), 11 janvier 2005, CLOUT n° 651; CISG-online 967; Tribunal Cantonal de Vaud (Switzerland), 11 avril 2002, cause CO97.002109, CLOUT n° 880, CISG-online 899.

Oberlandesgericht Linz (Austria), 23 janvier 2006, cause 6 R 160/05z, CLOUT N°0, CISG-online 1377; Tribunal Cantonal du Jura (Switzerland), 3 novembre 2004, cause Ap 91/04, CLOUT N°904, CISG-online 965; U.S. Court of Appeals (5th Cir.) (USA), 11 juin 2003, cause 02-20166, CLOUT n° 575, CISG-online 730; Oberster Gerichtshof (Austria), 22 octobre 2001, cause 1 Ob 77/01g, CLOUT N°605, CISG-online 614.

<sup>19</sup> Tribunal Cantonal du Jura (Switzerland), 3 novembre 2004, cause Ap 91/04, CLOUT N°904, CISG-online 965.

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> Arrêt du TF 4A 543/2018 du 28 mai 2019.

<sup>21</sup> FF 1989 I 709, p. 728; Peter Schlechtriem/Claude Witz, Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises, Editions Dalloz, Paris, 2008, pp. 20–21.

L'un des éléments concrets qui fût analysé était les termes employés par les parties dans la documentation contractuelle comprenant également les conditions générales.

JEAN-PAUL VUILLIETY, (nbp 9), p. 48.

# II. Dans la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises du 11 avril 1980

## A. Le contrat de vente internationale

- [12] Si bon nombre de lois traitent de leurs champs d'application dans leurs premiers articles, la Convention ne déroge pas à cette systématique puisque ses champs d'application respectifs à raison du lieu, de la personne et de la matière sont traités à ses articles 1 à 6.
- [13] Les deux premiers ayant été abordés précédemment, seul son champ d'application matériel, énoncé à son art. 1 par. 1 en ces termes : « la présente Convention s'applique aux contrats de vente de marchandises... »<sup>24</sup> sera l'objet de notre attention puisqu'il nous permettra de constituer une partie de notre matrice de contrats communs à cette dernière et au Code suisse des obligations.
- [14] Il ressort de cette formule générale que la Convention s'est construite autour de deux termes indéterminés, l'un juridique la vente –, l'autre les marchandises issus de la pratique commerciale.
- [15] L'absence de définition du premier terme dans la Convention<sup>25</sup> n'est pas nouveau pour les juristes puisqu'il s'agit d'une résurgence du passé : la loi uniforme sur la vente internationale des biens mobiliers corporels (ci-après : LUVI) ne définissait, elle aussi, pas le terme de « vente »<sup>26</sup>.
- [16] Deux explications contradictoires<sup>27</sup> plaident en faveur de cette absence de définition : soit les auteurs de la Convention n'ont pas estimé nécessaire de définir cette notion car elle était similaire aux définitions données pour ce type de contrat dans les différents systèmes juridiques, soit les divergences nationales étaient telles qu'aucune définition autonome n'a pu émerger<sup>28</sup>.

<sup>44</sup> H. ERCÜMENT ERDEM, La livraison des marchandises selon la Convention de Vienne, Editions Universitaires Fribourg Suisse, 1990, p. 31.

Franco Ferrari, Contracts for the International Sale of Goods, Applicability and Applications of the 1980 United Nations Sales Convention, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2012, p. 97; INGEBORG SCHWENZER/ Pascal Hachem, p. 30, in: Peter Schlechtriem/Ingeborg Schwenzer (éds.), Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), 4ème éd. (Edited by Ingeborg Schwenzer), Oxford/Munich: Oxford University Press/Verlag C.H. Beck, 2016; Peter Mankowski, Commercial Law, Article-by-Article Commentary, Beck-Hart-Nomos, 2019, p. 12; Sieg Eiselen, Scope of CISG, in: Larry A. DiMatteo/André Janssen/Ulrich Magnus/Reiner Schulze (éds.), International Sales Law, Contract, Principles & Practice, C.H. Beck-Hart-Nomos, 2016, p. 103; Marie-Elodie Ancel/Pascale Deumier/Malik Laazouzi, Droit des contrats internationaux, 2ème éd., Editions Dalloz, 2020, N. 594; François Ott/Pascal Mattey, Le commerce international des marchandises, Schulthess Editions romandes, 2010, p. 22; Franco Ferrari, Contrat de vente internationale, Applicabilité et applications de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises, 2e édition entièrement revue, Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2005, p. 73; Patrick Wautelet, Une Nouvelle convention pour la vente internationale de marchandises, Kluwer Editions Juridiques Belgique, 1998, 6 RGDC/TBBR 389, p. 405; Tribunale di Forlì (Italie), 11 décembre 2008, cause 2280/2007; CLOUT n° 867; CISG-online 1729; Tribunale di Padova (Italy), 11 janvier 2005, CLOUT n° 651; CISG-online 967; Tribunale di Rimini (Italy), 26 novembre 2002, cause 3095, CLOUT n° 608; CISG-online 737; Kantonsgericht Schaffhausen (Switzerland), 25 février 2002, cause 12/1997/322, CISG-online 72; Cour d'appel de Colmar (France), 12 juin 2001, cause 1 A 199800359, CLOUT n° 0, CISG-online 694; Oberster Gerichtshof (Austria), 10 novembre 1994, cause 2 Ob 547/93, CLOUT n°106, CISG-online 117.

<sup>26</sup> H. Ercüment Erdem, (nbp 24), p. 32.

Franco Ferrari, Contrat de vente internationale, (nbp 25), p. 74.

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> Franco Ferrari, (nbp 25), p. 98.

- [17] Confronté à cette absence de définition, jurisprudence et doctrine ont su en reconstituer une, autonome<sup>29</sup>, ceci par le biais d'une interprétation des articles 30 et 53<sup>30</sup> qui exposent les obligations afférentes au vendeur et à l'acheteur<sup>31</sup>.
- [18] Ainsi, le contrat de vente peut être défini comme un contrat par lequel une partie, le vendeur, s'oblige à livrer les marchandises et à en transférer la propriété, et cas échéant à remettre les documents y relatifs, alors que l'autre partie, l'acheteur, s'oblige à payer le prix et à accepter les marchandises<sup>32</sup>.
- [19] Cette définition permet de nous acheminer vers le second terme indéterminé qui n'est autre que l'objet de ce contrat : les marchandises.

Tribunale di Forli (Italy), 16 février 2009, CLOUT n°0, CISG-online 1780.

Tribunale di Forli (Italy), 16 février 2009, CLOUT n°0, CISG-online 1780; Tribunale di Forli (Italy), 11 decémbre 2008, cause 2280/2007, CLOUT n°867, CISG-online 1729; Tribunale di Padova (Italy), 11 janvier 2005, CLOUT n° 651, CISG-online 967; Tribunale di Padova (Italy), 25 février 2004, cause Nr. 40552, CLOUT n°0, CISG-online 819; Tribunale di Rimini (Italy), 26 novembre 2002, cause 3095, CLOUT n° 608, CISG-online 737; Kantonsgericht Schaffhausen (Switzerland), 25 février 2002, cause 12/1997/322, CISG-online 72; Tribunal Cantonal de Vaud (Switzerland), 11 mars 1996, cause 01 93 1061 - 164/96/BA, CLOUT n° 211, CISG-online 33; Jelena Perovi, (nbp 30), p. 181, N. 2.1; Sieg Eiselen, (nbp 25), p. 103; Peter Mankowski, (nbp 25), p. 12; Peter Schlechtriem/ Claude Witz, (nbp 21), p. 375, 392.

<sup>31</sup> Christoph Brunner/Benjamin Gottlieb, Commentary on the UN Sales Law (CISG), Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Wolters Kluwer, 2019, ad art. 2 CISG, N. 7; Nadine Watté/Arnaud Nuyts, Le champ d'application de la Convention de Vienne sur la vente internationale: la théorie à l'épreuve de la pratique, 130 J.D.I. 365, 2003, p. 370; FF 1989 I 709, p. 716.

<sup>32</sup> H. Ercüment Erdem, (nbp 24), p. 32; Mélanie Mader, Contrats de droit suisse, PdS – Précis de droit Stämpfli, 2012, p. 22; Robert S. Rendel, The new United Nations Convention on International Sales Contracts, pp. 23 ss, in: Brooklyn Journal of International Law, Brooklyn N.Y. 1989; Tribunal Cantonal du Valais (Switzerland), 19 août 2003, cause C1 03 100, CLOUT n°0, CISG-online 895.

[20] La Convention ne l'a également pas défini<sup>33</sup>, du moins positivement, puisque seul son article 2 énonce que certaines marchandises ne peuvent faire l'objet d'un contrat de vente internationale<sup>34</sup>. Une jurisprudence et doctrine éprouvées, suisses et étrangères, ont permis de préciser ce terme lequel a finalement été défini comme suit : les marchandises sont tous les objets<sup>35</sup> qui, au moment de la livraison<sup>36</sup>, sont des « meubles et corporels »<sup>37</sup>, peu importe leur forme matérielle<sup>38</sup>, qu'ils soient solides ou non<sup>39</sup>, usagés ou neufs<sup>40</sup>, vivants ou inanimés<sup>41</sup>.

[21] Il convient de préciser que, même si les objets doivent être qualifiés de « mobiliers » au moment de la livraison, ils n'ont pas besoin de l'être au moment de la conclusion du contrat : il est ainsi possible de conclure à la vente d'une partie intégrante d'une chose immobilière avant que la première ne soit séparée de la seconde<sup>42</sup>. La situation inverse est également possible, à savoir qu'une « partie intégrante » non encore fixée de manière permanente à un immeuble mais devant l'être peut faire l'objet d'un contrat de vente internationale régi par la Convention<sup>43</sup>.

<sup>33</sup> INGEBORG SCHWENZER/CHRISTIANA FOUNTOULAKIS/MARIEL DIMSEY, International Sales Law: A Guide to the CISG, 2ème éd., Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2012, p. 5; DANIEL FRITZ, Uniformity in the Application of CISG Provisions, A Case Analysis on Selected Issues, Diplomica Verlag GmbH, Hamburg, 2009, p. 30.

Patrick Wautelet, (nbp 25), p. 410; François Ott/Pascal Mattey, (nbp 25), p. 23.

<sup>35</sup> Christoph Brunner/Michael Feit, UN-Kaufrecht – CISG Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980 – Unter Berücksichtigung der Schnittstellen zum internen Schweizer Recht, SHK – Stämpflis Handkommentar, 2ème éd., 2014, ad art. 3, N. 5; Franco Ferrari, Contrat de vente internationale, (nbp 25), p. 94.

Tribunale di Forli (Italy), 16 février 2009, CLOUT n°0, CISG-online 1780; Tribunale di Padova (Italy), 25 février 2004, cause Nr. 40552, CLOUT n°0, CISG-online 819; Tribunale di Rimini (Italy), 26 novembre 2002, cause 3095, CLOUT n° 608, CISG-online 737; Cour d'appel de Grenoble (France), 26 avril 1995, cause 93/1613, CLOUT n°151, CISG-online 153

Peter Mankowski, (nbp 25), p. 23; Christoph Brunner/Benjamin Gottlieb, (nbp 31), ad art. 2 CISG, N. 2; José Angelo Estrella Faria, Another BRIC in the wall: Brazil joins the CISG, Uniform Law Review, Volume 20, Issue 2–3, August 2015, p. 217; Pierre Tercier/Laurent Bieri/Blaise Carron, Les contrats spéciaux, 5ème éd., Schulthess Editions romandes, 2016, N. 1306; Tribunale di Forli (Italy), 16 février 2009, CLOUT n°0; CISG-online 1780; Tribunale di Forlì (Italie), 11 décembre 2008, cause 2280/2007, CLOUT n° 867, CISG-online 1729; Tribunale di Padova (Italy), 11 janvier 2005, CLOUT n° 651, CISG-online 967; Tribunale di Padova (Italy), 25 février 2004, cause Nr. 40552, CLOUT n°0, CISG-online 819; Kantonsgericht Zug (Switzerland), 21 octobre 1999, CLOUT n° 328, CISG-online 491; Tribunale di Pavia (Italy), 29 décembre 1999, CLOUT n°0, CISG-online 678; Oberlandesgericht Köln (Germany), 21 mai 1996, cause 22 U 4/96, CLOUT n°168, CISG-online 254; Oberlandesgericht Köln (Germany), 26 août 1994, cause 19 U 282/93, CLOUT n°122, CISG-online 132; Oberster Gerichtshof (Austria), 10 novembre 1994, cause 2 Ob 547/93, CLOUT n°106, CISG-online 117.

Tribunale di Forli (Italy), 16 février 2009, CLOUT n°0, CISG-online 1780; Tribunale di Forlì (Italie), 11 décembre 2008, cause 2280/2007, CLOUT n° 867, CISG-online 1729.

Oberster Gerichtshof (Austria), 6 février 1996, cause 1 Ob 518/95, CLOUT n° 176, CISG-online 224.

Tribunale di Forli (Italy), 16 février 2009, CLOUT n°0, CISG-online 1780; Tribunale di Forlì (Italie), 11 décembre 2008, cause 2280/2007, CLOUT n° 867, CISG-online 1729; Oberlandesgericht Köln (Germany), 21 mai 1996, cause 22 U 4/96, CLOUT n°168, CISG-online 254.

Tribunale di Forli (Italy), 16 février 2009, CLOUT n°0, CISG-online 1780, Tribunale di Forlì (Italie), 11 décembre 2008, cause 2280/2007, CLOUT n° 867; Københavns Byret (Denmark), 19 octobre 2007, cause BS 01-6B-2625/2005, CLOUT n° 992, CISG-online 2150; Tribunale di Padova (Italy), 11 janvier 2005, CLOUT n° 651, CISG-online 967; Oberlandesgericht Schleswig (Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht) (Germany), 29 octobre 2002, cause 3 U 54/01, CLOUT n°0, CISG-online 717; Landgericht Flensburg (Germany), 19 janvier 2001, cause 4 O 369/99, CLOUT n°0, CISG-online 619; Oberlandesgericht Jena (Thüringer Oberlandesgericht) (Germany), 26 mai 1998, cause 8 U 1667/97, CLOUT n° 280, CISG-online 513; Cour d'appel de Paris (France), 14 janvier 1998, CLOUT n° 312, CISG-online 347; Oberster Gerichtshof (Austria), 10 novembre 1994, cause 2 Ob 547/93, CLOUT n°106, CISG-online 117; Arrondissementsrechtbank Arnhem (Netherlands), 30 décembre 1993, cause 1992/1251, CLOUT n° 100, CISG-online 104.

<sup>42</sup> ROLF HERBER/BEATE CZERWENKA, Internationales Kaufrecht. Kommentar zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf, Munich 1991, ad art. 1, N. 7: « Tuiles ou volets d'une chose immobilière ».

<sup>43</sup> Schwenzer/Hachem, (nbp 25), p. 34; JdT 2013 II p. 163, 167; Arrêt du TF 4A\_753/2011 du 16 juillet 2012 c. 2.2.

[22] A la lecture de ce qui précède, il est important, pour la suite de notre étude, de dresser un constat intermédiaire : non seulement la Convention ne traite pas de la vente internationale de biens immeubles<sup>44</sup> mais elle ne traite également pas de la vente de biens incorporels tels que les créances, les droits de propriété industrielle, une part d'une société à responsabilité limitée ou encore le savoir-faire<sup>45</sup> aussi longtemps qu'ils ne sont pas incorporés dans un objet corporel (livre, disque, etc...)<sup>46</sup>.

[23] Cette nuance a également été appliquée au domaine très complexe de l'informatique. S'il est évident que du matériel informatique (hardware) constitue une marchandise<sup>47</sup> et partant susceptible d'être l'objet d'un contrat de vente internationale, l'inclusion des logiciels (software) dans cette notion a, quant à elle, fortement été débattue<sup>48</sup> dans la mesure où leur constitution diverge d'un bien mobilier traditionnel que la Convention régit<sup>49</sup>.

[24] Dans son acception la plus large, le logiciel se définit comme « l'ensemble des programmes, procédés et règles, éventuellement de la documentation<sup>50</sup>, relatifs au fonctionnement d'un ensemble de traitement de données »<sup>51</sup>, étant précisé que ses éléments fondamentaux sont les programmes<sup>52</sup> soit « un ensemble d'instructions pouvant, une fois transposées sur un support déchiffrable par une machine, faire indiquer, faire accomplir ou faire obtenir une fonction, une tâche ou un résultat particulier par un machine capable de faire du traitement de l'information »<sup>53</sup>. Il faut donc bien se garder d'utiliser les termes « programmes » et « logiciel » comme des synonymes.

[25] C'est ainsi en raison de son aspect immatériel que le logiciel ne peut être considéré comme une marchandise.

[26] Afin de remédier à ce problème d'intégration, doctrine et jurisprudence se sont concentrées sur le mode de délivrance du logiciel en prenant comme fer de lance le logiciel standard (« progiciel »), logiciel élaboré pour répondre aux besoins d'un nombre indéterminé d'utilisateurs<sup>54</sup>. Elles ont ainsi reconnu que ce type de logiciels pouvait être qualifié de marchandise uniquement

<sup>44</sup> Peter Mankowski, (nbp 25), p. 14; Peter Schlechtriem, Requirements of application and Sphere of applicability of the CISG, Victoria University of Wellington Law Review (2005/4), p. 786.

PETER SCHLECHTRIEM, (nbp 44), p. 786; José Angelo Estrella Faria, (nbp 37), p. 217; Pierre Tercier/Laurent Bieri/Blaise Carron, (nbp 37), N. 1306; Peter Schlechtriem/Petra Butler, UN Law on International Sales – The UN Convention on the International Sale of Goods, Springer-Verlag Berlin/Heidelberg, 2009, p. 29; Peter Mankowski, (nbp 25), p. 14; Tribunal Cantonal du Valais (Switzerland), 2 décembre 2002, cause C1 01 95, CLOUT n°0, CISG-online 733; Tribunale di Vigevano (Italy), 12 juillet 2000, cause 405, CISG-online 493.

Karl H. Neumayer/Catherine Ming, (nbp 6), ad art. 1, N. 3.

Landgericht München I (Germany), 29 mai 1995, cause 21 O 23363/94, Clout n°0, CISG-online 235.

Peter Schlechtriem/Claude Witz, (nbp 21), p. 36.

<sup>&</sup>lt;sup>49</sup> Sarah Green/Djakhongir Saidov, Software as Goods, Journal of Business Law, (March 2007), p. 161.

<sup>50</sup> Hubert Bitan, Contrat et litiges en informatique, La délivrance du logiciel, Presse Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de droit et de Science Politique, 1996, p. 118.

Frédérique Toubol, Le logiciel, Analyse juridique, Fondation pour l'Etude du droit et des Usages du Commerce International, FEDUCI – L.G.D.J, Paris, 1986, p.12.

Frédérique Toubol, (nbp 51), p. 12; Hubert Bitan, (nbp 50), p. 27.

Frédérique Toubol, (nbp 51), p. 12.

FRÉDÉRIQUE TOUBOL, (nbp 51), p. 205; HUBERT BITAN, (nbp 50), p. 39; THOMAS BEVILACQUA, L'article 3 de la Convention de Vienne et les contrats complexes dans le domaine de l'informatique: une lecture de la jurisprudence pertinente, (2005) 50 R.D. McGill 553, p. 555; Chris Reed, Computer Law, 7ème éd., Oxford University Press, 2011, p. 47; Trevor Cox, Chaos versus uniformity: the divergent views of software in the International community, Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration, 2000, issue 4, p. 1.

en raison du fait qu'il est le résultat d'une activité intellectuelle intégré dans des biens corporels (CD-ROM, disques, puce, etc.)<sup>55</sup>.

[27] Ainsi, l'intégration du logiciel standard sur un support tangible est la condition permettant à celui-ci d'être qualifié de marchandise au sens de la Convention<sup>56</sup>. Partant, il suit la même logique que les autres biens immatériels mentionnés ci-avant pourront, eux aussi, être objets d'un contrat de vente internationale pour autant que les parties aient prévu une cession définitive de l'usage du logiciel et que celle-ci soit exécutée à titre onéreux<sup>57</sup>.

# B. « Le contrat d'entreprise internationale »

[28] Autre contrat ayant sa place dans notre matrice de contrats communs à la Convention et au Code Suisse des obligations est « le contrat d'entreprise internationale » <sup>58</sup>.

[29] Si, sur le plan de ses champs d'application personnel et territorial ce type de contrat observe les mêmes exigences que le contrat de vente par excellence, il en va différemment de son champ d'application matériel puisque ce type de contrat met en scène d'autres obligations à côté de l'échange traditionnel de biens contre une somme d'argent<sup>59</sup>.

[30] A teneur de l'art. 3 al. 1 de la Convention, sont réputés ventes, les contrats de fourniture de marchandises à fabriquer ou à produire à moins que la partie qui commande celles-ci n'ait à fournir une part essentielle des éléments matériels nécessaires à cette fabrication ou production.

[31] Le libellé de cette disposition est pour le moins déconcertant. En effet, la Convention étend, dans sa première phrase, son champ d'application matériel à un type de contrat impliquant une activité supplémentaire par rapport aux contrats de ventes de marchandises déjà fabriquées<sup>60</sup> et, dans sa seconde phrase, elle en limite cette extension pour le cas où l'acheteur des marchandises devant être manufacturées ou produites fournit une « part essentielle » des « éléments matériels nécessaires » à leur fabrication ou à leur production<sup>61</sup>.

[32] A toutes fins utiles, notons que le produit final visé par cette disposition est le même que l'objet du contrat de vente mentionné précédemment, à savoir une marchandise<sup>62</sup>. Dans cette mesure, ce produit final constitue lui aussi une limite à l'extension de ce type de contrat eu égard à la définition qui en a été esquissée.

9

Oberlandesgericht Köln (Germany), 26 août 1994, cause 19 U 282/93, Clout n° 122, CISG-online 132; Landgericht München I (Germany), 8 février 1995, cause 8 HKO 24667/93, Clout n° 131, CISG-online 203; Bundesgerichtshof (Germany), 27 juin 2007, cause X ZR 15/05, Clout n°0, CISG-online 1823; Oberster Gerichtshof (Austria), 21 juin 2005, cause 5 Ob 45/05m, Clout n° 749, CISG-online 1047; Peter Schlechtriem/Petra Butler, (nbp 45), p. 29; Hubert Bitan, (nbp 50), p. 105; Jacob Ziegel, The Scope of the Convention: Reaching out to Article One and Beyond, Journal of Law and Commerce, vol. 25, no. 1, Fall 2005, p. 59.

Sarah Green/Djakhongir Saidov, (nbp 49), p. 163.

<sup>57</sup> Schwenzer/Hachem, (nbp 25), p. 34; Sieg Eiselen, (nbp 25), p. 103; Sarah Green/Djakhongir Saidov, (nbp 49), p. 173.

Peter Gauch, Le contrat d'entreprise, Schulthess Juristische Medien AG, 1999, N. 361 : « (...) ou les contrats innommés internationaux qui renferment des éléments relevant du contrat d'entreprise ».

<sup>&</sup>lt;sup>59</sup> Franco Ferrari, (nbp 25), p. 108.

 $<sup>^{60}</sup>$  Karl H. Neumayer/Catherine Ming, (nbp 6), ad art. 3, N. 1.

<sup>61</sup> Landgericht München I (Germany), 27 février 2002, cause 5HK O 3936/00, CLOUT n°0, CISG-online 654; Tribunal de Commerce de Namur (Belgium), 15 janvier 2002, cause 985/01, CLOUT n° 0, CISG-online 759; Cour d'appel de Grenoble (France), 21 octobre 1999, CLOUT n° 313, CISG-online 574; Landgericht Berlin (Germany), 24 mars 1998, cause 102 0 59/97, CLOUT n°0, CISG-online 742.

<sup>&</sup>lt;sup>62</sup> AJP 2013 p. 239, 243.

[33] S'il est évident que cette extension sera régie par les dispositions de la Convention au même titre que les contrats de vente de marchandises déjà fabriquées<sup>63</sup>, moins évident est de savoir où se situe la limite à cette extension puisqu'à l'instar des termes « vente » et « marchandise » figurant à l'art. 1, la disposition précitée ne contient aucune définition des termes « éléments matériels nécessaires » et « part essentielle »<sup>64</sup>.

[34] Par conséquent, Il est primordial de définir ces notions indéterminées dans la mesure où l'application de la Convention aux « contrats d'entreprise internationale » en dépendra.

#### i. Les éléments matériels nécessaires

- [35] Avant d'exposer le concept éminemment central de « part essentielle », il convient de se demander ce sur quoi il se greffe.
- [36] A rigueur de texte, force est de constater que le concept susmentionné ne porte non pas sur la marchandise en tant que produit final mais sur les éléments la composant, caractérisés d'« éléments matériels nécessaires » à sa fabrication ou sa production.
- [37] Ainsi, constitue de tels éléments, la matière qui reste intégrée dans la marchandise produite<sup>65</sup>, soit en particulier la matière première<sup>66</sup>, étant entendu que les matériaux servant à l'emballage de la marchandise et ceux nécessaires à son transport en sont exclus<sup>67</sup>.
- [38] Bien évidemment, en présence d'un terme indéterminé, tout juriste serait tenté d'en établir une définition large, ceci afin d'englober le plus de situations de fait possibles.
- [39] C'est ce qui fût le cas s'agissant des termes « éléments matériels nécessaire » puisqu'une controverse est apparue sur la question de savoir si la fourniture par l'acheteur d'instructions, de dessins ou de spécifications utilisés pour produire des marchandises équivalait à la fourniture des « éléments matériels nécessaires » à la production ou à la fabrication de celles-ci.
- [40] Dite controverse fut initiée par une juridiction française qui a décidé que la Convention était inapplicable à un contrat en vertu duquel le vendeur était tenu de fabriquer des marchandises conformément aux spécifications de l'acheteur<sup>68</sup>: la société Rosenberger SIAM, société de droit italien spécialisée dans la vente de composants électroniques, a demandé à la société A.M.D Electronique, de siège social en France, de lui fabriquer des connecteurs, ceci en lui fournissant dessins et schémas lui permettant de les concevoir. La Cour d'appel de Chambéry a exclu l'ap-

Handelsgericht des Kantons Zürich (Switzerland), 10 février 1999, cause HG 970238.1, CLOUT n° 331, CISG-online 488; BR 1993 p. 23, 24.

H. Ercument Erdem, (nbp 24), p. 37, n. 188; Bruno Zeller, Is the Sale of Goods (Vienna Convention) Act the perfect tool to manage cross border legal risks faced by Australian Firms?, Murdoch University Electronic Journal of Law, Volume 6, Number 3[1999] MurUEJL 28, N. 39; Loukas Mistelis/Anjanette Raymond, in: Stefan Kröll/Loukas Mistelis/Pilar Pelares Viscasillas (éds), UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), Second Edition, C.H. Beck/Hart/Nomos, München 2018, p. 55; Peter Hubert/Alastair Mullis, The CISG – A New Textbook for Students and Practitioners, Sellier European Law Publishers, Mainz 2007, p. 44; Franco Ferrari, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (éds.), Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG): Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf, 7ème éd., München: C.H. Beck, 2019 Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG), ad art. 3 CISG, N. 4.

<sup>&</sup>lt;sup>64</sup> BR 1993 S. 23, 24.

<sup>66</sup> CISG-AC Opinion no 4, Contracts for the Sale of Goods to Be Manufactured or Produced and Mixed Contracts (Article 3 CISG), 24 octobre 2004, N. 2.11.

<sup>67</sup> CISG-AC Opinion no 4, (nbp 66), N. 2.11.

<sup>68</sup> Cour d'appel de Chambéry (France), 25 mai 1993, CLOUT n° 157, CISG-online 223, CISG-AC Opinion no 4, (nbp 66), N. 2.12; Franco Ferrari, (nbp 25), p. 114.

plication de la Convention, sur la base de son art. 3 al. 1, considérant que les dessins et schémas représentaient non seulement des éléments matériels nécessaires à la fabrication des connecteurs mais également représentaient une part essentielle de ceux-ci.

[41] Cette décision a été critiquée à une large échelle<sup>69</sup> dans la mesure où elle représentait une application erronée de cette disposition, en ce sens que l'instance précitée a nié l'application de la Convention en se référant à des critères tirés de son droit purement interne<sup>70</sup>. Un autre argument venant corroborer cette critique est que la décision entrait en contradiction avec l'historique législatif de la Convention puisque, à l'époque de son élaboration, la proposition faite par un pays européen d'exclure l'application de la Convention si l'acheteur fournissait des informations ou un savoir-faire nécessaire à la fabrication ou la production de la marchandise n'a pas été retenue<sup>71</sup>.

[42] C'est en raison de ces deux arguments de poids que la solution préconisée par cet arrêt français n'a pas été suivie par d'autres juridictions, notamment suisses et allemandes, lesquelles ont décidé que les instructions, dessins et autres spécifications fournis par l'acheteur ne constituaient pas « des éléments matériels nécessaires » à la fabrication ou à la production des marchandises au sens du paragraphe 1 de l'article 3<sup>72</sup>.

[43] C'est cette vision qui a été, elle, suivie par la majorité de la doctrine et qui prévaut encore à ce jour<sup>73</sup>.

[44] Par analogie avec ce qui précède, nous sommes d'avis que les éléments matériels nécessaires à la fabrication ou la production d'un logiciel – considéré, à certaines conditions, de marchandise – doivent être traités de la même manière que la matière première nécessaire à la fabrication ou production d'une machine<sup>74</sup>. Ainsi, l'algorithme et le code source traduit en code objet représentant le programme, lui-même élément essentiel du logiciel<sup>75</sup>, peuvent être appréhendés comme de la matière première nécessaire à la fabrication ou production du logiciel.

[45] En conclusion, il ressort de ce qui précède que, d'une part, peuvent être qualifiées d'éléments matériels nécessaires toutes matières premières intégrées dans une marchandise au cours de sa production ou de sa fabrication et que, d'autre part, ne sont pas pertinents les critères spécifiques fournis par un acheteur au vendeur en vue de la produire ou de la fabriquer<sup>76</sup>.

#### ii. La part essentielle

[46] Après avoir décrit ce sur quoi porte le concept de part essentielle, il convient, dans un second temps, de le préciser.

<sup>&</sup>lt;sup>69</sup> Peter Schlechtriem/Claude Witz, (nbp 21), p. 28.

<sup>&</sup>lt;sup>70</sup> Jelena Perovi, (nbp 30), p. 183, N. 2.2.1; Diana Akikol, (nbp 12), p. 13.

<sup>&</sup>lt;sup>71</sup> A/CONF.97/C.1/L.26, p. 84.

Handelsgericht des Kantons Zürich (Switzerland), 10 février 1999, cause HG 970238.1, CLOUT n° 331, CISG-online 488; Oberlandesgericht Frankfurt am Main (Germany), 17 spéptembre 1991, cause 5 U 164/90, CLOUT n°2, CISG-online 28; Landgericht Kassel (Germany), 15 février 1996, cause 11 O 4185/95, CLOUT n° 409, CISG-online 191; Bundesgerichtshof (Germany), 24 séptembre 2014, cause VIII ZR 394/12, CLOUT n°2, CISG-online 2545.

Peter Schlechtriem/Claude Witz, (nbp 21), p. 28; Loukas Mistelis/Anjanette Raymond, (nbp 63), p. 58.

<sup>&</sup>lt;sup>74</sup> Schwenzer/Hachem, (nbp 25), p. 66.

<sup>&</sup>lt;sup>75</sup> Sur le processus de conception d'un logiciel : Hubert Bitan, (nbp 50), pp. 27–29.

<sup>76</sup> THOMAS BEVILACQUA, (nbp 54), p. 567; ERIK VAN DEN HAUTE, L'absorption du contrat d'entreprise par la vente ou l'histoire des schtroumpfs noirs revisitée, p. 387 ss, N. 18, in : Francois Glansdorff/Pierre Legros (éds.), Liber Amicorum, Bruylant, 2014.

- [47] En vertu de son art. 3 al. 1, la Convention ne s'applique pas si l'acheteur fournit une part essentielle des éléments matériels nécessaires à la fabrication ou la production de la marchandise fournie par le vendeur<sup>77</sup>.
- [48] La limite à l'extension de l'application de la Convention se détermine ainsi en fonction du degré de participation de l'acheteur au processus de fabrication ou de production de la marchandise. Dit autrement, c'est de cette participation que dépendra l'application de la Convention.
- [49] Aussi, les quelques lignes qui suivent exposent trois de ses degrés de participation de l'acheteur et les conséquences qui en découlent.
- [50] Tout d'abord, l'acheteur peut ne fournir aucun élément matériel nécessaire, en ce sens que seul le vendeur les fournit dans sa totalité. Dans ce cas-là, il est évident que la Convention s'appliquera<sup>78</sup>.
- [51] En second lieu, si l'acheteur fournit tous les éléments matériels nécessaires, la Convention ne s'appliquera pas<sup>79</sup>. C'est ce qui fut jugé par la Cour suprême d'Autriche dans une affaire ou une société yougoslave s'était engagée à fabriquer des brosses et des balais à partir d'éléments matériels entièrement fournis par son cocontractant autrichien. Dans cette affaire, il a été conclu que la société yougoslave était plus un fournisseur de service qu'un vendeur de biens<sup>80</sup>.
- [52] Enfin, si l'acheteur fournit une part essentielle des éléments matériels nécessaires à la fabrication ou la production du produit final, la Convention ne s'appliquera pas. Ce degré de participation de l'acheteur, difficile à appréhender, a fait couler beaucoup d'encre en doctrine et en jurisprudence. Néanmoins, deux critères, applicables cumulativement ou indépendamment l'un de l'autre<sup>81</sup>, ont été unanimement reconnu comme des outils permettant de cerner ce degré de participation.
- [53] Le premier de ces deux critères est le critère économique<sup>82</sup> qui préconise d'effectuer une comparaison de valeurs entre les matières fournies par chacune des parties<sup>83</sup>, toutes deux participantes au processus de fabrication ou de production de la marchandise.
- [54] Ainsi, les valeurs économiques le prix des matériaux nécessaires fournis par le vendeur et l'acheteur, seront comparées entre elles, de sorte qu'il ne convient pas de comparer ces valeurs avec celle du produit final, à savoir la marchandise produite ou fabriquée<sup>84</sup>.

Oberster Gerichtshof (Austria), 27 octobre 1994, cause 8 Ob 509/93, CLOUT n°105, CISG-online 133.

VINCENT HEUZÉ, La vente internationale de marchandises, Droit uniforme, coll. « Traité des contrats », Paris, L.G.D.J, 2000, p. 76.

Arrêt du TF 4A\_753/2011 du 16 Juillet 2012, CLOUT n°0, CISG-online 2371; Cour d'appel de Colmar (France), 26 février 2008, cause 1 A 07/03426, CLOUT n°, CISG-online 1657; Juzgado de Primera Instancia No. 1 de Fuenlabrada (Spain), 11 mai 2012, cause 398/2011, CLOUT n° 1343, CISG-online 2464; Landgericht Köln (Germany), 29 mai 2012, cause 88 O 57/11, CLOUT n°0, CISG-online 2476; BR 1993 p. 23, 24.

<sup>&</sup>lt;sup>79</sup> Jelena Perovi, (nbp 30), p. 182, N. 2.2.1.

<sup>81</sup> JELENA PEROVI, (nbp 30), p. 184, N. 2.2.1; Oberlandesgericht München (Germany), 3 décembre 1999, cause 23 U 4446/99, CLOUT n°0, CISG-online 585.

<sup>82</sup> SCHWENZER/HACHEM, (nbp 25), p. 64; VINCENT HEUZÉ, (nbp 77), p. 76; CISG-AC Opinion no 4, (nbp 66), N. 2.3; Handelsgericht des Kantons Zürich (Switzerland), 8 avril 1999, cause HG 980280.1, CISG-online 489; CLAYTON P. GILLETTE/STEVEN D. WALT, The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Theory and Practice, 2ème éd., Cambridge University Press, 2016, p. 47.

Peter Mankowski, (nbp 25), p. 26; Christoph Brunner/Benjamain Gottlieb, (nbp 31), ad art. 3 CISG, N. 3; Loukas Mistelis/Anjanette Raymond, (nbp 63), p. 56.

Franco Ferrari, (nbp 63), ad art. 3 CISG, N. 7; Bernard Audit, La vente internationale de marchandises, Convention des Nations Unies du 11 avril 1980, Paris, L.G.D.J, 1990, p 26; Oberlandesgericht München (Germany), 3 décembre 1999, cause 23 U 4446/99, CLOUT n°0, CISG-online 585; Loukas Mistelis/Anjanette Raymond,

[55] A titre illustratif, voici un exemple tiré de la jurisprudence : un litige relatif au paiement de la marchandise livrée par un vendeur de conteneurs de déchets hongrois à un acheteur australien est soumis à la Cour d'arbitrage de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Budapest<sup>85</sup>. Il a été établi que les parties avaient convenu que l'acheteur fournirait une partie des éléments matériels nécessaires à la production des conteneurs. La Cour s'est fondée sur le critère économique afin de déterminer si l'acheteur avait fourni une « part essentielle ». Elle a retenu que la valeur des éléments matériels nécessaires fournis par l'acheteur s'élevait à 10% de la valeur totale des conteneurs à fabriquer. Il s'en est suivi qu'elle a considéré que les matériaux fournis par l'acheteur australien ne constituaient pas une « part essentielle » à la fabrication du bien, de sorte que la Convention ne régissait par leur contrat.

[56] Si louable qu'il soit d'avoir utilisé ce critère, encore faut-il qu'il eusse été appliqué correctement, ce qui ne fût pas le cas dans cette affaire. En effet, la Cour a certes opéré une comparaison de valeurs mais n'a pas comparé les bonnes valeurs. Elle aurait dû comparer les valeurs économiques – les prix – des éléments matériels nécessaires apportés par l'acheteur et par le vendeur pour la fabrication des conteneurs et non pas effectuer une comparaison entre le prix des éléments matériels nécessaires apportés par l'acheteur et le prix des conteneurs fabriqués<sup>86</sup>.

[57] Outre la question épineuse de savoir quelles valeurs doivent être comparées, cet exemple révèle une autre difficulté qui est celle de la quantification à apporter au terme de « part essentielle »<sup>87</sup>. Dit autrement, quel est le pourcentage pertinent permettant de dire que la valeur des éléments matériels nécessaires apportés par l'acheteur est « essentielle » par rapport à celle du vendeur<sup>88</sup>? Pour l'heure, la doctrine a tenté d'articuler un pourcentage allant de 15% à 50%<sup>89</sup>. Ainsi, si un acheteur fournit des éléments matériels nécessaires d'une valeur de 2'000 CHF et que le vendeur en apporte lui aussi pour un montant de 5'000 CHF, l'acheteur aura fourni ainsi 25% des éléments matériels nécessaires et la Convention ne s'appliquera pas.

[58] Toutefois, en raison des divergences d'opinion sur la question – eu égard à cette large échelle de pourcentage – et des particularités de chaque cas d'espèce soumis à un tribunal, la doctrine minoritaire trouve illusoire de vouloir déterminer un pourcentage fixe applicable à un nombre indéterminé de cas<sup>90</sup>.

[59] Le second critère permettant lui aussi de déterminer la part essentielle des éléments matériels nécessaires fournis par l'acheteur est le critère dit qualitatif ou fonctionnel<sup>91</sup> préconisé par

<sup>(</sup>nbp 63), p. 56; Michael Isler, Der Direktanspruch in internationalen Vertragsketten : die vertragliche und vertragsnahe Haftung von Subunternehmern und Substituten gegenüber dem Auftraggeber im IPR und IZPR, Schulthess Juristische Medien AG, 2011, p. 248, N. 468.

Arbitration Court attached to the Hungarian Chamber of Commerce and Industry Arbitration, 5 décembre 1995, cause VB/9413, CLOUT N°164, CISG-online 163.

<sup>&</sup>lt;sup>86</sup> Clayton P. Gillette/Steven D. Walt, (nbp 82), p. 48; Franco Ferrari, (nbp 25), p. 113.

<sup>&</sup>lt;sup>87</sup> Jelena Perovi, (nbp 30), p. 184, N. 2.2.1.

<sup>&</sup>lt;sup>88</sup> Jelena Perovi, (nbp 30), p. 184, N. 2.2.1.

<sup>89</sup> Jelena Perovi, (nbp 30), p. 184, N. 2.2.1; CISG-AC Opinion no 4, (nbp 66), N. 2.8; Peter Mankowski, (nbp 25), p. 26; Loukas Mistelis/Anjanette Raymond, (nbp 63), p. 57.

<sup>90</sup> CISG-AC Opinion no 4, (nbp 66), N. 2.9; Franco Ferrari, (nbp 63), ad art. 3 CISG, N. 8.

OISG-AC Opinion no 4, (nbp 66), N. 2.4; Schwenzer/Hachem, (nbp 25), p. 64; Franco Ferrari, Contrat de vente internationale, (nbp 25), p. 86; Oberlandesgericht München (Germany), 3 décembre 1999, cause 23 U 4446/99, CLOUT n°0, CISG-online 585.

certains auteurs qui s'appuie sur la sémantique du terme « essentielle » de la version francophone de la Convention 92.

[60] L'idée est que les éléments matériels nécessaires fournis par l'acheteur peuvent être qualifiés de « part essentielle » quand bien même leur valeur économique – leurs prix – représente moins de 50% de la valeur des biens devant être comparés<sup>93</sup>, si ceux-ci sont « fondamentaux qualitativement pour la fabrication du produit commandé »<sup>94</sup>. En ce sens, c'est la nature des éléments matériels fournis par l'acheteur qui doit être essentielle à la fabrication ou la production de la marchandise<sup>95</sup>.

[61] S'agissant de la relation entre ces deux critères, certains auteurs pensent que le critère économique doit prévaloir sur le critère qualitatif ou fonctionnel<sup>96</sup>. Nous sommes plutôt partisans, comme la pratique des tribunaux l'entend, d'une application concomitante de ces deux critères sans que l'un prévale sur l'autre<sup>97</sup>.

[62] A notre sens, ces critères nous semblent applicables à une deuxième catégorie de logiciel – les logiciels sur mesure, élaborés sur commande pour répondre aux besoins précis d'un seul acheteur-utilisateur et dans la mesure où ils sont également fabriqués ou produits et vendus et vendus l'acheteur ne fournit pas au vendeur une part essentielle de la matière première nécessaire à la fabrication ou à la production du logiciel sur mesure, soit l'algorithme et/ou le code source, la Convention régira ce type de contrat et sera qualifiée de contrat de vente, ceci pour autant que les conditions inhérentes au logiciel standard soient également réalisées et logiciel et de la matière première néces pour autant que les conditions inhérentes au logiciel standard soient également réalisées et logiciel et logi

#### C. Des contrats mixtes

[63] A teneur de l'art. 3 al. 2 de la Convention : « La présente Convention ne s'applique pas aux contrats dans lesquels la part prépondérante de l'obligation de la partie qui fournit les marchandises consiste en une fourniture de main-d'œuvre ou d'autres services ».

[64] A l'instar du premier alinéa de cette disposition, son second tend également à étendre le champ d'application matériel de la Convention, cette fois-ci, à des contrats prévoyant à la charge de l'une des parties non seulement une obligation de fournir une chose, existante ou à fabriquer, mais également une obligation de fournir une prestation de service<sup>101</sup>. Également à l'image du premier alinéa de cette disposition, le produit final visé est le même, à savoir une marchandise<sup>102</sup>.

Franco Ferrari, Contrat de vente internationale, (nbp 25), p. 114.

<sup>93</sup> Franco Ferrari, (nbp 63), ad art. 3 CISG, N. 8.

KARL H. NEUMAYER/CATHERINE MING, (nbp 6), ad art. 3, N. 3.

<sup>95</sup> Oberlandesgericht München (Germany), 3 décembre 1999, cause 23 U 4446/99, CLOUT n°0, CISG-online 585.

<sup>&</sup>lt;sup>96</sup> CISG-AC Opinion no 4, (nbp 66), N. 2.6.

<sup>97</sup> Erik Van Den Haute, (nbp 76), p. 387 ss, N. 19; Sieg Eiselen, (nbp 25), p. 104.

<sup>98</sup> Chris Reed, (nbp 54), p. 47; Trevor Cox, (nbp 54), p. 1.

LOUKAS MISTELIS/ANJANETTE RAYMOND, (nbp 63), p. 60; CLAYTON P. GILLETTE/STEVEN D. WALT, (nbp 82), p. 53; Oberlandesgericht Koblenz (Germany), 17 septembre 1993, Clout n°281, cause 2 U 1230/91, CISG-online 91; Oberster Gerichtshof (Austria), 21 juin 2005, cause 5 Ob 45/05m, Clout n° 749, CISG-online 1047.

<sup>100</sup> Peter Schlechtriem/Claude Witz, (nbp 21), p. 36.

<sup>101</sup> Vincent Heuzé, (nbp 77), p. 36; Franco Ferrari, (nbp 25), p. 115–116.

<sup>&</sup>lt;sup>102</sup> AJP 2013 S. 239, 243.

Dans cette mesure, ce produit final constitue lui aussi une limite à l'extension de ce type de contrat eu égard à la définition qui en a été esquissée.

[65] Ce type de contrats, sous l'appellation de « contrats mixtes »<sup>103</sup> aussi longtemps qu'ils incluent la fourniture de marchandises et la fourniture de prestations de services<sup>104</sup>, se verront appliquer les dispositions de la Convention si les prestations de services en question ne constituent pas « la part prépondérante » des obligations à charge de la partie qui fournit les marchandises, soit le vendeur<sup>105</sup>.

[66] Par conséquent, le sort de l'application de la Convention à ce type de contrats dépendra de « la prépondérance » 106 des prestations de services du vendeur.

[67] A ce titre, il convient, dans un premier temps, de se demander sur quels services se greffe ce terme, puis, dans un second temps, d'en clarifier le terme lui-même.

#### i. La prestation de services

[68] Les services à prendre en considération pour mettre en œuvre le terme de « prépondérance » ont été exprimés par un tribunal allemand de première instance<sup>107</sup> dans une affaire où un vendeur suédois s'était obligé envers un acheteur allemand, non seulement à fabriquer sur mesure une pièce d'équipement industriel, mais aussi à la charger, la transporter, la décharger, l'installer et l'assurer jusqu'au lieu de livraison.

[69] Afin de déterminer si la Convention s'appliquait au cas d'espèce, l'instance précitée s'est posée la question suivante : les parties avaient-elles trouvé « la part prépondérante » des obligations du vendeur dans la livraison de cette pièce d'équipement industriel (élément de vente) ou dans les services accompagnants cette livraison (installation, etc..)<sup>108</sup>? On a pu déduire de cette question la signification de « la prestation de services ».

[70] Ainsi, les services devant être pris en considération sont ceux qui accompagnent la livraison de la marchandise, en particulier ceux décrits dans l'affaire précitée, à savoir le transport, l'installation, et la maintenance<sup>109</sup>. Sur cette base, doctrine et jurisprudence ont intégré d'autres services

LOUKAS MISTELIS/ANJANETTE RAYMOND, (nbp 63), p. 55; CISG-AC Opinion no 4, (nbp 66), N. 3.1; Christoph Brunner/Benjamin Gottlieb, (nbp 31), ad art. 3 CISG, N 2; Michael Isler, (nbp 84), p. 249, N. 470.

 $<sup>^{104}\,\,</sup>$  Loukas Mistelis/Anjanette Raymond, (nbp 63), p. 58.

Landgericht Landshut (Germany), 12 juin 2008, cause 43 O 1748/07, CLOUT n°0, CISG-online 1703; Cour d'appel de Colmar (France), 26 février 2008, cause 1 A 07/03426, CLOUT n°, CISG-online 1657; U.S. District Court for the Southern District of New York (USA), 23 août 2006, cause 00 Civ. 5189 (RCC), CLOUT n°0, CISG-online 1272; Handelsgericht des Kantons Zürich (Switzerland), 17 février 2000, cause HG 980472, CLOUT n°0, CISG-online 637; Gerechtshof Arnhem (Netherlands), 27 avril 1999, cause 97/700, 98/046, CLOUT n°0, CISG-online 741; Kantonsgericht Zug (Switzerland), 25 février 1999, CLOUT n° 327, CISG-online 490; Obergericht des Kantons Luzern (Switzerland), 8 janvier 1997, cause 11 95 123/357, CISG-online 228; Handelsgericht des Kantons Zürich (Switzerland), 26 avril 1995, cause HG 920670, CLOUT n°196, CISG-online 248; Bezirksgericht Laufen (Switzerland), 7 mai 1993, CLOUT n° 201, CISG-online 136.

<sup>&</sup>lt;sup>106</sup> Franco Ferrari, (nbp 25), p. 117.

 $<sup>^{107}</sup>$  Landgericht Mainz (Germany), 26 novembre 1998, cause 12 HKO 70/97, CLOUT n°346, CISG-online 563.

Landgericht Mainz (Germany), 26 novembre 1998, cause 12 HKO 70/97, CLOUT n°346, CISG-online 563: « In diesem Zusammenhang ist eine Wertung des Liefervertrages vorzunehmen und hierbei eine Entscheidung zu treffen, ob das Gewicht, welches die Parteien den jeweiligen Leistungen zumessen, überwiegend eher bei der Lieferung der Ware selbst (Kaufelement) oder überwiegend bei den die Lieferungbegleitenden Dienstleistungen und anderen Arbeiten (Service, Montage etc.) ».

 $<sup>^{109}</sup>$  Landgericht Mainz (Germany), 26 novembre 1998, cause 12 HKO 70/97, CLOUT n°346, CISG-online 563 : «  $(\dots)$  Bei dieser Sachlage stellen sich die vertraglichen Verpflichtungen der Beklagten zum Service, zur Wartung, zur

considérés également comme services accompagnant la livraison, par exemple le montage du matériel livré<sup>110</sup>, la transmission du savoir-faire à des ingénieurs de l'acheteur ou la formation des techniciens de l'acquéreur<sup>111</sup>, la fourniture de services d'entretien<sup>112</sup>, une assistance au démarrage<sup>113</sup>, le service après-vente<sup>114</sup>, ou encore le soutien à l'installation et la formation prodiguée aux utilisateurs-acheteurs de logiciel standard (progiciel) ou sur mesure<sup>115</sup>.

[71] Tous ces services constituent, selon accord exprès ou tacite des parties, des obligations additionnelles à celles mentionnées aux art. 30 et 53 CVIM, qui devront être comparées afin de déterminer si la Convention s'appliquera<sup>116</sup>.

[72] Il convient de préciser que les services ou les travaux fournis qui ont contribué à la production ou à la fabrication d'un bien ne doivent pas être pris en compte comme prestation de service visée par l'art. 3 al. 2 de la Convention<sup>117</sup>; l'utilisation de l'infinitif « (...) à fabriquer ou à produire (...) » à l'alinéa premier de cette disposition corrobore cette assertion<sup>118</sup>. A plus forte raison, plusieurs juridictions ont affirmé que l'opération juridique par laquelle un vendeur fournit un bien qu'il a lui-même fabriqué s'insère dans la notion de vente<sup>119</sup>.

[73] A titre illustratif, nous vous proposons un exemple tiré de la jurisprudence : un acheteur, une société ayant son siège aux Emirats arabes unis, a passé une commande auprès d'un vendeur, une société française, de 128 panneaux de verre feuilletés décorés pour la construction d'un dôme dans un hôtel égyptien. En février 1997, l'acheteur a constaté à l'arrivé au port de Dubai que 35 de ces panneaux étaient inutilisables car les films décoratifs s'étaient décollés et s'étaient froissés. Bien que la société française ait soutenu que la Convention ne s'appliquait pas au cas d'espèce en raison du fait que la fabrication des panneaux représentait une part prépondérante par rapport à ses autres obligations, la Cour d'appel de Paris a jugé que, certes ce service représentait bien une part prépondérante des obligations globales de cette société mais que ce service ne pouvait pas être considéré comme une prestation de main d'œuvre ou de service au sens de l'art. 3 al. 2 de la Convention<sup>120</sup>.

### ii. La part prépondérante

[74] A l'instar « des contrats d'entreprise internationale » pour lesquels l'application de la Convention est tributaire de l'existence ou non d'une part essentielle des éléments matériels nécessaires

Montage und zum Transport eher als Nebenleistungen dar, die wertmäßig hinter dem Wert des hergestellten und gelieferten hochwertigen Kreppzylinders zurücktreten  $(\dots)$ ».

 $<sup>^{110}~{\</sup>rm Arr\hat{e}t}~{\rm du}~{\rm TF}~4{\rm A}\_753/2011~{\rm du}~16$  juillet 2012 c. 2.2 ; ZVglRWiss 2019 p. 375, 403.

<sup>111</sup> Peter Mankowski, (nbp 25), p. 27; Martin Schmidt-Kessel, Haftungsstandards im internationalen Warenkauf, p. 1525, in : Andrea Büchler/Markus Müller-Chen (ed.), Private Law : national, global, comparative. Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag, Stämpfli Verlag, Zurich 2011; recht 2005 S. 54, 56.

<sup>&</sup>lt;sup>112</sup> Zivilgericht Basel-Stadt (Switzerland), 8 novembre 2006, cause P 2004 152, CISG-online 1731.

<sup>113</sup> Nadine Watté/Arnaud Nuyts, (nbp 31), p. 370.

 $<sup>^{114}~</sup>$  Cour d'appel de Colmar (France), 26 février 2008, cause 1 A 07/03426, CLOUT n°0, CISG-online 1657.

<sup>115</sup> Schwenzer/Hachem, (nbp 25), p. 35.

<sup>116</sup> Schwenzer/Hachem, (nbp 25), p.68.

<sup>117</sup> Cour d'appel de Colmar (France), 26 février 2008, cause 1 A 07/03426, CLOUT n°0, CISG-online 1657; ZVglRWiss 2019 p. 375, 403; recht 2005 S. 54, 56.

 $<sup>^{118}\;</sup>$  Thomas Bevilacqua, (nbp 54), p. 563.

<sup>119</sup> Thomas Bevilacqua, (nbp 54), p. 563; CISG-AC Opinion no 4, (nbp 66), N. 4.2.

<sup>&</sup>lt;sup>120</sup> Cour d'appel de Paris (France), 14 juin 2001, cause 2000/13970, CLOUT n° 0, CISG-online 693.

fournis par l'acheteur, l'application de cette dernière aux « contrats mixtes » dépend également de l'existence ou non d'une part prépondérante de la prestation de service du vendeur.

[75] Ce terme de « part prépondérante », décisif quant à l'application de la Convention à un cas concret, peut être précisé par le recours aux mêmes critères que ceux utilisés en relation avec le terme de « part essentielle ».

[76] Ainsi, le premier de ces deux est le critère économique<sup>121</sup>.

[77] En effet, le tribunal procède à une addition des valeurs respectives des biens livrés et des services fournis par le vendeur et les compare<sup>122</sup>. Autrement dit, le prix de vente de la marchandise livrée par le vendeur doit être comparé aux frais liés au travail ou aux services fournis par le vendeur<sup>123</sup> afin de savoir laquelle de ses obligations « pèse la plus lourd dans la balance »<sup>124</sup>.

[78] Voici comme illustration une affaire qui a été soumise à la Cour d'appel de Grenoble<sup>125</sup>: Une société établie à Voreppe (commune française), a vendu à une personne établie à Junqueira, dans la province de Coimbra au Portugal, un « entrepôt d'occasion », pour le prix de 500 000 F, lequel comprenait le démontage et les frais de mise à disposition. La juridiction précitée s'est ainsi basée sur plusieurs factures produites, lesquelles ont permis d'évaluer les montants relatifs à la fourniture de la marchandise (prix d'entrepôt d'occasion) et aux prestations de services (démontage et frais de mise à disposition) soit un montant de 381'200 F pour les premiers et 118'800 F pour les seconds. Elle a tranché en faveur de l'application de la Convention à ce contrat en raison du fait que la valeur de la fourniture de la marchandise excédait la valeur des prestations de services<sup>126</sup>.

[79] Si cette instance s'est fondée uniquement sur les chiffres mentionnés ci-avant pour déterminer laquelle des obligations du vendeur était prépondérante, doctrine majoritaire et jurisprudence ont poussé le calcul arithmétique un peu plus loin en préconisant certes une comparaison des valeurs des biens et de services constituant les obligations du vendeur mais en arrivant à la conclusion que les services fournis par le vendeur seront prépondérants s'ils constituent plus de 50% de la totalité des obligations du vendeur<sup>127</sup>.

[80] Précisons encore la pratique des tribunaux selon laquelle les prestations de service ne peuvent être considérées comme prépondérantes – au regard de ce critère – en l'absence de montants y relatifs, soit parce que ces montants sont englobés dans le prix global du contrat, soit parce qu'aucune facture les concernant n'est établie<sup>128</sup>.

[81] En reprenant le réquisit doctrinal et jurisprudentiel précité aux données arithmétiques de l'affaire de l'« entrepôt d'occasion », on peut conclure que la part des prestations de service du vendeur s'élève à 23,76% (118'800/500'000 X 100), de sorte qu'elle ne constitue pas la part pré-

<sup>121</sup> Thomas Bevilacqua, (nbp 54), p. 574; CISG-AC Opinion no 4, (nbp 66), N. 3.1; Loukas Mistelis/Anjanette Raymond, (nbp 63), p. 59.

CISG-AC Opinion no 4, (nbp 66), N. 3.1; Peter Schlechtriem/Petra Butler, (nbp 45), p. 25; Clayton P. Gillette/Steven D. Walt, (nbp 82), p. 61.

 $<sup>^{123}</sup>$   $\,$  Franco Ferrari, (nbp 63), ad art 3 CISG, N. 13; Michael Isler, (nbp 84), p. 249, N. 470.

<sup>124</sup> Thomas Bevilacqua, (nbp 54), p. 573.

 $<sup>^{125}</sup>$  Cour d'appel de Grenoble (France), 26 avril 1995, cause 93/1613, CLOUT n° 151, CISG-online 153.

 $<sup>^{126}~</sup>$  Autre cas similaire : Kantonsgericht Zug (Switzerland), 25 février 1999, CLOUT n° 327, CISG-online 490.

<sup>127</sup> Franco Ferrari, (nbp 63), ad art. 3 CISG, N. 15; Peter Mankowski, (nbp 25), pp. 26–27; CISG-AC Opinion no 4, (nbp 66), N. 3.4; RIW 2018 S. 294, 297.

Landgericht München I (Germany), 16 novembre 2000, cause HKO 3804/00, CLOUT n° 0, CISG-online 667; Handelsgericht des Kantons Zürich (Switzerland), 8 avril 1999, cause HG 980280.1, CISG-online 489; Arrêt du TF 4A\_753/2011 du 16 juillet 2012, CLOUT n°0, CISG-online 2371.

pondérante des obligations du vendeur. Le résultat est ainsi similaire à celui tranché par l'instance française.

- [82] Le second critère est celui de l'essence du contrat<sup>129</sup> ou la raison d'être du contrat<sup>130</sup> dont le but est de rechercher l'essence ou la raison d'être de la transaction.
- [83] Dans ce cas de figure, le credo est de prendre en considération d'autres circonstances que la valeur économique des obligations du vendeur, notamment, les circonstances entourant la conclusion du contrat ou encore le poids que les parties ont attribué à chacune des obligations du vendeur afin d'évaluer si la prestation de service est prépondérante<sup>131</sup>.
- [84] A titre illustratif, reprenons l'affaire citée précédemment<sup>132</sup> au terme de laquelle l'instance allemande a tranché en faveur de l'application de la Convention à un contrat de fourniture d'un cylindre spécifique nécessaire à la fabrication du papier de soie. Dans la mesure où le contrat ne mentionnait qu'un prix global, il était difficile de déterminer la valeur économique des diverses obligations contractuelles du vendeur, de sorte que l'instance précitée a procédé à une analyse de l'objet du contrat. Elle s'est demandée laquelle des obligations du vendeur la livraison du cylindre ou les services (installation et autres) était prépondérante dans l'esprit des parties contractantes. A cet effet, elle a examiné le contenu du contrat, les circonstances et autres détails existants au moment de sa conclusion pour conclure que les parties avaient insisté essentiellement sur l'obligation de livrer le cylindre, de sorte qu'elle a statué en faveur de l'application de la Convention à leur contrat<sup>133</sup>.

[85] S'agissant du rapport de force entre ces deux critères, l'avis de la doctrine majoritaire, que nous partageons, est que le critère économique a la prévalence sur celui de la raison d'être du contrat, ce dernier n'étant applicable que si l'application du premier à un cas d'espèce est impossible ou inappropriée<sup>134</sup>.

# III. Dans le Code Suisse des obligations du 30 mars 1911

# A. Le contrat de vente

[86] S'il a été constaté que la Convention n'offre pas expressément de définition du contrat de vente, le droit purement interne suisse, lui, en impose une à son art. 184 al. 1 CO laquelle est reproduite en ces termes : « La vente est un contrat par lequel le vendeur s'oblige à livrer la chose vendue à l'acheteur et à lui en transférer la propriété, moyennant un prix que l'acheteur s'engage à lui payer ».

 $<sup>^{129}</sup>$  Peter Mankowski, (nbp 25), p. 26.

<sup>130</sup> Thomas Bevilacqua, (nbp 54), p. 574.

<sup>131</sup> RIW 2018 p. 294, 297; Bundesgerichtshof (Germany), 7 décembre 2017, cause VII ZR 101/14, CLOUT n°0, CISG-online 2961; Landgericht Mainz (Germany), 26 novembre 1998, cause 12 HKO 70/97, CLOUT n°346, CISG-online 563; Oberlandesgericht Innsbruck (Austria), 18 décembre 2007, cause 1 R 273/07t, CLOUT n°0, CISG-online 1735; Kreisgericht Bern-Laupen (Switzerland), 29 janvier 1999, CLOUT n°0, CISG-online 701; Oberlandesgericht Dresden (Germany), 11 juin 2007, cause 3 U 336/07, CISG-online 1720.

Landgericht Mainz (Germany), 26 novembre 1998, cause 12 HKO 70/97, CLOUT n°346, CISG-online 563; Hof van Beroep, Gent (Belgium), 24 novembre 2004, cause 1998/AR/2613, CISG-online 966.

Pour une exclusion de la CVIM en raison de la prédominance de la prestation de service : Bundesgerichtshof (Germany), 7 décembre 2017, cause VII ZR 101/14, CLOUT n°0, CISG-online 2961.

CISG-AC Opinion no 4, (nbp 66), N. 3.3; Sieg Eiselen, (nbp 25), p. 105; Peter Mankowski, (nbp 25), p. 26.

[87] Eu égard à cette définition, nous pouvons constater deux points. Le premier – le plus évident – est que celle-ci correspond à la définition de la vente élaborée précédemment s'agissant de la Convention. Le second constat est que leurs objets sont différents : marchandises pour l'une et chose vendue pour l'autre. Déduit du terme « marchandises », nous avons pu conclure que la Convention ne s'occupe ni de la vente d'immeuble ni de la vente de biens immatériels. A ce titre, convient-il de nous référer à l'art. 187 CO qui traite de la vente mobilière et de laisser de côté la vente de bien immeuble régie par les art. 216 ss CO.

[88] L'art. 187 CO délimite, à son premier alinéa, l'objet d'une vente mobilière de manière négative<sup>135</sup> en prescrivant que celle-ci ne porte pas sur des droits immatriculés comme immeubles au registre foncier<sup>136</sup> ou sur des biens-fonds<sup>137</sup>. Ajoutons aussi les parts de copropriété d'un immeuble<sup>138</sup> et les mines<sup>139</sup> qui ne peuvent également pas être objets d'une vente mobilière.

[89] Si le principe est que la vente mobilière porte sur tout objet qui n'est pas un immeuble, encore faut-il définir ce que « tout objet » signifie, raison pour laquelle il nous faut nous reporter à la notion de « chose » prévue à l'art. 184 CO.

[90] La « chose », objet de livraison, désigne tout ce qui peut faire partie du patrimoine<sup>140</sup> et de ce fait, n'est pas restreinte, à l'instar des droits réels, à ce qui est possible de s'approprier. Dès lors, la vente mobilière peut porter non seulement sur des choses qui peuvent se transporter d'un lieu à un autre<sup>141</sup> mais également sur les forces naturelles susceptibles d'appropriation au sens de l'art. 713 du Code civil suisse<sup>142</sup>. Elle peut aussi porter sur un avantage économique ne conférant pas encore de droit<sup>143</sup>, telles une invention sur le point d'être brevetée<sup>144</sup>, un secret de fabrication, un savoir-faire<sup>145</sup> ou encore la clientèle<sup>146</sup>. Notons qu'elle peut aussi porter sur des droits<sup>147</sup>, des brevets<sup>148</sup>, des créances (incorporées ou non dans un papier-valeur)<sup>149</sup>, ou des

 $<sup>^{135}</sup>$   $\,$  Pierre Tercier/Laurent Bieri/Blaise Carron, (nbp 37), N. 483.

<sup>&</sup>lt;sup>136</sup> Art. 655 al. 2 CC.

<sup>&</sup>lt;sup>137</sup> Art. 655 al. 2 ch. 1 CC.

<sup>&</sup>lt;sup>138</sup> Art. 655 al. 2 ch. 4 CC.

<sup>&</sup>lt;sup>139</sup> Art. 655 al. 2 ch. 3 CC.

<sup>140</sup> PIERRE TERCIER/LAURENT BIERI/BLAISE CARRON, (nbp 37), N. 4071.

<sup>&</sup>lt;sup>141</sup> Pierre Tercier/Laurent Bieri/Blaise Carron, (nbp 37), N. 4071 et les références jurisprudentielles.

La mise à disposition d'un courant électrique constitue une vente : ATF 76 II 103, c. 5, JdT 1950 I 258.

 $<sup>^{143}</sup>$   $\,$  Pierre Tercier/Laurent Bieri/Blaise Carron, (nbp 37), N. 4072.

SILVIO VENTURI/MARIE-NÖELLE ZEN-RUFFINEN, ad art. 184, N. 9, in : Luc Thévenoz/Franz Werro (éds.), Commentaire Romand, Code des Obligations I, Art. 1-529, 3ème édition, Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2021.

<sup>&</sup>lt;sup>145</sup> ATF 93 II 453, JdT 1968 I 534.

 $<sup>^{146}~~{\</sup>rm Arr\hat{e}t}$  du TF  $4{\rm C}.197/2002$  du 10 octobre 2002, consid. 2.2.

<sup>&</sup>lt;sup>147</sup> Mélanie Mader, (nbp 32), N. 122; Pierre Tercier/Laurent Bieri/Blaise Carron, (nbp 37), N. 472.

STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER, Vertragsverhältnisse Teil, ad. art. 184 OR, N. 3 in: Markus Müller-Chen/Claire Huguenin (éds.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1, Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe (Art. 184–318 OR). 3ème éd., Zürich: Schulthess Verlag, 2016; ATF 110 II 239, c. 1d.

 $<sup>^{149}</sup>$  Hrubesch-Millauer, (nbp 148), ad. art. 184 OR, N. 3 ; ATF 102 II 339, c. 3, JdT 1978 I 585.

choses incorporelles<sup>150</sup>. Trouve également sa place dans cette énumération de biens immatériels, le logiciel dit standard (progiciel), précédemment défini<sup>151</sup>.

[91] Quant au second alinéa de l'art. 187 CO, celui-ci traite – à l'instar de la Convention – de la vente de choses mobilières futures<sup>152</sup>, c'est-à-dire de la vente des parties intégrantes d'un immeuble avant leur séparation de celui-ci<sup>153</sup>. Ces choses mobilières sont dites futures en raison du fait qu'elles n'existent pas encore au moment de la conclusion du contrat de vente, étant précisé qu'il s'agit d'une situation semblable à celle d'un entrepreneur qui s'engage non seulement à fournir la matière nécessaire à l'exécution d'un ouvrage, mais aussi à livrer dit ouvrage au maître d'ouvrage une fois celui-ci achevé et à lui en transférer la propriété<sup>154</sup>.

[92] Afin d'éviter toute ambiguïté avec l'analyse qui sera faite du contrat mentionné ci-après, le critère permettant de les délimiter est celui de savoir si la fabrication de la chose fait partie des prestations convenues contractuellement par les parties : Dans la négative, il s'agira d'un contrat de vente<sup>155</sup>.

# B. Le contrat de livraison d'ouvrage

[93] Dans le droit purement interne suisse, il n'est pas expressément prescrit qui, du maître d'ouvrage ou de l'entrepreneur, doit fournir la matière nécessaire à l'exécution de l'ouvrage<sup>156</sup>. C'est en raison de cette absence de précision que naît la différence entre contrat de livraison d'ouvrage et le pur contrat d'entreprise<sup>157</sup>.

[94] Cependant, ce manque de clarté a été pallié par l'art. 365 CO dont le texte allemand pose comme principe qu'il appartient au maître d'ouvrage, sauf convention contraire, d'apporter la matière nécessaire<sup>158</sup>. Par « matière nécessaire », on entend l'ensemble des matériaux servant à la réalisation de l'ouvrage et qui y seront intégrés<sup>159</sup>, c'est-à-dire les matériaux de base nécessaires à l'exécution de l'ouvrage ainsi que des matériaux préfabriqués, à l'exception des ustensiles qui

Silvio Venturi/Marie-Nöelle Zen-Ruffinen, ad art. 187, N. 2, in : Luc Thévenoz/Franz Werro (éds.), Commentaire Romand, Code des Obligations I, Art. 1–529, 3ème éd., Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2021.

RICHARD BARBEY, Les contrats informatiques, p. 296, in: SJ 1987 pp. 289–320; Supra Nz 26–27; JdT 2000 I p. 172, 176, ATF 124 III 456, 459; PIERRE TERCIER/LAURENT BIERI/BLAISE CARRON, (nbp 37), N. 7326; NAYDA COCHET-SEBASTIAN, Les contrats informatiques, p. 612, in: ECS 8/2011, 611–613.

<sup>152</sup> SILVIO VENTURI/MARIE-NÖELLE ZEN-RUFFINEN, (nbp 150), ad art.187, N. 5; HRUBESCH-MILLAUER, (nbp 148), ad. art. 184 OR, N. 3.

MICHAEL KIKINIS, ad. Art. 184, N. 16, in: Heinrich Honsell (éd.), Kurzkommentar Obligationenrecht, Art. 1–1186 OR, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2014.

HRUBESCH-MILLAUER, (nbp 148), ad. art. 184 OR, N. 57; PIERRE TERCIER/LAURENT BIERI/BLAISE CARRON, (nbp 37), N. 3534.

HRUBESCH-MILLAUER, (nbp 148), ad. art. 184 OR, N. 57; PETER GAUCH, (nbp 58), p. 39, N. 127; ATF 72 II 347; Arrêt du TF 4A\_326/2008 du 16 décembre 2008, c. 4; Arrêt du TF 4C.387/2001 du 10 septembre 2002, c. 3.1.

PIERRE TERCIER/LAURENT BIERI/BLAISE CARRON, (nbp 37), N. 3685; ZINDEL/SCHOTT, ad Art. 365 OR, N. 1, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (éds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 7ème éd., Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2019.

<sup>157</sup> François Chaix, ad art. 365 CO, N. 1, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (éds.), Commentaire Romand, Code des Obligations I, Art. 1–529, 3ème éd., Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2021; Jean-Samuel Leuba, Le contrat de vente avec obligation de montage, Imprimerie Chabloz S.A, 1131 Tolochenaz, 1995, p.49.

 $<sup>^{158}</sup>$   $\,$  François Chaix, (nbp 157), ad art.365 CO, N. 2.

PIERRE TERCIER/LAURENT BIERI/BLAISE CARRON, (nbp 37), N. 3685; Théodore Bühler, Der Werkvertrag, Art. 363–379 OR, Zürcher Kommentar Band V/2d – Das Obligationenrecht, 3ème éd., Schulthess Verlag, Zürich 1998, ad art. 365 OR, N. 7.

serviront à la production de l'ouvrage fourni, en particulier les instruments de travail, les engins, les outils 160 et les plans 161.

[95] On est ainsi en présence d'un contrat de livraison d'ouvrage lorsque l'entrepreneur s'est engagé à livrer la matière nécessaire à la fabrication de l'ouvrage ou, à tout le moins, une partie de celle-ci<sup>162</sup>, expressément, tacitement voire même par un renvoi tacite à un usage y relatif<sup>163</sup>.

[96] Par cet engagement, l'entrepreneur est non seulement libre de se procurer la matière nécessaire à l'exécution de l'ouvrage mais aussi libre de se la procurer auprès d'un fabricant ou d'un fournisseur voire même auprès du maître d'ouvrage<sup>164</sup>, sous réserves des prescriptions de ce dernier à ce sujet, lesquelles doivent figurer dans le contrat de livraison d'ouvrage<sup>165</sup>.

[97] Ainsi, selon le droit purement interne suisse, le contrat de livraison d'ouvrage, contrat par lequel l'entrepreneur doit exécuter un ouvrage en fournissant du travail et de la matière qu'il s'est lui-même procuré, est considéré comme un contrat d'entreprise lequel sera régi par les articles 363 ss CO<sup>166</sup>.

[98] Les exemples suivants illustrent le propos : Dans une affaire où une société A qui s'occupe de la vente d'articles d'horlogerie et de bijouterie de luxe a confié à la société B qui fabrique et commercialise des montres haut de gamme le soin de réaliser plusieurs montres d'un tel standing lesquelles devaient être commercialisées sous le label de la société A, étant précisé que cette société déterminait les critères d'esthétique, les fonctions et le type de mouvement, tandis que la conception technique et qualitative étaient du ressort de la société B, notre Haute Cour a qualifié ce rapport contractuel de contrat de livraison d'ouvrage<sup>167</sup>.

[99] Autre exemple, cette fois-ci dans le domaine informatique : X et Y ont conclu un « contrat de développement » au terme duquel le premier, en qualité de développeur, devait fournir un logiciel adapté au besoin du second (logiciel conçu en fonction des besoins spécifiques de l'utilisateur-acheteur<sup>168</sup> avec un droit d'utilisation illimité dans le temps<sup>169</sup>). Le Tribunal fédéral a constaté que l'autorité cantonale précédente avait jugé, à raison, que « celui qui, sur commande et à titre onéreux, développe un logiciel individualisé en fonction des besoins spécifiques de l'utilisateur est soumis aux règles ordinaires du droit du contrat d'entreprise »<sup>170</sup>.

[100] Dans ce dernier exemple, il eût fallu qualifier de manière plus précise le rapport contractuel, c'est-à-dire de contrat de livraison d'ouvrage – quand bien même le droit applicable reste les dispositions du contrat d'entreprise – dans la mesure où, en raison de la complexité de cet ouvrage

<sup>&</sup>lt;sup>160</sup> Peter Gauch, (nbp 58), N. 69–70.

<sup>161</sup> Lehmann, (nbp 148), ad. art. 365 OR, N. 1; David Bouverat, Contrats de droit suisse, PDS - Précis de droit Stämpfli, Stämpfli Verlag AG, 2012, N. 1505; François Chaix, (nbp 157), ad art. 365 CO, N. 5; Zindel/Schott, (nbp 156), ad Art. 365 CO, N. 4.

<sup>&</sup>lt;sup>162</sup> Arrêt du TF 4C.387/2001 du 10 septembre 2002, c. 3.1; RSJ 103/2007 p. 353.

 $<sup>^{163}</sup>$  Pierre Tercier/Laurent Bieri/Blaise Carron, (nbp 37), N. 3686; Zindel/Schott, (nbp 157), ad Art. 365 OR, N. 4.

 $<sup>^{164}</sup>$  François Chaix, (nbp 157), ad art.365 CO, N. 7.

 $<sup>^{165}</sup>$   $\,$  Francois Chaix, (nbp 157), ad art.365 CO, N. 7.

Alfred Koller, Schweizerisches Werkvertragsrecht, Dike Verlag AG, 2015, p. 18, N. 47; David Bouverat, (nbp 161), N. 1506; Nicolas Kuonen, Les relations entre les intervenants dans la construction, Institut pour le droit suisse et international de la construction, 2010, p. 5; Zindel/Schott, (nbp 156), ad Art.363 OR, N. 21; ATF 72 II 343; SJ 1979 p. 403.

<sup>&</sup>lt;sup>167</sup> Arrêt du TF 4C.387/2001 du 10 septembre 2002, c. 3.1.

 $<sup>^{168}</sup>$  Nayda Cochet-Sebastian, (nbp 151), p. 612; Richard Barbey, (nbp 151), p. 299.

<sup>&</sup>lt;sup>169</sup> RICHARD BARBEY, (nbp 151), p. 300.

<sup>&</sup>lt;sup>170</sup> Arrêt du TF 4A\_265/2008 du 26 août 2008, c. 2.1.2.

immatériel<sup>171</sup>, il est rare en pratique que le maître d'ouvrage procure à l'entrepreneur la matière nécessaire à l'exécution de celui-ci à savoir le(s) programme(s), constitué(s) d'algorithmes et d'un code source traduit en code objet.

[101] De ces deux exemples, ressortent deux caractéristiques propres à ce contrat et au contrat d'entreprise internationale régie par la Convention : les matières nécessaires à l'exécution de l'ouvrage/marchandise et en la personne de qui ces matières doivent être fournies.

[102] A titre illustratif, l'exemple jurisprudentiel suivant les expose et montre à un lecteur non averti que ces caractéristiques ne sont en réalité que créatrices d'une relation de faux-amis.

[103] Saisi d'un litige entre une association genevoise ayant demandé à une société française de produire et de livrer 1000 cartes de visites, 1000 chemises et 1000 dépliants publicitaires, les juges genevois ont qualifié le rapport contractuel en question de contrat de livraison d'ouvrage au sens du droit purement interne suisse dans la mesure où la société française avait fabriqué et livré les ouvrages précités sans le concours de l'association genevoise. Constatant l'existence d'un élément d'extranéité au litige et que les parties avaient convenu d'appliquer le « droit suisse », les juges genevois se sont tournés vers l'art. 3 al. 1 de la Convention en concluant que les parties étaient liées par un contrat de vente internationale de marchandise car l'acheteur, l'association genevoise, avait commandé 1000 cartes de visites, 1000 chemises et 1000 dépliants publicitaires à la venderesse française sans avoir fourni des élément matériels nécessaires à la fabrication de ce ceux-ci, ou à tout le moins sans avoir fourni une part essentielle<sup>172</sup>.

# C. Le contrat de vente avec obligation de montage

[104] S'il existe, en droit purement interne suisse, de nombreux contrats qualifiés de « mixtes » par le droit prétorien, celui de ceux-ci qui s'apparente le plus aux contrats mixtes régis par l'art. 3 al. 2 de la Convention n'est autre que le contrat de vente avec obligation de montage qui se définit comme suit : « Il s'agit d'une convention prévoyant, d'une part, la livraison et le transfert de propriété d'une chose ou des parties composantes d'une chose et, d'autre part, l'activité nécessaire pour mettre cette chose vendue mais non encore utilisable en état de fonctionner selon sa destination, à charge pour l'autre partie de s'engager à payer un prix »<sup>173</sup>.

[105] Le contrat de vente avec obligation de montage est ainsi proche de ceux-ci dans la mesure où – à l'instar de ces derniers qui englobent une prestation de fourniture d'une chose et d'une prestation de service – il renferme, lui aussi, une combinaison de deux contrats, soit un contrat de vente portant sur la livraison d'une chose terminée, et un contrat d'entreprise, portant sur le montage, par le vendeur, de la chose livrée<sup>174</sup>.

[106] Par montage, on entend « toute opération, postérieure et distincte de la fabrication, qui consiste à réunir plusieurs éléments déjà fabriquées d'une chose non encore utilisable, ou à adap-

<sup>171</sup> C'est un ouvrage immatériel, résultat d'un travail intellectuel, enregistré de manière perceptible sur un support électronique de données et ainsi matérialisé: Arrêt du TF 4A\_265/2008 du 26 août 2008, c. 2.1.2; SJ 1992 p. 608, 611; SJ 1987 p. 289, 301.

<sup>172</sup> RSDIE 2008 p. 173, 194; RSJ 103/2007 p. 353, 354 et les références doctrinales citées : « La CVIM est ainsi également applicable aux contrats qui portent sur la production et la livraison de choses mobilières (« marchandises ») »; Cour de Justice de Genève (Switzerland), 20 mai 2011, cause ACJC/644/2011, CISG-online 2429.

 $<sup>^{173}</sup>$  Jean-Samuel Leuba, (nbp 157), p. 74; Arrêt du TF  $^{4}$ A $_{165}$ /2012 du 27 août 2012, consid. 2.

<sup>&</sup>lt;sup>174</sup> Alfred Koller, (nbp 166), p. 20. N. 52.

ter cette chose pour la mettre en état de servir et de fonctionner conformément à sa destination » <sup>175</sup>.

[107] Bien que nous ayons évoqué la proximité entre le contrat de vente avec obligation de montage et les contrats mixtes de l'art. 3 al. 2 de la Convention, encore faut-il apporter une nuance à celle-ci pour le cas où le contrat de vente avec obligation de montage ne serait pas qualifié de mixte.

[108] En effet, en droit purement interne suisse, la qualification juridique de ce contrat dépend de l'importance de l'obligation de montage par rapport à la vente<sup>176</sup>.

[109] En d'autres termes, si la prestation liée au montage a une importance aussi grande que celle de la livraison, la nature juridique de ce contrat sera celle d'un contrat mixte<sup>177</sup>. A l'inverse, si la prestation liée au montage est de moindre importance, celle-ci sera considérée comme une obligation accessoire ne modifiant pas la nature de la vente<sup>178</sup>.

[110] L'exemple qui suit, tiré du domaine de l'informatique, met en lumière à la fois les caractéristiques communes à ces deux contrats et la nuance susmentionnée : il s'agit d'une société A, qui utilisait un outil informatique de gestion des opportunités des risques (logiciel standard) commercialisé par la société B. Ayant mis sur le marché une nouvelle version de ce logiciel, cette dernière présente une offre à la société A pour un montant total de 62'500 CHF, comprenant plusieurs postes, dont : 2'500 CHF pour la préparation et l'installation du logiciel ainsi que 9'000 CHF pour la formation à prodiguer par un employé de la société A à ceux de la société B (3'000 CHF par jour durant trois jours).

[111] Notre Haute Cour a constaté que l'instance cantonale précédente avait jugé, à raison, que les parties avaient conclu un contrat de vente avec obligation de montage dans la mesure où l'installation du logiciel – selon toute vraisemblance sur le hardware<sup>179</sup> de l'acheteur<sup>180</sup> – ainsi que la formation des employés de l'acheteuse ne constituaient pas d'importantes prestations d'adaptation et d'individualisation<sup>181</sup>. Les juges cantonaux se sont ainsi fondés sur l'importance de la prestation de montage pour trancher en faveur d'un contrat de vente avec obligation de montage, respectivement de vente « ordinaire »<sup>182</sup>.

<sup>175</sup> Jean-Samuel Leuba, (nbp 157), p. 21–22 : « (...) constituent un montage : l'installation d'un bruleur à mazout, d'un équipement de sonorisation, d'une piscine préfabriquée, d'un autoradio, d'un réfrigérateur dans l'ensemble de la cuisine, d'un moteur dans un bateau de pêche, l'adaptation d'un adoucisseur d'eau, la fixation d'un plafonnier, l'assemblage d'une machine de production, la pose de tapis et de moquettes. » ; Arrêt du TF 4C\_12/2007 du 26 juin 2007, c. 2.3 : « le montage et la mise en service d'une machine d'emballage automatique de morceaux de sucre ».

<sup>176</sup> François Chaix, Le contrat de sous-traitance en droit suisse : limites du principe de la relativité des conventions, Bâle : Helbing & Lichtenhahn, 1995, p. 77.

DC 1983 p. 14; Koller, ad art. 363 OR, N. 120, in: Heinz Hausheer, Der Werkvertrag, Art. 363–366 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, BK – Berner Kommentar Band/Nr. VI/2/3/1, Stämpfli Verlag AG, Berne, 1998.

Lehmann, (nbp 148), ad art. 363 OR, N. 1; Pierre Tercier/Laurent Bieri/Blaise Carron, (nbp 37), N. 3540; Chaix, (nbp 157), ad art.363 CO, N. 18; Sylvain Marchand, Droit de la consommation, CG – Collection genevoise, Schulthess Editions romandes, 2012, p. 191; Arrêt du TF 4A\_446/2015 du 3 mars 2016, consid. 2.

 $<sup>^{179}</sup>$   $\,$  Richard Barbey, (nbp 151), p. 290.

Sur la livraison du hardware et du software standard par le vendeur, une qualification du contrat se fait au regard des circonstances particulières du cas: JdT 2000 I p. 172, 175; ATF 124 III 456, 459.

<sup>&</sup>lt;sup>181</sup> Arrêt du TF 4A 446/2015 du 3 mars 2016, c.2.

<sup>&</sup>lt;sup>182</sup> Les règles du contrat de vente ont été appliquées au cas d'espèce.

[112] Partant du constat que le point névralgique de cette qualification juridique est l'importance de l'obligation de montage, encore faut-il la déterminer pour donner tout son sens à ce distinguo.

[113] Aussi, ce qui a été énoncé à propos des contrats mixtes régis par la Convention, peut s'appliquer *mutatis mutandis* en droit purement interne suisse puisqu'une prestation de service est également mise en balance avec une prestation de livraison.

[114] De la sorte, le critère de la « part prépondérante », respectivement ses sous-critères que sont le critère économique et celui de l'essence du contrat peuvent, à notre sens, être appliqués pour déterminer l'importance de cette obligation de montage par rapport à celle de la livraison. Un ancien arrêt lucernois a, d'ailleurs, exprimé cette opinion en appliquant cumulativement le critère économique, soit la comparaison des valeurs économiques des prestations de montage et de livraison au regard de leurs prix respectifs, et le critère de l'essence du contrat afin de conclure que le contrat en question était un contrat mixte<sup>183</sup>.

#### IV. Conclusion

#### A. Les contrats communs

[115] Eu égard à ce qui précède, nous pouvons arriver à la conclusion qu'il existe trois catégories de contrats semblables à la Convention et au Code suisse des obligations.

[116] Premièrement, le contrat de vente – par excellence – portant sur un bien mobilier. Due à l'exclusion de la vente de biens immeubles et de biens immatériels (sous réserve d'une incorporation dans un bien mobilier) dans la Convention, on s'aperçoit que la notion de « marchandise » est identique à la description négative de l'art. 187  $CO^{184}$  mais plus étroite que celle de chose utilisée à l'art. 184  $CO^{185}$ .

[117] En second lieu, le « contrat d'entreprise » portant sur un bien mobilier. En effet, la Convention en traite à son art. 3 al. 1 en étendant son champ d'application matériel aux contrats de fourniture de marchandises à produire ou à fabriquer, sauf si l'acheteur de ces marchandises fournit une part essentielle des éléments matériels nécessaires à leur fabrication ou à leur production. Par cet élargissement, les dispositions de la Convention – applicables à un contrat de vente par excellence – seront également applicables à ce type de contratsalors que dans le Code suisse des obligations, un tel contrat sera régi par les art. 363 ss CO – normes applicables au contrat d'entreprise<sup>186</sup>.

[118] Enfin, le « contrat mixte » portant sur un bien mobilier. La Convention et le Code suisse des obligations appréhendent un même type de contrats combinant à la fois une prestation de livraison et une prestation de service, étant précisé que les deux prestations en cause sont effectuées par une seule et même personne. Précisons également que tant la Convention que le Code

<sup>&</sup>lt;sup>183</sup> Jean-Samuel Leuba, (nbp 157), p. 72–74.

<sup>184</sup> XAVIER FAVRE-BULLE, La vente internationale d'un produit défectueux selon la Convention de Vienne, in : Christine Chappuis/Bénédict Winiger (éds.), Journée de la responsabilité civile 2002, CEJE-Centre d'études juridiques européennes, Schulthess, 2003, p. 110.

 $<sup>^{185}</sup>$   $\,$  Pierre Tercier/Laurent Bieri/Blaise Carron, (nbp 37), N. 1306.

<sup>186</sup> Catherine Ming, La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises du 11 avril 1980 et le CO (aperçu de quelques différences), p. 556, in : SJ 1991 p. 553–567.

suisse des obligations font dépendre la nature juridique de ce type de contrats de la prépondérance/importance de la prestation de service par rapport à celle de la livraison.

[119] S'agissant de la Convention, si la prestation de service n'est pas prépondérante, eu égard aux critères économique et de l'essence du contrat, un contrat mixte sera qualifié de contrat de vente, lequel sera régi par les dispositions de la Convention, puisque c'est bien le but exprimé par l'extension de son champ d'application matériel<sup>187</sup>. Dans le Code suisse des obligations, si la prestation de service est de moindre importance par rapport à celle de la livraison, ce corps étranger à la vente ne modifiera pas la nature de la vente en sorte que le contrat sera soumis aux règles des art. 184 ss CO. A l'inverse, si la prestation de service a une importance équivalente à celle de la livraison, le contrat sera qualifié de contrat mixte dont la détermination du droit applicable devra s'effectuer en deux temps. Dans un premier temps, il convient de poser la question juridique sous-jacente au litige, puis dans un second temps, de définir quels sont les dispositions légales et principes juridiques auxquels il faudra recourir pour la trancher<sup>188</sup>. En d'autres termes, si la qualification juridique de « contrat mixte » est retenue s'agissant d'un contrat de vente avec obligation de montage, le droit qui lui sera applicable sera soit les dispositions légales et les principes juridiques liés au contrat de vente soit ceux relatifs au contrat d'entreprise, ceci en fonction de la question juridique qui sera posée.

# B. Les conséquences

[120] En choisissant le « droit suisse » comme droit applicable à ces types de contrats internationaux communs à la Convention et au Code suisse des obligations sans exclure expressément la Convention, un co-contractant peut penser, à tort, que, par la seule mention de ce terme, le Code suisse des obligations s'appliquera ou encore penser, à tort, que les conditions d'une exclusion implicite de la Convention sont réalisées entrainant par voie de conséquence l'application du Code suisse des obligations.

[121] Les conséquences sont importantes puisqu'en cas de litige, ce co-contractant se verra imposer par le tribunal une législation non désirée – Convention ou Code suisse des obligations – entrainant, comme le démontre la nomenclature des contrats communs à ces deux législations, – une qualification juridique différente du rapport contractuel, des droits et obligations différents ainsi qu'une incertitude sur le sort des prétentions invoquées<sup>189</sup>.

[122] Par conséquent, les parties à ces types de contrats internationaux communs à la Convention et au Code suisse des obligations sont bien inspirées de préciser dans leurs contrats la portée qu'elles veulent donner à une élection de droit en faveur du « droit suisse ».

AJP 2013 S. 239, 242; RIW 2018 S. 294, 297: « Diese Regelung (Art. 39 Abs. 1 CISG) findet auf Kaufverträge über Waren Anwendung (Art. 1 Abs. 1 Satz 1 CISG) und auf die in Art. 3 CISG genannten Verträge (...) »; KARL H. NEUMAYER/CATHERINE MING, (nbp 6), ad art. 3, N. 5; FRANCO FERRARI, (nbp 63), ad art. 3 CISG, N. 16; Obergericht des Kantons Zug (Switzerland), 19 décembre 2006, cause OG 2006/19, CLOUT n° 0, CISG-online 1427.

ATF 118 II 157, c. 3a, JdT 1993 I 648; ATF 131 III 528, c. 7.1.1; ATF 139 III 49, c. 3.3, JdT 2014 II 217; Arrêt du TF, 4A\_129/2017, c. 5; SJ 2002 I 402; Franz Werro, Le droit des contrats: Jurisprudence fédérale choisie et annotée, 2e éd., Stämpfli Verlag AG, Berne, 2019, p. 26 et la jurisprudence citée.

 $<sup>^{189}~</sup>$  Exemple : Arrêt du TF  $4\mathrm{A}\_543/2018$  du 28 mai 2019.

Arnaud Parreaux, Avocat, CAS, assistant en droit des obligations et droit romain à l'Université de Genève.