



DATE DOWNLOADED: Fri Oct 8 08:43:12 2021
SOURCE: Content Downloaded from [HeinOnline](#)

Citations:

Bluebook 21st ed.

Urs Peter Gruber, Convention on the International Sale of Goods (CISG) in Arbitration, 2009 INT'L Bus. L.J. 15 (2009).

ALWD 6th ed.

Gruber, U. ., Convention on the international sale of goods (cisg) in arbitration, 2009(1) Int'l Bus. L.J. 15 (2009).

APA 7th ed.

Gruber, U. (2009). Convention on the international sale of goods (cisg) in arbitration. International Business Law Journal 2009(1), 15-34.

Chicago 17th ed.

Urs Peter Gruber, "Convention on the International Sale of Goods (CISG) in Arbitration," International Business Law Journal 2009, no. 1 (2009): 15-34

McGill Guide 9th ed.

Urs Peter Gruber, "Convention on the International Sale of Goods (CISG) in Arbitration" [2009] 2009:1 Int'l Bus LJ 15.

AGLC 4th ed.

Urs Peter Gruber, 'Convention on the International Sale of Goods (CISG) in Arbitration' [2009] 2009(1) International Business Law Journal 15.

MLA 8th ed.

Gruber, Urs Peter. "Convention on the International Sale of Goods (CISG) in Arbitration." International Business Law Journal , vol. 2009, no. 1, 2009, p. 15-34. HeinOnline.

OSCOLA 4th ed.

Urs Peter Gruber, 'Convention on the International Sale of Goods (CISG) in Arbitration' (2009) 2009 Int'l Bus LJ 15

-- Your use of this HeinOnline PDF indicates your acceptance of HeinOnline's Terms and Conditions of the license agreement available at

<https://heinonline.org/HOL/License>

-- The search text of this PDF is generated from uncorrected OCR text.

-- To obtain permission to use this article beyond the scope of your license, please use:

[Copyright Information](#)

THE CONVENTION ON THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS (CISG) IN ARBITRATION*

LA CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR LES CONTRATS DE VENTE INTERNATIONALE DE MARCHANDISES (CVIM) ET L'ARBITRAGE

Urs Peter GRUBER**

Ⓛ Conflict of laws; Custom and usage; International commercial arbitration; International sales; National courts; UNIDROIT

INTRODUCTION

The Convention on the International Sale of Goods (CISG) is well established in national court practice.¹ If we look at arbitration practice, we find that the CISG seems to be even more popular there. Although awards by international arbitral tribunals are not published in official collections as often as state courts' decisions,² there is now a considerable and growing number of reported cases in which the CISG was applied by courts of arbitration.³

Courts of arbitration even resorted to the CISG in cases in which the applicability of CISG seemed rather doubtful. In some decisions, the CISG was applied although the contract was outside the Convention's scope of application.⁴ In other decisions, the CISG was applied although it had not come into force at the time the contract was concluded.⁵ Sometimes courts of arbitration resorted to the CISG without even trying to justify that with the rules of private international law. They stated that the CISG was part of the so-called *lex mercatoria* or that the CISG represented existing trade usages and that therefore the CISG had to be applied anyway, irrespective of the otherwise applicable law.⁶ This seems to be a far reaching concept. If we accept

INTRODUCTION

Les tribunaux nationaux recourent souvent à la Convention des Nations Unies sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises (CVIM). En ce qui concerne la pratique arbitrale, l'utilisation de la CVIM y est encore plus fréquente. Bien que les décisions des tribunaux arbitraux ne soient pas publiées dans des bulletins officiels aussi souvent que les décisions de juridictions étatiques, il y a aujourd'hui un nombre considérable et qui ne cesse d'augmenter, d'affaires publiées dans lesquelles la CVIM a été appliquée par les tribunaux arbitraux.

La CVIM a également été appliquée par les tribunaux arbitraux dans des affaires où son applicabilité semblait plutôt discutable. Dans certaines décisions, la CVIM a été appliquée bien que le contrat n'entraîne pas dans le champ d'application de la Convention. Dans d'autres, la CVIM a été appliquée alors même qu'elle n'était pas encore entrée en vigueur au moment où le contrat avait été conclu. Les tribunaux arbitraux ont également recouru à la CVIM sans même essayer de justifier son application au regard des règles du droit international privé. Ils ont déclaré que la CVIM faisait partie de la *lex mercatoria* ou encore que celle-ci faisait partie des usages du droit commercial international existant et que, par conséquent, cette convention devait s'appliquer, sans tenir compte de la loi qui aurait été applicable en l'espèce. Cette conception semble plutôt extensive. Si nous y adhérons,

* The present article is based on a lecture given at the University of Verona on May, 27, 2007. I would like to thank Prof. Franco Ferrari for the kind invitation to Verona.

** Professor Dr, University of Halle-Wittenberg, Germany.

autrement dit si nous considérons que la CVIM fait partie de la *lex mercatoria* ou du droit commercial international coutumier, cela reviendrait à dire qu'elle devrait être appliquée ou du moins prise en considération dans chaque contrat de vente international. La CVIM deviendrait en quelque sorte un droit commercial mondial.

L'une des raisons qui pourrait expliquer la popularité de la CVIM parmi les tribunaux arbitraux, est d'ordre psychologique. Un tribunal étatique a pour habitude d'appliquer sa loi nationale. En effet, un tribunal allemand considérerait probablement normal d'appliquer le code civil allemand comme texte de référence. Vue sous cet angle, la mise en œuvre d'une convention telle que la CVIM constitue une situation plutôt hors du commun. Un Tribunal International d'Arbitrage a probablement un autre point de vue. En effet, pour celui-ci, l'application de conventions ou de règles de droit international semble être la règle et non l'exception.

Cette hypothèse n'explique pas à elle seule la popularité de la CVIM au sein des tribunaux arbitraux. C'est pourquoi, dans la première partie de cette étude, nous déterminerons les raisons de la popularité de la CVIM devant ces tribunaux. Dans la deuxième partie, nous étudierons les circonstances dans lesquelles les tribunaux arbitraux ont réellement la possibilité d'appliquer la CVIM. En d'autres termes, quel est le fondement légal de l'applicabilité de la CVIM par les tribunaux arbitraux ?

LES RAISONS DE LA FRÉQUENTE APPLICATION DE LA CVIM PAR LES TRIBUNAUX ARBITRAUX

Comparaison entre la CVIM et le droit étatique

CVIM : un accès facile

La facilité d'accès à la CVIM constitue l'un de ses avantages. Ceci est vrai non seulement pour les tribunaux arbitraux mais également, et c'est sans doute plus important, pour les parties au contrat.

Prenons l'hypothèse d'un contrat international de vente entre un vendeur qui a son établissement principal en Italie et un acheteur qui a son établissement principal en Allemagne. Il se pourrait qu'un tribunal arbitral applique le droit italien, comme par exemple les règles du code civil italien. En règle générale, cela sera au désavantage de la partie allemande, étant donné que celle-ci n'est en principe pas familière avec le droit italien ni même avec la langue italienne. Elle pourrait ainsi perdre l'affaire, simplement à cause de son manque de connaissance du droit italien. Le même problème se poserait sans doute pour la partie italienne, si les tribunaux arbitraux avaient décidé d'appliquer le droit allemand.

Au vu de ces difficultés, l'application de la CVIM, en tant que convention internationale, semble être un bon compromis. Les deux parties disposent des

that concept—the CISG being part of the *lex mercatoria* or of existing trade usages—the CISG would have to be applied or at least considered in every international contract of sale. The CISG would be something like the world's sales law.

One reason for the popularity of the CISG among courts of arbitration might be a psychological one. A state court is used to an application of its own national law. So a German law court would probably consider the application of the German Civil Code as being the standard case. The application of a convention such as the CISG is— from that perspective—a rather exceptional situation.⁷ An international court of arbitration probably has a different view. For such a court, the application of international conventions or other international rules of law seems to be the ordinary case and not the exception.

This alone does not explain why the CISG seems to be such a preferential set of rules for courts of arbitration. So in the first part of this article, I will ask what makes the CISG so popular among courts of arbitration. Later on in the second part I will ask when courts of arbitration really have the possibility to apply the CISG. Or in other words: What is the correct legal basis for the applicability of the CISG by courts of arbitration?

REASONS FOR THE FREQUENT APPLICATION OF CISG BY COURTS OF ARBITRATION

CISG compared with national law

Easy access to the CISG

One advantage of the CISG lies in the fact that there is very easy access to the convention. This is true of the courts of arbitration but—maybe even more importantly—of the parties to the contract.

Let's assume that we have an international contract of sale with a seller who has his principal place of business in Italy and a buyer who has his principal place of business in Germany. In this case, a court of arbitration might apply Italian national law, e.g. the rules of the Italian civil code. In many cases this will be a disadvantage to the German party as the German party is normally not familiar with Italian law or even not familiar with the Italian language. The German party might lose the case just because it is not familiar with the applicable Italian law. The same problem would probably arise on the Italian side if the court of arbitration applied German law instead.

Compared with this, the application of the CISG—as an international convention—can be seen as a good compromise. Both parties have the same easy chance to get

familiar with the CISG. The CISG is published in nearly every language of the world.⁸ Additionally there are many commentaries or other scholarly writings on the CISG worldwide which to a considerable extent are even available in full text on the internet.⁹ There are a large number of reported court decisions on the CISG, and there is an easy access to these decisions via internet.¹⁰

So whenever the contract is governed by the CISG, none of the parties has to fear that it will lose just because it is not familiar with the applicable law. In this respect, the parties are on an equal footing.

Workable compromise solutions contained in CISG

Moreover, the CISG works as a good compromise because it is designed to reconcile different legal traditions. The provisions contained in the CISG were discussed during a large Conference in Vienna, and the preparatory work did not take months but years.¹¹ The drafters of the CISG especially concentrated on bridging the gap between developing and developed countries and Anglo-American legal traditions and the legal traditions based on Roman law.¹² Therefore a German or Italian seller or buyer will not get the impression that the CISG is only based upon common law principles. Also, a US American seller will not get the impression that the CISG can only be understood from a civil law perspective.

The equal treatment of the parties might be of even greater importance if there is no jurisdiction of a state court, but an arbitration agreement. In the case of an arbitration agreement, the parties have already moved out of the national rules of procedure. Instead, they have decided to meet on neutral grounds. So from their perspective as well it seems to be a logical consequence that the court of arbitration does not apply national law, but the law of an international convention such as the CISG.

Rules designed for cross-border contracts of sale

What else can be said in favour of an application of the CISG? If we compare the CISG to national law, we will find that the CISG is specially designed for international contracts of sale. In the new German sales law, the buyer, in case of a defective good, has to give the seller the chance to cure—let's say to repair the defect.¹³ But if the seller does not do that, and if there is still some lack of conformity, the buyer has the right to declare the contract avoided.¹⁴ And if the buyer declares the contract avoided, the seller has to take back the goods, and he has to pay back the price to the buyer.¹⁵

mêmes chances de se familiariser avec la Convention. Cette dernière est publiée dans quasiment toutes les langues du monde. En outre, il y a dans le monde de nombreux commentaires et articles doctrinaux sur la CVIM, dont une grande partie est intégralement disponible sur internet. Enfin, beaucoup de décisions relatives à l'application de la CVIM ont été publiées, auxquelles on peut facilement accéder sur internet.

Par conséquent, dès lors qu'un contrat est régi par la CVIM, aucune partie ne redoute de perdre, pour la simple raison qu'elle n'est pas familière avec le droit applicable. A cet égard, les parties sont sur un pied d'égalité.

CVIM : des solutions de compromis réalisables

La CVIM constitue également un bon compromis, car elle a été rédigée dans l'optique d'harmoniser les règles issues de traditions juridiques différentes. La rédaction de ces dispositions a été débattue durant une conférence de grande envergure à Vienne et la durée des travaux préparatoires s'est comptée non pas en mois, mais en années. Quant aux rédacteurs de la Convention, ils ont particulièrement concentré leurs efforts sur le rapprochement entre, d'une part les pays en voie de développement et les pays développés, et d'autre part, les pays de *common law* et ceux de droit civil. Par conséquent, un vendeur ou un acheteur de nationalité allemande ou italienne n'aura pas l'impression que la CVIM se fonde uniquement sur des principes de *common law*. De même, un vendeur américain n'aura pas le sentiment que la CVIM puisse être appréhendée uniquement avec des connaissances de droit civil.

Le traitement égalitaire des parties est d'autant plus important que ce n'est pas un tribunal étatique qui a compétence pour régler le litige mais un tribunal arbitral en vertu d'une clause compromissoire. En effet, une fois que les parties ont décidé de recourir à l'arbitrage, elles se placent de facto en dehors des règles de procédure étatique. Dès lors, elles prennent la décision de se rencontrer en terrain neutre. Par conséquent, il semble logique que le tribunal arbitral applique des règles de droit international telles que la CVIM et non le droit d'un Etat.

Règles appliquées aux contrats de vente transnationaux

Que peut-on dire de plus en faveur de l'application de la CVIM ? Lorsque nous comparons la CVIM au droit étatique, on s'aperçoit que les dispositions de celle-ci visent spécifiquement les contrats de vente internationale. En vertu des nouvelles dispositions du droit allemand de la vente, l'acheteur doit donner au vendeur l'opportunité de remédier aux défauts du produit, par exemple pour le réparer. Mais si le vendeur ne s'exécute pas, et que le défaut de conformité persiste, l'acheteur a le droit de résilier le contrat, auquel cas le vendeur a alors l'obligation de reprendre les marchandises et de rembourser le prix payé par l'acheteur.

La CVIM penche pour une solution différente. Elle prend en compte les longues distances que doivent parcourir les marchandises lors des ventes internationales, ce qui entraîne des coûts et des risques pour le transport bien plus élevés que pour des ventes à l'intérieur d'un même Etat. Ainsi, par exemple, si un contrat est conclu entre un vendeur italien et un acheteur australien, et que les marchandises sont envoyées depuis l'Italie vers l'Australie, les coûts et les risques liés au transport sont considérables. Ils seraient multipliés par deux si l'acheteur avait le droit de résilier le contrat chaque fois que les marchandises n'ont pas la qualité requise.

La CVIM tente d'éviter les difficultés liées aux coûts et aux risques du transport international. Ainsi, si la CVIM est applicable et qu'il y a un défaut de conformité, l'acheteur peut réclamer des dommages-intérêts mais ne peut résilier le contrat, à moins que le défaut de conformité ne constitue une contravention essentielle au contrat défini à l'article 25 de la Convention. Mais la contravention éventuelle au contrat n'est caractérisée que si l'acheteur ne peut pas utiliser les marchandises du tout. Ainsi, si les marchandises peuvent malgré tout être utilisées par l'acheteur, il n'y aura pas de retour inutile et excessivement coûteux des marchandises.

Conclusions

En résumé, les trois raisons principales pour lesquelles la CVIM est sans doute plus avantageuse que le droit étatique, sont :

- son accès facile et égalitaire pour les parties ;
- ses solutions de compromis facilement réalisables ; et
- elle vise spécialement les contrats de vente internationaux.

La CVIM et les principes UNIDROIT

Malgré tout, on peut se demander s'il existe des alternatives, sur le plan international, à la CVIM. Par exemple, on pourrait considérer que les principes UNIDROIT puissent la concurrencer. Ils ont déjà été appliqués par des tribunaux arbitraux, mais sans réellement supplanter la CVIM.

Les principes UNIDROIT sont comparables aux 'Restatements of Law' aux Etats-Unis. Ces derniers tentent de *transposer* le droit des contrats internationaux en vigueur. Cette transposition ne se limite pas aux contrats de vente, mais recouvre tous les contrats internationaux. Bien entendu, les principes UNIDROIT, tout comme la CVIM, tentent d'aboutir à un compromis entre les différents systèmes juridiques existants.

Mais, à la différence de la CVIM, les principes UNIDROIT n'ont pas de force juridique. Ils ont été

The CISG prefers a different solution. The CISG takes into consideration that in international cases, goods have to travel a long way. Therefore costs and risks of transportation in international cases are much higher than in internal cases. So if, for example, there is a contract between an Italian seller and an Australian buyer, and if the goods are sent from Italy to Australia, there are considerable costs and risks of transportation. The costs and risks would double if the buyer had the right to declare the contract avoided in every case in which the goods do not have the required quality.

The CISG tries to avoid those costs and risks of international transportation.¹⁶ So if the CISG applies, and if there is a lack of conformity, the buyer may claim damages. But he normally has no right to declare the contract avoided. He can only declare the contract avoided if the lack of conformity constitutes a fundamental breach of contract as defined by art.25 of the Convention. And there is only a fundamental breach of contract if—roughly speaking—the buyer has no use of the goods at all.¹⁷ So if the goods can at least be used by the buyer, there is no unnecessary and uneconomical transport back and forth.

Conclusions

To sum up, there are three main reasons why the CISG might be more attractive than national law:

- It is easily and equally accessible to both parties.
- It contains workable compromise solutions.
- It is specially designed for cross-border contracts of sale.

CISG and the UNIDROIT principles

Still, we might ask whether there are alternatives to the CISG on an international level. A competing instrument may be seen in the so-called UNIDROIT principles.¹⁸ Indeed, the UNIDROIT principles have been applied by courts of arbitration,¹⁹ but without really superseding the CISG.²⁰

The UNIDROIT principles could be best compared, if at all, with the Restatements of Law in the United States.²¹ They try to "restate" existing international contract law. They are not restricted to contracts of sale, but cover all international contracts. Of course, the UNIDROIT principles also—just like the CISG—attempt to reach a compromise between the existing legal systems.²²

In contrast to the CISG, the UNIDROIT principles are not binding law. They were prepared by a group of experts

from the major legal systems of the world. Those experts took part in a personal capacity; they were not sent by their governments.²³

As a matter of fact, the UNIDROIT principles are normally not applied by state courts—as they are not state law, but just black letter rules created by private experts.²⁴ But we have seen that UNIDROIT principles have already been applied more or less directly by courts of arbitration.²⁵ Still, it seems that the CISG and the UNIDROIT principles are not competing instruments, but rather complementary instruments.

This has especially been pointed out by the most prominent promoter of the UNIDROIT principles, Prof. Bonell. He advocates the supplementary application of the CISG and the UNIDROIT principles.²⁶

It has to be noted that the CISG only applies to contracts of sale, and that—moreover—the CISG does not cover all the legal questions which might arise in connection with such a sales contract. Some matters are explicitly excluded from the scope of application of the CISG. This applies to the validity of the contract²⁷—especially the effects of mistake or fraud²⁸—and also to the liability of the seller for death or personal injury caused by the goods.²⁹

In my opinion it is therefore best to see in the CISG a *lex specialis* which can be supplemented by the application of the UNIDROIT principles. If a question is within the scope of application of the CISG, and if the CISG contains an applicable rule, the CISG should be applied first. If, on the contrary, a matter is excluded by the CISG, or if it is not sufficiently regulated by the CISG, a court of arbitration may fall back on the UNIDROIT principles.

To sum up the first part of this article, we can say that the application of the CISG seems to be a good solution. In most cases, it is better than an application of national law. Also, the CISG should not be replaced by a general application of the UNIDROIT principles.

LEGAL BASIS FOR THE APPLICABILITY OF CISG BY COURTS OF ARBITRATION

Introduction

I will now turn to the question of when the CISG has to be applied by courts of arbitration. In other words, what is the correct legal basis for the applicability of the CISG by courts of arbitration?

The CISG itself defines its scope of application in a very detailed way, especially in arts 1–6. There are numerous

rédigés par un groupe d'experts provenant des principaux systèmes juridiques. Ils y ont pris part à titre personnel et n'ont pas été mandatés par leurs gouvernements respectifs.

Dans les faits, les tribunaux étatiques n'appliquent pas en règle générale les principes UNIDROIT, puisqu'ils ne font pas partie du droit étatique, mais constituent uniquement des règles créées par des experts privés. Toutefois, ces principes ont déjà été appliqués plus ou moins directement par les tribunaux arbitraux. En réalité, il semblerait que ces deux textes ne se fassent concurrence mais qu'ils sont plutôt complémentaires l'un de l'autre.

Ceci a été mis en avant par le promoteur principal des principes UNIDROIT, le professeur Bonell. Il préconise l'application complémentaire de la CVIM et des principes UNIDROIT.

Il faut souligner que la CVIM ne s'applique qu'aux contrats de vente, et que de surcroît elle ne couvre pas toutes les questions juridiques qui peuvent survenir du fait d'un contrat de vente. En effet, certaines matières sont explicitement exclues du champ d'application de la CVIM. C'est le cas par exemple de la validité du contrat, notamment pour les questions d'erreur ou de fraude, mais aussi de la responsabilité du vendeur pour les accidents mortels ou pour les dommages corporels causés par la marchandise.

A mon sens, il vaut mieux considérer la CVIM comme une *lex specialis* qui peut être complétée par l'application des principes UNIDROIT. Si une question entre dans le champ d'application de la CVIM et que celle-ci contient une règle applicable en l'espèce, alors la convention doit être appliquée prioritairement. A l'inverse, si une question n'est pas traitée ou pas suffisamment réglementée par la CVIM, alors un tribunal arbitral devrait recourir aux principes UNIDROIT.

En résumé, l'application de la CVIM semble être une bonne solution. Dans la plupart des cas, elle est préférable à l'application du droit étatique. Par ailleurs, la CVIM ne doit pas être remplacée par une application générale des principes UNIDROIT.

LE FONDEMENT JURIDIQUE DE L'APPLICABILITÉ DE LA CVIM PAR LES TRIBUNAUX ARBITRAUX

Introduction

Nous nous tournons maintenant vers la question des circonstances dans lesquelles la CVIM doit être appliquée par les tribunaux arbitraux. En d'autres mots, quel est le fondement juridique de l'applicabilité de la CVIM par les tribunaux arbitraux ?

Le champ d'application de la CVIM est défini de manière très détaillée, en particulier par les articles

1 à 6. Il y a de nombreuses décisions étatiques portant sur ces dispositions, ainsi que de nombreux articles doctrinaux.

Du côté des tribunaux arbitraux, il y a bien moins de commentaires issus de la doctrine concernant l'applicabilité de la CVIM. On pourrait même aller jusqu'à dire que ce sujet n'a pas encore fait l'objet d'un véritable sujet de discussion. Par ailleurs, les décisions des tribunaux arbitraux divergent sur l'applicabilité de la CVIM. Par conséquent, quelques incertitudes demeurent et des questions restent en suspens.

L'applicabilité de la CVIM par les tribunaux étatiques

Contrats de vente de marchandises

Nous allons tout d'abord nous tourner vers le champ d'application de la CVIM, défini par les articles 1 à 6. Il ne fait aucun doute que l'application de ces derniers est obligatoire pour les tribunaux étatiques. Nous devons examiner si ces règles sont également obligatoires pour les tribunaux arbitraux.

Il découle de l'article 1 de la Convention que la CVIM s'applique aux contrats de vente. Le contrat de vente est, par définition, un concept clair. L'obligation principale du vendeur consiste à livrer les marchandises et à en transférer la propriété. La quantité et la qualité des marchandises telles que définies dans le contrat doivent être respectées. L'obligation principale de l'acheteur réside dans le paiement du prix. L'article 3 stipule que la CVIM ne s'applique pas si l'obligation du vendeur consiste principalement à fournir une prestation de travail. Dans ce cas, ce n'est pas un contrat de vente tel que défini par la CVIM.

La CVIM ne s'applique qu'aux contrats de vente de marchandises, qui sont, par essence, des biens meubles et tangibles. Les contrats portant sur des biens immobiliers, en particulier les contrats pour des terrains, n'entrent pas dans le champ d'application de la CVIM. Les contrats sur les biens immatériels, telles que les droits de propriété intellectuelle ou le recouvrement d'une dette, ne sont pas non plus couverts. De même dans le domaine de la vente de marchandises, la CVIM ne comprend pas tous les contrats : elle ne s'applique pas aux contrats de vente qui sont mentionnés à l'article 2 de la Convention.

Les lieux d'établissement des parties situés dans différents Etats

Bien sûr, la CVIM ne s'applique qu'aux contrats internationaux. Nous nous tournons donc vers les dispositions clés de l'article 1, paragraphe 1 de la CVIM. Ce sont des dispositions clés qu'il convient d'analyser avec beaucoup de précision.

L'article 1, paragraphe 1 pose une règle générale : les parties doivent avoir leur lieu d'établissement dans Etats différents. Le lieu d'établissement des parties dans des Etats différents est toujours une condition préalable à l'application de la

state courts' decisions on these provisions, and there is also a large scholarly discussion on the details of arts 1–6 of the CISG.

On the other hand, there are far less scholarly remarks on the applicability of the CISG by courts of arbitration.³⁰ We could even say that the applicability of the CISG by courts of arbitration has not been really discovered as a subject of discussion. Also, there are divergent decisions of courts of arbitration on the applicability of the CISG.³¹ So all in all, there still remain some uncertainties and open questions.

Applicability of the CISG by state courts

Contract of sale of goods

At the beginning one must have a look at the sphere of application as it is defined by arts 1–6 of the CISG. Articles 1–6 are undoubtedly binding upon state courts. We will have to carefully examine whether these rules are also binding upon courts of arbitration.

As follows from art.1 of the Convention, the CISG applies to contracts of sale. The concept of a sales contract is in essence clear. The main duty of the seller consists in the delivery of the goods and in the transfer of the property in the goods. The goods have to be of the quantity and quality required by the contract. The buyer's main duty lies in the payment of the price. Article 3 stipulates that the CISG does not apply if the preponderant part of the obligations of the seller consists in the supply of labour. In this case, it is not a sale contract as defined by the CISG.

The CISG only applies if it is a contract on the sale of *goods*. Goods are in essence *movable* and *tangible* things.³² Contracts concerning immovable things, especially contracts on land, do not fall within the scope of the CISG. Also not included are contracts on intangible things, such as intellectual property rights or the assignment of debt.³³ Even in the field of sale of goods, the CISG does not cover all the contracts. The CISG does not apply to those sale contracts which are mentioned in art.2 of the Convention.³⁴

Parties' places of business in different States

Then of course, the CISG only applies to *international* contracts. We therefore turn to the very important provisions contained in art.1(1) of the CISG. These are now key provisions which we have to analyse with some precision.

Article 1(1) provides as a general rule that the parties have to have their places of business in *different states*. The parties' place of business in different states is always a threshold condition for the application of the Convention.³⁵

If the parties have their places of business in the same state the CISG does not apply.

The further requirements for the application of the CISG are set forth in art.1(1)(a) and (b). As we will see, sub-paragraphs (a) and (b) are very different in character and have to be distinguished carefully.

Parties' places of business in different Contracting states (CISG art.1(1)(a))

Subparagraph (a) provides that the CISG applies if the parties have their places of business in different *Contracting states*. This is a criterion which is quite easy to handle. Subparagraph (a) has become more and more important as most European states, the United States of America and many Asian, African and South American states have joined the CISG.³⁶

Article 1(1)(a) of the CISG leads to a direct application of the CISG. This is to say that in the case of art.1(1)(a), there is no room for the rules of private international law.³⁷ Those rules are replaced by art.1(1)(a). Therefore there is no need to resort to the Rome Convention on the law applicable to contractual obligations.³⁸ All one needs to do is check whether or not the two parties have their principal places of business in different Contracting states.

However there is an inherent exception to the application of art.1(1)(a). One will not find this exception in the text of the CISG. As previously stated, the CISG will basically apply whenever the parties have their places of business in different contracting states. This is without exception true if the law of the *lex fori* is the law of a contracting state. On the contrary, if the forum is one of a *non-contracting state*—this court will not resort to art.1(1)(a) of the CISG. This is simply because this court is not bound by art.1(1)(a) of the Convention.³⁹

What will this court do then? This court of a *non-contracting state* will apply its own rules of private international law. Of course, this court might also end up applying the CISG. But in this case, the application of the CISG is not a result of art.1(1)(a) of the CISG; it is the result of the private international law rules of this *non-contracting state*.

The CISG as part of domestic law rendered applicable by rules of private international law (CISG art.1(1)(b))

If art.1(1)(a) does not apply, the door to the application of the CISG might be opened by art.1(1)(b). This provision is quite different from the rule we find in art.1(1)(a). In contrast to art.1(1)(a) it does not replace the rules of private international law. In fact, it explicitly leaves the decision to the rules of private international law. It is only applicable

Convention. Si les parties ont leur lieu d'établissement dans le même Etat, la CVIM ne s'applique pas.

Les autres critères d'application de la CVIM sont posés dans l'article 1, paragraphe 1 alinéa a et b. Comme nous le verrons, le mécanisme de l'alinéa a et de l'alinéa b sont très différents dans leur nature et doivent être distingués avec soin.

Le lieu d'établissement des parties dans différents Etats contractants (art.1 para.1, alinéa a de la CVIM)

L'alinéa a dispose que la CVIM s'applique si les parties ont leur établissement dans différents *Etats Contractants*. C'est un critère qui est assez facile à manier. L'alinéa a a pris de l'importance depuis que la plupart des pays d'Europe, les Etats-Unis et plusieurs pays asiatiques, africains et sud-américains ont rejoint la CVIM.

Il faut souligner que l'article 1, paragraphe 1, alinéa a de la CVIM conduit à une application directe de celle-ci. Autrement dit, cet article ne laisse aucune place à l'application des règles de droit international privé. Ces règles sont remplacées par l'article 1, paragraphe 1, alinéa a. Par conséquent, il n'y a pas besoin de recourir à la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Il suffit de vérifier si le lieu principal d'établissement de chaque partie est situé dans Etats contractants différents.

Toutefois, il existe une exception inhérente à l'application de l'article 1, paragraphe 1, alinéa a, qu'on ne retrouve pas dans le texte de la CVIM. Comme nous venons de l'expliquer, la CVIM va s'appliquer tant que les deux parties ont leur établissement dans différents Etats contractants. Cette règle est juste, dans la mesure où la *lex fori* applicable est la loi d'un Etat contractant. A l'inverse, si le forum est celui d'un Etat non contractant, alors le tribunal ne va pas se référer à l'article 1, paragraphe 1, alinéa a de la CVIM, tout simplement parce que le tribunal n'est alors pas tenu de respecter l'article 1, paragraphe 1, alinéa a de la Convention.

Que fera alors le tribunal ? Le tribunal d'un Etat non contractant appliquera ses propres règles de droit international privé. Bien sûr le tribunal pourrait en venir à appliquer la CVIM. Dans ce cas, la mise en œuvre de celle-ci ne résulte pas de l'article 1, paragraphe 1, alinéa a de la CVIM, mais de l'application des règles de droit international privé de cet Etat.

La CVIM, partie intégrante de la loi nationale de par l'application des règles de droit international privé (art.1 para.1, alinéa b de la CVIM).

Si l'article 1, paragraphe 1, alinéa a ne s'applique pas, l'application de la CVIM peut se faire par le biais de l'article 1, paragraphe 1, alinéa b. Cette disposition diffère de la règle posée par l'article 1, paragraphe 1, alinéa a. A l'inverse de l'article 1, paragraphe 1, alinéa a, elle ne remplace pas les règles de droit international privé. En fait, l'alinéa b confie la décision aux règles de droit international privé.

Ce n'est qu'après que les règles de droit international privé aient été établies que la loi d'un Etat Contractant s'applique que la Convention devient applicable.

Un exemple de l'application de l'article 1, paragraphe 1, alinéa b de la CVIM pourrait être le suivant : un contrat de vente entre un vendeur qui a son établissement principal en Allemagne et un acheteur qui a son établissement principal au Royaume-Uni. Le Royaume-Uni n'est pas encore un Etat contractant. L'application de la CVIM, par conséquent, ne peut pas être faite sur le fondement de l'article 1, paragraphe 1, alinéa a. En revanche, elle peut découler de l'article 1, paragraphe 1, alinéa b. Les tribunaux allemands appliqueraient les règles de droit international privé. En d'autres mots, ils appliqueraient les règles de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

La Convention de Rome, en l'absence d'autres choix de loi, conduit normalement à l'application de la loi de l'Etat dans lequel le vendeur a son établissement principal. Dans notre cas, cela reviendrait, par conséquent, à appliquer le droit allemand. Dans le contexte de l'article 1, paragraphe 1, alinéa b de la CVIM, le droit allemand ne renvoie pas particulièrement au Bürgerliches Gesetzbuch. Le droit allemand, tel que défini par l'article 1, paragraphe 1, alinéa b de la CVIM, est d'abord constitué de règles que l'on peut trouver dans la CVIM. Par conséquent, les tribunaux allemands appliqueront prioritairement la CVIM.

L'alinéa b clarifie la nature des règles contenues dans la CVIM. Ainsi, la règle prévue à l'alinéa b pourrait également être interprétée de la manière suivante : si les deux parties ont leur établissement principal dans différents Etats, les dispositions de la CVIM sont considérées comme étant le droit interne d'un Etat contractant.

Ceci conduit au constat suivant : les tribunaux des Etats non contractants peuvent également avoir recours aux dispositions de l'article 1, paragraphe 1, alinéa b. Tel que précisé ultérieurement, ces tribunaux vont toujours appliquer leurs propres règles de droit international privé. Un tribunal anglais appliquera ainsi les règles anglaises de droit international privé. Dans le cas mentionné ci-dessus, le tribunal anglais appliquera aussi les dispositions de la Convention de Rome, ce qui aura pour conséquence de désigner l'application du droit allemand.

Devront-ils également appliquer les règles de la CVIM ou appliqueront-ils le Bürgerliches Gesetzbuch ? Ils devront appliquer la CVIM car le législateur allemand, en ratifiant la Convention, a déclaré que la CVIM serait intégrée au droit allemand. La CVIM doit donc s'appliquer, au même titre que n'importe quelle autre disposition du droit allemand. Par conséquent, à la différence de l'article 1, paragraphe 1, alinéa a, les tribunaux des Etats non contractants peuvent également recourir aux dispositions de l'article 1, paragraphe 1, alinéa b.

En résumé, ce sont les dispositions les plus importantes pour déterminer le champ d'application de la CVIM. Un point reste à aborder. Les parties ont la possibilité d'exclure l'application de la CVIM, en vertu de l'article 6 de la Convention. En d'autres termes, il est possible de s'entendre afin de déroger à la Convention.

after rules of private international law have established that the law of a contracting state applies.

An example for the application of CISG art.1(1)(b) is a contract of sale between a seller who has his principal place of business in Germany and a buyer who has his principal place of business in the United Kingdom. The United Kingdom is not yet a contracting state. The application of the CISG therefore cannot be based upon art.1(1)(a). But it can follow from art.1(1)(b). German state courts would apply the rules of private international law. They would in other words apply the rules of the Rome Convention on the law applicable to contractual obligations.⁴⁰

The Rome Convention—if there is no other choice of law—normally leads to the law of the state in which the seller has his principal place of business.⁴¹ In our case, it would consequently lead to the application of German law. German law in this context as defined by CISG art.1(1)(b) is not primarily the law of the Bürgerliches Gesetzbuch. German internal law as defined by CISG art.1(1)(b) consists primarily in the rules we find in the CISG. So German law courts will primarily apply the CISG.

Subparagraph (b) operates as a clarification as to the nature of the rules contained in the CISG. The rule stipulated in subparagraph (b) could also be translated as follows: if the two parties have their principal places of business in different States, the provisions of the CISG are considered to be the internal law of a contracting state.

This leads to the conclusion that art.1(1)(b) is also relevant for courts in *non-contracting states*. These courts will always apply their own private international law rules. So for example, an English court will apply the English rules of private international law. In the above-mentioned case, English law courts will also apply the rules of the Rome Convention. They will also come to the result that German law applies.

Will they then also apply the rules of the CISG or will they apply the Bürgerliches Gesetzbuch? They will have to apply the CISG because the German legislator—by ratifying the Convention—has declared that the CISG constitutes a part of the German law. So the CISG has to be applied just as any other provisions of German law. Consequently, in contrast to art.1(1)(a), the provision in art.1(1)(b) is also relevant for the courts of non-contracting states.

These are—in very short terms—the most relevant provisions which determine the sphere of application of the CISG. There is just one thing left to be mentioned. The parties have the possibility of excluding the application of the CISG. This follows from art.6 of the Convention. There

is in other words the possibility of opting out of the CISG by way of agreement.

Applicability of CISG by courts of arbitration

Courts of arbitration not bound by art.1(1)(a) of the CISG

The question is whether or not courts of arbitration have to apply art.1 CISG directly—just in the way state courts have to do that.

If we take a look at the practice of courts of arbitration, we find that they very often apply the CISG. But apart from that, we do not get a very clear picture. The courts give different reasons for the application of the CISG. Sometimes they apply art.1(1)(a) of the CISG,⁴² sometimes they apply rules of private international law⁴³ and sometimes they treat CISG as a part of the *lex mercatoria* or as a part of existing trade usages.⁴⁴

So there is a whole basket with different solutions in it. One will first try to find out whether or not art.1(1)(a) or (b) are binding upon courts of arbitration.

Relevance of art.1(1)(a)

We have seen that art.1(1)(a) and (b) are different in character. Therefore it is again advisable to examine them separately.

We will first turn to art.1(1)(a) and start with an easy observation. A court of arbitration is obviously not bound by art.1(1)(a) if this court is situated in a non-contracting state. There is no reason why the court of arbitration situated in a non-contracting state should adhere more to the rules of the CISG than a state court also situated in that same non-contracting state.

But what about courts of arbitration which are situated in a contracting state? Are they bound by CISG art.1(1)(a)—just as state courts—or are they also in the same position as courts of a *non-contracting state*?

In my opinion courts of arbitration are in fact *not* directly bound by art.1(1)(a) of the CISG. In other words: the rules of private international law which have to be applied by the courts of arbitration are not replaced by the direct application of the CISG via art.1(1)(a).⁴⁵

Why is that so? It can be explained by the fact that the CISG is an international treaty. As an international treaty, the CISG is only binding on the contracting states and their organs, such as state courts.⁴⁶ Courts of arbitration cannot be considered organs of the state in which they are situated. They are not created by states and they do not

L'applicabilité de la CVIM par les tribunaux arbitraux

Les tribunaux arbitraux ne sont pas liés par l'article 1, paragraphe 1, alinéa a de la CVIM

Il est temps de revenir à la question initiale. Les tribunaux arbitraux doivent-ils appliquer l'article 1 de la CVIM directement, de la même façon que le font les tribunaux étatiques ?

Nous constatons, de par la pratique des tribunaux arbitraux, que ces derniers appliquent fréquemment la CVIM. En revanche, mis à part ce point, ce n'est pas très clair. Les tribunaux donnent différentes raisons pour justifier l'application de la CVIM. Parfois, ils appliquent l'article 1, paragraphe 1, alinéa a, parfois ils appliquent les règles de droit international privé et parfois ils traitent la CVIM comme partie intégrante de la *lex mercatoria* ou comme partie des usages du commerce existants.

Il y a donc tout un panel de solutions différentes. Nous allons d'abord essayer de déterminer si les tribunaux arbitraux doivent appliquer l'article 1, paragraphe 1, alinéa a ou alinéa b.

Pertinence de l'article 1, paragraphe 1, alinéa a

Il a été démontré que l'article 1, paragraphe 1, alinéa a et alinéa b sont de nature différentes. Par conséquent, il est préférable de les examiner séparément.

Nous allons d'abord nous tourner vers l'article 1, paragraphe 1, alinéa a et commencer par un constat simple. De toute évidence, si un tribunal arbitral est situé dans un Etat non contractant, il n'est pas contraint d'appliquer l'article 1, paragraphe 1, alinéa a. Dans la mesure où un tribunal étatique situé dans un Etat non contractant n'est pas contraint d'appliquer la CVIM, il n'y a pas de raison pour qu'un tribunal arbitral le soit.

Mais qu'en est-il des tribunaux arbitraux situés dans un Etat contractant ? Sont ils contraints d'appliquer l'article 1, paragraphe 1, alinéa a de la CVIM, au même titre que les tribunaux étatiques, ou Sont-ils dans la même position qu'un tribunal d'un Etat non contractant ?

Il semble que l'article 1, paragraphe 1, alinéa a de la CVIM n'ait pas de force contraignante à l'égard des tribunaux arbitraux. Autrement dit, les règles de droit international privé que sont tenus de respecter les tribunaux arbitraux ne sont pas remplacées par l'application directe de la CVIM via l'article 1, paragraphe 1, alinéa a.

Pourquoi cela ? Ceci peut être expliqué par le fait que la CVIM est un traité international. En tant que tel, la force obligatoire de la CVIM ne s'exerce qu'envers les Etats contractants et leurs organes, comme par exemple un tribunal étatique. Les tribunaux arbitraux ne peuvent être considérés comme des organes de l'Etat dans lequel ils sont situés : ils n'ont pas été créés par un Etat et n'exercent pas de pouvoir

étatique. Au contraire, leurs décisions se fondent sur une clause compromissoire rédigée par les parties.

Ainsi, si nous prenons l'hypothèse d'un vendeur dont l'établissement principal est localisé en Italie et d'un acheteur dont l'établissement principal se trouve en Allemagne, un tribunal arbitral ne sera pas tenu d'appliquer l'article 1, paragraphe 1, alinéa a de la CVIM. Celui-ci peut, en revanche, se tourner vers les règles de droit international privé. Ces dernières pourraient conduire à l'application de la CVIM tout comme elles pourraient conduire à l'application des règles de droit d'un Etat. C'est pourquoi on peut affirmer qu'un tribunal arbitral se trouve dans la même position qu'un tribunal étatique d'un Etat non contractant.

Pertinence de l'article 1, paragraphe 1, alinéa b

Qu'en est-il de l'application de l'article 1, paragraphe 1, alinéa b ? Nous devons garder à l'esprit que l'alinéa b n'est pas une règle de droit international privé. Cet alinéa se contente de clarifier qu'en vertu des circonstances factuelles de ces dispositions, la CVIM doit être considérée comme faisant partie intégrante du droit interne de l'Etat Contractant. Ainsi, l'article 1, paragraphe 1, alinéa b doit être traité comme n'importe quelle autre disposition de droit interne de l'Etat en question.

Par conséquent, si les règles de droit international privé conduisent un tribunal arbitral à appliquer le droit d'un Etat Contractant, il sera tenu d'appliquer l'article 1, paragraphe 1, alinéa b de la CVIM au même titre que n'importe quelle autre disposition de droit interne de cet Etat. Ainsi, si les tribunaux arbitraux déterminent que le droit allemand s'applique, ils devront également appliquer l'article 1, paragraphe 1, alinéa b de la CVIM. De plus, si les conditions de l'article 1, paragraphe 1, alinéa b sont remplies, le tribunal devra appliquer la CVIM.

Enfin, d'un point de vue théorique, les tribunaux arbitraux se trouvent exactement dans la même position qu'un tribunal étatique situé dans un Etat non contractant. L'article 1, paragraphe 1, alinéa a de la CVIM ne leur est pas opposable ; mais ils appliqueront quand même l'article 1, paragraphe 1, alinéa b, si les règles de droit international privé les conduisent à appliquer le droit d'un Etat Contractant.

Les règles applicables de droit international privé

Résumé

Afin de déterminer si la CVIM est applicable par les arbitres, nous devons maintenant nous tourner vers les règles de droit international privé qui sont utilisées par les tribunaux arbitraux.

La règle principale est que les parties sont libres de choisir le droit applicable. Ce principe est mis en avant, entre autres, par la Convention Européenne sur l'Arbitrage Commercial International, la loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage international et plusieurs droits nationaux sur l'arbitrage.

exert state power. Instead, their decision is based upon the arbitration agreement of the parties.⁴⁷

So if—for example—we have a seller with a principal place of business in Italy and a buyer with a principal place of business in Germany, a court of arbitration does not have to apply art.1(1)(a) of the CISG. This court can instead turn to the rules of private international law. These rules of private international law might lead to the CISG but just as well to the rules of some national law. So in this respect, the court of arbitration is in the same position as state courts of non-contracting states.

Relevance of art.1(1)(b)

But what about the applicability of art.1(1)(b)? In this case we have again to keep in mind that sub-para.(b) is not a rule of private international law. It is just a clarification that in the factual circumstances required by the provision the CISG is to be considered the internal law of that contracting state. So art.1(1)(b) itself has to be treated just like other provisions of the internal law of that state.

Therefore if the rules of private international law lead the court of arbitration to the law of a contracting state, the court of arbitration will have to apply art.1(1)(b) of the CISG just as any other provision of the internal substantive law of that state. So if the court of arbitration comes to the conclusion that German law applies, it will also have to apply art.1(1)(b) of the CISG.⁴⁸ If the requirements of art.1(1)(b) are fulfilled, the court will apply the CISG.

All in all, in a theoretical point of departure, courts of arbitration are therefore in the exact same position as state courts of non-contracting states. There are not directly bound by art.1(1)(a) of the CISG; but they will apply art.1(1)(b) if the rules of private international law lead to the law of a contracting state.⁴⁹

Applicable rules of private international law

Outline

In order to determine whether the CISG is applicable by arbitrators, we have now to turn to the rules of private international law which are used by the courts of arbitration.

The cardinal rule is here that parties have the freedom to choose the applicable law.⁵⁰ The freedom of choice is honoured—for instance—by the European Convention on International Commercial Arbitration,⁵¹ the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration⁵² and several national laws on arbitration.⁵³

In the absence of choice of law the traditional rule is that the arbitrator can apply the rules of private international law which he “deems appropriate” in the circumstances. This is the solution of the European Convention on International Commercial Arbitration.⁵⁴ The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration uses nearly the same terminology,⁵⁵ and also many national laws on arbitration can be understood in that way.

Some Rules of Arbitration do not even force the arbitrator to apply rules of private international law at all. The ICC rules for instance stipulate that in the absence of a choice of law, the Arbitral Tribunal shall apply the rules which it determines to be appropriate.⁵⁶ In this case the arbitrator can still have recourse to the rules of private international law, but he can also use the so-called direct method.⁵⁷ He can directly choose the rules of law which he thinks are best suited for the case at hand.⁵⁸

So in summary, there is a freedom of the parties to choose the applicable law. If there is no choice of law, the court of arbitration has a large discretion in finding the applicable law.

Choice of law

Choice of law of a contracting state

We will first take a short look at the freedom of the parties to choose the applicable law. As in the Rome Convention on the law applicable to contractual obligations, the parties are free to choose the law of any state.

Let us say that the contract of the parties contains the clause that Swiss law applies. As Switzerland is a contracting state, the question is whether national Swiss law or the CISG will apply. This question is answered by art.1(1)(b) of the CISG: whenever the parties have their places of business in different States, the CISG is to be considered the Swiss internal law.⁵⁹ The court of arbitration will then consequently apply the CISG. The internal Swiss law contained in the Swiss Civil Code will only apply if the question falls outside the scope of the CISG. So at the point of departure, such a choice of law clause has the same relevance regardless whether the case is decided by a state court or a court of arbitration. They will both basically apply the CISG.

But what if the parties do not want the CISG to be applied but only the international law of the state—as for instance, national Swiss law? This is a problem of interpretation of the relevant choice of law clause. If the clause can be interpreted in a sense that parties prefer the application of internal Swiss law without the CISG, then—of course—the arbitrator is bound by this choice of law. The freedom of the

En l'absence d'un choix de loi, la règle traditionnelle établit que l'arbitre applique les règles du droit international privé qu'il « juge appropriées » au vu des circonstances. C'est la solution choisie par la Convention Européenne sur l'Arbitrage Commercial International. La loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage international utilise pratiquement la même terminologie, et plusieurs droits étatiques sur l'arbitrage peuvent également être interprétés de la même manière.

Certaines règles d'arbitrage n'obligent d'ailleurs pas l'arbitre à appliquer les règles de droit international privé. Le Règlement de la CCI, par exemple, stipule qu'en l'absence d'un choix de loi, le tribunal arbitral applique les règles qu'il considère appropriées. Dans ce cas, l'arbitre peut toujours recourir aux règles de droit international privé, mais il peut également utiliser la « méthode directe ». Dans ce cas, il choisit directement les règles de droit qu'il estime les plus à même de résoudre l'affaire en question.

En résumé, les parties sont libres de choisir le droit applicable. S'il n'y a pas de choix de loi, le tribunal arbitral la détermine lui-même.

Choix de loi

Choix de la loi d'un Etat contractant

Nous allons maintenant brièvement discuter de la liberté des parties à choisir le droit applicable. D'après la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles, les parties sont libres de choisir le droit de l'Etat de leur choix.

Supposons qu'un contrat conclu entre deux parties contienne une clause désignant l'application du droit suisse. Etant donné que la Suisse est un Etat Contractant, la question se pose de savoir lequel du droit national suisse ou de la CVIM s'appliquera. La réponse est apportée par l'article 1, paragraphe 1, alinéa b de la CVIM : quand le lieu d'établissement des parties se trouve dans différents Etats Contractants, la CVIM doit être considérée comme du droit interne suisse. Par conséquent, le tribunal arbitral appliquera la CVIM. Ce n'est que dans le cas où la question tombe en dehors du champ d'application de celle-ci, que le droit interne suisse, autrement dit le code civil suisse s'appliquera. De ce point de vue, cette clause de choix de loi a la même importance que l'affaire soit jugée par un tribunal étatique ou par un tribunal arbitral. En fin de compte, les deux appliqueront la CVIM.

Qu'en est-il si les parties veulent éviter l'application de la CVIM au profit du droit international d'un Etat—comme par exemple le droit national suisse ? Le problème qui se pose est celui de l'interprétation de la clause de choix de loi pertinente. Si la clause peut être interprétée dans le sens de la préférence des parties pour l'application du droit interne suisse sans la CVIM, alors, bien entendu, l'arbitre est tenu de respecter ce choix de loi. La liberté des parties

d'exclure la CVIM ne fait aucun doute puisque l'article 6 de la CVIM donne la possibilité aux parties de sortir de la Convention.

Le choix de la CVIM

Dans certains cas, les parties ne choisissent pas le droit d'un Etat, mais stipulent dans le contrat que la CVIM doit s'appliquer directement. D'après la Convention de Rome, le choix de l'application directe de la CVIM n'est pas possible, étant donné que les parties ne peuvent choisir qu'un droit étatique. Mais si l'Etat en question a ratifié la CVIM, celle-ci s'appliquera malgré tout en vertu de son article 1, paragraphe 1, alinéa b en tant que partie intégrante du droit national de l'Etat contractant.

En arbitrage international, les parties ont un choix plus large. L'article 28, paragraphe 1 de la loi type de la CNUDCI, stipule que le tribunal arbitral arbitre l'affaire en vertu des « règles de droit » telles que désignées par les parties. Le terme « règle de droit » a été soigneusement choisi et contraste avec celui de « loi ». « Règle de droit » a un sens plus large que celui de « loi » : il comprend également les règles d'une convention ou même les règles d'un forum international qui n'auraient pas été incorporées dans un système juridique.

Il ne fait donc aucun doute que dans les affaires d'arbitrage, les parties sont libres de choisir la CVIM en tant que convention et non seulement en qualité de partie intégrante d'un système de droit national. Des résultats similaires peuvent être obtenus devant des tribunaux étatiques si les parties déclarent que les règles de la CVIM font partie de leur contrat. Dans ce cas, les règles de la CVIM servent plus ou moins de modèle contractuel. En fin de compte, la question de savoir s'il est possible ou non de choisir la CVIM est plus une question académique. Il faut tout de même souligner que toutes les fois où la CVIM fonctionne comme un modèle contractuel, les dispositions obligatoires du droit national applicable primeront sur elle.

Par ailleurs, dans la mesure où la CVIM peut être désignée comme « règle de droit », elle peut être choisie par les parties y compris dans des affaires où le contrat n'est pas couvert par les articles 1 à 6 de la CVIM. Autrement dit, les parties peuvent désigner la CVIM comme droit applicable devant un tribunal arbitral, y compris dans des affaires pour lesquelles le contrat ne serait pas couvert par le champ d'application de la CVIM. Ainsi par exemple, les parties pourraient désigner la CVIM dans les affaires ne mettant pas en jeu un contrat de vente sur la livraison de marchandises, mais un contrat sur des droits intangibles, des biens immobiliers ou encore des contrats pour lesquels la part prépondérante des obligations du vendeur consiste en la fourniture d'un travail. Les parties pourraient aussi se mettre d'accord sur l'application de la CVIM dans des cas tombant dans le domaine d'exclusion de l'article 2 de la CVIM. Comme par exemple pour des contrats portant sur l'achat de marchandises pour un usage personnel, d'actions, de navires, d'avions ou d'électricité.

parties to exclude the CISG is beyond any doubt as art.6 of the CISG also gives the parties the chance to opt out of the Convention.⁶⁰

Direct choice of the CISG

Sometimes parties will not choose the law of a state but stipulate in the contract that the CISG should apply as such. In the Rome Convention, the choice of an application of the CISG as such is not possible as the parties are restricted to the choice of the law of a state. If it is a contracting state to the CISG, the CISG is, via art.1(1)(b), applicable as a part of the law of that contracting state.

In international arbitration, the parties have a wider choice. Article 28(1) of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration stipulates that the arbitral tribunal decides the case in accordance with such "rules of law" as may be agreed on by the parties. The term "rules of law" is carefully chosen. It is contrasted with the term "law". The term "rules of law" has a broader meaning than the term "law". It also comprises rules of a Convention or even rules of an International Forum which have not been incorporated into any legal system.⁶¹

So there is no doubt that in arbitration cases, the parties are free to choose the CISG as such and not only as part of a national legal system. Still, similar results can be reached before state courts if the parties declare that the rules of the CISG are part of their contract. In this case the rules of the CISG serve as a kind of model contract. So in the end, the question whether or not it is possible to choose the CISG as such seems rather academic. Still it has to be noted that whenever the CISG only works as a model contract, it is superseded by the mandatory provisions of the applicable national law.

Also, if the CISG can be agreed upon as a set of "rules of law", it can also be agreed upon in cases in which there is a contract not covered by arts 1–6 of the CISG. In other words, before a court of arbitration, the parties can also choose the CISG in cases in which the contract would otherwise not be within the scope of application of the CISG.⁶² So, for instance, the parties might choose the CISG in cases in which there is no sale contract on the delivery of goods, but a contract on intangible rights or immovable property or contracts in which the preponderant part of the obligations of the seller consists in the supply of labour. The parties might also agree on the application of the CISG in cases which fall under the exclusion clause we find in art.2 of the CISG. So the parties might choose the CISG in the cases of contracts concerning goods bought for personal use, shares, ships and aircraft or electricity.

Applicable rules in the absence of choice of law

The situation is a bit more complex if there is no choice of law. In the absence of choice of law the traditional rule is that the arbitrator can apply the rules of private international law which he “deems appropriate” in the circumstances. If these appropriate rules of private international law lead to the law of a contracting state, the CISG will apply. This is again because the CISG in this context is—via art.1(1)(b) of the CISG—to be considered the internal law of that state.

One will not examine in detail which private international law rules should be deemed “appropriate” under the circumstances. At any rate, the arbitrator has a great deal of discretion in finding the relevant rule. In an international sales contract he might prefer the law of the state in which the seller has his principal place of business. The application of this law could be justified by an analogy to the rules we find in the Rome Convention on the law applicable to contractual obligations.⁶³ If in this case the country in which the seller has his principal place of business is a contracting state of the CISG, the CISG will apply.

As already mentioned above, some Rules of Arbitration do not even force the arbitrator to apply rules of private international law at all. The ICC rules for instance simply stipulate that the arbitrator shall apply the rules which he determines to be appropriate. He can pick certain rules directly without applying private international law rules first. Still he will in most cases analyse the interests of the parties and their connection with national law or other rules of law.

All that is open to discussion is whether art.1(1)(a) of the CISG can—in this situation—also be considered a “rule of private international law”.⁶⁴ Of course, art.1(1)(a) is not a rule of private international law in a traditional sense. It does not define the applicable law in an abstract way, but only determines the sphere of application of the CISG—therefore superseding the otherwise applicable rules of private international law. However, art.1(1)(a) is still based on the idea that there is a close connection to the CISG if both parties have relevant ties with contracting states. In this sense, art.1(1)(a) could also be seen as a rule of international private law in a broader sense. Therefore, art.1(1)(a) in my opinion can be used by an arbitrator who has to apply rules of private international law.

Conclusions

If we take a closer look at the applicability of CISG by courts of arbitration we arrive at results which probably differ from what we might call the majority opinion. I would like to sum them up in a few sentences:

Les règles applicables en l'absence de choix d'une loi

La situation est un peu plus complexe s'il n'y a pas de choix de loi. Dans ce cas, il est une pratique traditionnelle selon laquelle l'arbitre applique les règles de droit international privé qu'il « juge appropriées » aux circonstances. Si celles-ci conduisent à l'application d'un droit d'un Etat contractant, la CVIM s'appliquera. Ceci s'explique par le fait qu'en vertu de l'article 1, paragraphe 1, alinéa b de la CVIM, cette dernière est considérée comme du droit interne de l'Etat.

Nous n'allons pas étudier en détail quelles règles de droit international privé doivent être considérées comme appropriées au vu des circonstances. Dans tous les cas, il revient à l'arbitre de déterminer la loi applicable. Dans un contrat de vente internationale, il choisira peut-être le droit d'un Etat dans lequel le vendeur a son établissement principal. Un tel choix pourrait être justifié par analogie aux règles de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Si dans ce cas, le pays dans lequel le vendeur a son établissement principal est un Etat contractant de la CVIM, celle-ci s'appliquera.

Comme nous l'avons déjà indiqué, certaines règles d'arbitrage ne forcent pas l'arbitre à appliquer les règles du droit international privé. Le Règlement de la CCI, par exemple, stipule simplement que l'arbitre doit appliquer les règles qu'il estime appropriées. Il peut choisir d'appliquer certaines règles directement, sans d'abord passer par les règles du droit international privé. Toutefois, dans la majorité des cas, il analysera les intérêts des parties et leur lien avec un droit national ou d'autres règles de droit.

Que l'article 1, paragraphe 1, alinéa a de la CVIM puisse également être considéré dans ce cas, comme une « règle de droit international privé », reste un sujet de discussion. Bien entendu, l'article 1, paragraphe 1, alinéa a ne constitue pas une règle de droit international privé au sens traditionnel du terme. Il ne détermine pas la loi applicable de manière abstraite, mais se contente de définir le champ d'application de la CVIM—supplantant ainsi les règles de droit international privé autrement applicables. Malgré tout, l'article 1, paragraphe 1, alinéa a est fondé sur le postulat qu'il y a une forte connexion entre la CVIM si les deux parties ont des liens pertinents avec les Etats contractants. Dans ce sens, l'article 1, paragraphe 1, alinéa a peut également être considéré comme une règle de droit international au sens large. Par conséquent, l'article 1, paragraphe 1, alinéa a peut, à notre sens être utilisé par un arbitre qui doit appliquer des règles de droit international privé.

Conclusions

Si nous regardons de plus près la question de l'applicabilité de la CVIM par les tribunaux arbitraux, nous arrivons à une solution qui diffère probablement de ce que l'on pourrait appeler l'opinion majoritaire. La voici brièvement résumée :

- L'article 1, paragraphe 1, alinéa a n'a pas de force contraignante sur les tribunaux arbitraux ; ils sont toutefois tenus d'appliquer l'article 1, paragraphe 1, alinéa b si les règles de droit international privé désignent la loi d'un Etat contractant.
- Si une clause de loi applicable désigne le droit national d'un Etat contractant, la CVIM s'appliquera. Le droit national ne s'applique que si les parties ont décidé d'exclure l'application de la CVIM.
- Devant un tribunal arbitral, les parties sont libres de choisir d'appliquer la CVIM en tant que telle. Elles peuvent également désigner celle-ci dans les affaires où le contrat ne rentre pas dans le champ d'application de la CVIM, tel que défini par ses articles 1 à 6.
- S'il n'y a pas de choix de loi, l'arbitre doit, dans la majorité des cas, appliquer les règles de droit international privé qu'il « estime appropriées » aux circonstances. Si ces règles conduisent à l'application de la loi d'un Etat contractant, la CVIM devra s'appliquer. Dans ce cas, l'article 1, paragraphe 1, alinéa a, peut être considéré comme une règle de droit international privé. La CVIM peut également s'appliquer si l'arbitre, utilisant la « méthode directe », est libre de choisir les règles qu'il considère appropriées aux circonstances.

La CVIM, partie de la *lex mercatoria* ou des usages du commerce

Jurisprudence

Il semble que nous ayons finalement répondu à la question de l'applicabilité de la CVIM par les tribunaux arbitraux. Ceci n'est pas tout à fait exact car il existe une autre manière de justifier l'application de la CVIM par ceux-ci.

En règle générale, le tribunal arbitral doit tenir compte des usages du commerce en vigueur. A première vue, cela ne semble pas avoir d'influence sur l'application de la CVIM. Cette dernière stipule elle-même, en son article 9, que le juge doit prendre en considération les usages du commerce international en vigueur.

Mais certains tribunaux ont interprété différemment le terme « usage du commerce ». Selon eux, la CVIM, en tant que convention, fait partie des usages du commerce international en vigueur et, à ce titre, doit être prise en compte par les tribunaux étatiques.

Par exemple, la Cour Arbitrale de la CCI a fait valoir, en 1989 « [qu'] il n'y a pas de meilleure source pour déterminer les usages du commerce en vigueur que les dispositions de la Convention des Nations-Unies sur la Vente Internationale de Marchandises

- Courts of arbitration are not directly bound by art.1(1)(a); however they have to apply art.1(1)(b) if the rules of private international law lead to the law of a contracting state.
- If there is a choice of a certain national law of a contracting state, the CISG will apply. National law applies only if the parties opt out of the CISG.
- Before a court of arbitration, parties are free to choose the CISG as such. They can also choose the CISG in cases in which the contract is not within the sphere or scope of application of the CISG as defined by arts 1–6.
- If the law has not been chosen by the parties, the arbitrator in most cases has to apply the rules of private international law which he “deems appropriate” in the circumstances. If those rules lead to the law of a contracting state, CISG will be applied. Article 1(1)(a) in this context can be considered a rule of private international law. CISG might also apply if the arbitrator—using the so-called direct method—has the freedom to apply the rules which he determines to be appropriate in the circumstances.

CISG as part of the *lex mercatoria* or trade usages

Case law

It seems as if we finally have solved the problem of the applicability of CISG by courts of arbitration. In fact, there still remains another way in which the application of CISG by courts of arbitration might be justified.

Most of the time it is stipulated that the court of arbitration has to consider prevailing trade usages. At first sight this does not seem to influence the application of the CISG. The CISG itself states that—under the conditions of art.9—the judge has to take into consideration prevailing trade usages.

But some courts have interpreted the term “trade usages” in a different way. They expressed the opinion that the CISG as such was part of the relevant trade usages which the courts always have to consider.⁶⁵

For instance, the ICC Arbitral Tribunal in 1989 concluded that, “there is no better source to determine the prevailing trade usages than the terms of the United Nations Convention on the International Sale of Goods of 11 April 1980.”⁶⁶

So the court applied the CISG even though neither the country of the buyer nor the country of the seller were parties to that Convention.⁶⁷

In another case, the Iran-United States Claims Tribunal applied the CISG as part of the so-called “lex mercatoria” or as relevant trade usages to a contract concluded before the drafting of the CISG. Specifically, the Tribunal found that, it “may be fairly taken to reflect the generally recognised usages regarding the matter of the nonconformity of goods in international sales.”⁶⁸ On these grounds the Tribunal applied art.35 of the CISG in order to decide whether or not the delivered goods had the necessary quality.⁶⁹

If we generalised this approach, this would have the effect that any international contract of sale was governed or at least influenced by the CISG. As a relevant trade usage the CISG would also apply in cases in which the contract was governed by the national law of a state or by other rules of law. The CISG would—at least before courts of arbitration—operate as a general world sales law. This would clearly lead to a completely different status of the convention.

Arguments against the CISG being part of trade usages

So the cardinal question is whether or not the CISG can as such be qualified as a part of international trade usages.

There are many reasons which can be put forward against the qualification of the CISG as a part of existing trade usages.⁷⁰ First we have to look at the genesis of trade usages. Trade usages come into existence by practice. They consist in patterns of conduct which are applied repeatedly. The usages have at the same time to be recognised and accepted by those who are affected by them. The CISG does not fit into this scheme as it is a creation of a lawgiver. So as a starting point, we have different sources of law.

This is not just a formalistic differentiation. Trade usages do not remain static, but are changing with the times. In contrast to that, the CISG consists of a fixed text. As the convention has to be interpreted in a uniform way, it cannot at any time reflect newly developed trade usages.

Also, it seems impossible for a convention to be an exact compilation of existing trade usages. Very often we will find competing trade usages in different areas of the international sale of goods. A convention such as the CISG which covers nearly all existing sale contracts is not able to give a full picture of all these divergent and competing trade usages.

du 11 avril 1980 ». C'est pourquoi la Cour a fait application de la CVIM bien que ni le pays d'origine de l'acheteur, ni celui du vendeur n'étaient parties à la Convention.

Dans une autre affaire, le Tribunal institué pour le différend entre l'Iran et les Etats-Unis a appliqué la CVIM en tant que partie intégrante de la « lex mercatoria » ou des usages du commerce pertinents à un contrat conclu avant la rédaction de la CVIM. Plus précisément, le tribunal a considéré « (qu') il serait juste de prendre en compte les usages du commerce généralement reconnus concernant la matière de non conformité des marchandises dans des ventes internationales ». Sur ces fondements, le Tribunal a appliqué l'article 35 de la CVIM afin de déterminer si les marchandises livrées avaient la qualité requise.

Si nous généralisons cette approche, cela signifierait que n'importe quel contrat international de vente serait gouverné ou du moins influencé par la CVIM. En tant qu'usage du commerce pertinent, la CVIM aurait également vocation à s'appliquer des affaires où le contrat est gouverné par le droit national d'un Etat ou par une autre règle de droit. La CVIM deviendrait, au moins devant les tribunaux arbitraux, un droit mondial de la vente. Ceci conduirait certainement à un statut très différent de la Convention.

Les arguments contre la CVIM en tant qu'usages du commerce

La question principale consiste à déterminer si oui ou non la CVIM peut être considérée comme faisant partie des usages du commerce international.

Plusieurs raisons peuvent être invoquées à l'encontre de la qualification de la CVIM comme faisant partie des usages existants du commerce. Tout d'abord, nous allons nous pencher sur la genèse des usages du commerce. C'est la pratique des marchands qui les a fait apparaître. Ils sont constitués de schéma de conduites répétitifs et doivent être reconnus et acceptés simultanément par ceux qu'ils affectent. La CVIM ne rentre pas dans ce système, puisqu'elle a été créée par le législateur. Ainsi, il semble d'emblée que nous ayons différentes sources de droit.

Il ne s'agit pas uniquement d'une différence formelle. Les usages du commerce ne sont pas immuables, mais évoluent avec le temps. En comparaison, le texte de la CVIM demeure inchangé, puisqu'elle doit être interprétée de manière uniforme et ne peut pas refléter, à aucun moment des usages du commerce nouvellement développés.

De plus, il serait impossible que la Convention compile avec exactitude les usages du commerce international existant. Très souvent, des usages du commerce viennent se concurrencer dans différents domaines de la vente internationale de marchandises. Une convention telle que la CVIM qui couvre presque tous les contrats de vente existants n'a pas la capacité de donner une image précise de tout ces usages divergents et concurrents.

De plus, nous devons garder à l'esprit que les usages du commerce interviennent normalement dans des niches du droit. Ils ne couvrent pas toutes les questions juridiques pertinentes qui peuvent se poser dans un contrat de vente. Par conséquent, beaucoup de questions traitées par la CVIM ne le sont pas du tout par les usages du commerce international en vigueur.

Toutefois, la CVIM pourrait être considérée comme une tentative de compilation des usages du commerce existants. La CVIM peut être perçue comme un texte qui se veut aussi proche que possible de ces usages. Mais ce postulat ne semble pas être tout à fait exact. Si l'on se penche sur le passé législatif de la CVIM, il semble évident que la convention n'a pas été principalement fondée sur les usages du commerce en vigueur, mais plutôt sur le droit national. La CVIM essaie prioritairement d'atteindre un compromis entre les différents systèmes juridiques nationaux existants.

Globalement, la CVIM ne peut pas être qualifiée de compilation des usages du commerce existants. Cela explique pourquoi la CVIM elle-même, en son article 9, laisse la porte ouverte à l'application complémentaire des usages du commerce. Il en résulte donc que la CVIM ne peut pas être appliquée en tant que tel.

CONCLUSIONS

Si nous résumons tout ce que nous venons de dire sur le statut de la CVIM, nous aboutissons à la conclusion que la seule existence d'un contrat de vente international ne suffit pas à justifier l'application de la Convention. L'application de celle-ci doit se faire au regard des règles de droit international privé.

Cependant, il est évident qu'il y a d'autres manières de justifier l'application de la CVIM. En premier lieu, la CVIM doit s'appliquer si les parties en ont convenu ainsi. En second lieu, s'il n'y a pas de choix de loi, les tribunaux arbitraux peuvent aboutir à l'application de la CVIM sur le fondement de la règle flexible de conflit de lois. Dans ce cas, ils peuvent utiliser l'article 1, paragraphe 1, alinéa a de la CVIM comme une règle de droit international privé applicable, ou peuvent utiliser toute autre règle de droit international privé qu'ils estiment appropriée.

Si les tribunaux arbitraux utilisent la « méthode directe », la CVIM sera, dans la plupart des cas, considérée comme applicable. Nous allons enfin rapidement nous intéresser aux tribunaux arbitraux qui, comme la CCI, ont la possibilité de recourir à la méthode directe, en appliquant directement les règles de droit substantielles que les tribunaux considèrent appropriées. Si le tribunal arbitral utilise cette méthode, la CVIM sera le plus souvent considérée comme la loi appropriée. Elle est facilement et équitablement accessible par les deux parties, contient des solutions de compromis réalisables, et elle est vise particulièrement les contrats de vente transfrontaliers. Par conséquent, plus les tribunaux arbitraux recourent à la méthode directe, plus la

Moreover, we have to keep in mind that trade usages normally operate in rather small areas of law. They do not cover all the relevant legal questions which might arise in a contract of sale. Therefore, many questions which are regulated by the CISG are not covered by existing trade usages at all.

Still, the CISG might be considered an attempt to compile existing trade usages.⁷¹ It might be construed as a text which is as close as possible to existing trade usages. But even this does not seem to be true. If we look at the legislative history of the CISG, we clearly find that the convention is not primarily based on existing trade usages, but on existing national law. The CISG primarily tries to reach a compromise between the existing national legal systems.⁷²

All in all, the CISG as such cannot be qualified as a compilation of existing trade usages. This explains why the CISG itself—via art.9 of the CISG—leaves room for the complementary application of trade usages. So as a result, the CISG cannot be applied as a trade usage.

CONCLUSIONS

So if we sum up the status of the CISG, we reach the conclusion that the CISG cannot only be applied on the grounds that there is an international contract of sale. The application of the CISG still has to be justified by the rules of private international law.

On the other hand, it has become obvious that there are many ways in which an application of the CISG can be justified. First of all, the CISG has to be applied if the parties have agreed on an application of the CISG. Secondly, if there is no choice of law, courts of arbitration can come to the application of the CISG on the grounds of the flexible conflicts of law approach. In this context, they can use art.1(1)(a) of the CISG as an applicable rule of private international law, or they can use other appropriate rules of private international law.

Let us finally consider courts of arbitration which, like the ICC, have the possibility to use the so-called direct method, in directly applying the substantive rules of law which the courts deems to be appropriate. If the court of arbitration uses the direct method, the CISG will most often be considered the appropriate law. It is easily and equally accessible to both parties, it contains workable compromise solutions and it is specially designed for cross-border contracts of sale. So the more courts of arbitration use the direct method, the more the CISG will be applied directly. In this way, the CISG might really develop into the

standard sales law which normally, if it is not excluded by the parties, is applied by courts of arbitration.

CVIM sera appliquée directement. Ainsi, la CVIM pourrait devenir un jour un standard du droit de la vente, qui serait appliqué par les tribunaux arbitraux, à moins que les parties n'en décident autrement.

Notes

1. See, for instance, Peter Huber, *Internationales Handelsrecht* (2006) p.228 ("It is therefore fair to say that the CISG has in fact been one of the success stories in the field of the international unification of private law."). German scholars used to give the advice that the parties should exclude the application of the CISG in their contracts (Schillo, *Internationales Handelsrecht* (2003) p.257ff.). Meanwhile, most writers seem to favour the application of the CISG (see for instance Regula/Kannowski, *Internationales Handelsrecht* (2004) p.45ff.).
2. Sigvard Jarvin and Matthieu Boissavy, "Arbitral Jurisprudence: ICC Arbitration and the Vienna Sales Convention of 11 April 1980", (1999) IBLJ 354; Klaus Peter Berger, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria* (1999) 62.
3. See Sigvard Jarvin and Matthieu Boissavy, "Arbitral Jurisprudence: ICC Arbitration and the Vienna Sales Convention of 11 April 1980", (1999) IBLJ 354 and 355 ("very attractive to ICC arbitrators").
4. See ICC International Court of Arbitration, case No.11849 of 2003, (2007) *Yearbook of Commercial Arbitration* p.148, CISG Online 1421 available at www.cisg-online.ch (Accessed November 12, 2008) (the arbitrator applied the CISG to a long-term contract for distribution of goods—although such instrument does not in principle apply to a long term distribution contract—because the parties had clearly shown that they intended to avoid their respective internal laws).
5. See ICC Court of Arbitration, case No.5713 of 1989, CLOUT case No.45 (1990) *Yearbook of Commercial Arbitration* p.70 ff., CISG Online 3 available at www.cisg-online.ch (Accessed November 12, 2008). The court applied the CISG to a series of contracts concluded in 1979. The award is criticised by Richard Hyland, "Commentary on ICC Arbitration case No.5713 of 1989", in *ICM-Guide to Practical Applications of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, (Suppl. 9, April 1994), Case Commentaries, at 11; Ferrari, in Ferrari/Flechtner/Brand (eds), *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond* pp.21 and 57ff. See also Sigvard Jarvin and Matthieu Boissavy, "Arbitral Jurisprudence: ICC Arbitration and the Vienna Sales Convention of 11 April 1980", (1999) IBLJ 354 and 355, stating that, "from the date it was signed and even before it came into force, the Convention has proved very attractive to ICC arbitrators." Other arbitral awards held that the CISG was not applicable to contracts concluded before the CISG's coming into force in the countries involved (see for instance ICC Arbitration Case No.11333 of 2002, (2007) *Yearbook of Commercial Arbitration* 117 and 119, CISG Online 1420 available at www.cisg-online.ch (Accessed November 12, 2008): "The relevant time for the examination of this condition is the date of the conclusion of the contract.")
6. Iran-United States Claim Tribunal, July 28, 1989 in (1990) *Yearbook of Commercial Arbitration* 220ff. (*Watkins Johnson Ltd. v The Islamic Republic of Iran & Bank Saderat Iran*). See also ICC Court of Arbitration case No.7331 of 1994, CLOUT case No.303 in (1995) ICC Bulletin 73ff., CISG Online 106 available at www.cisg-online.ch (Accessed November 12, 2008); ICC Court of Arbitration, case No.5713 of 1989, CLOUT case No.45 (1990) *Yearbook of Commercial Arbitration* 70ff., CISG Online 3 available at www.cisg-online.ch (Accessed November 12, 2008); ICC Court of Arbitration case No.9474, (CISG Online 1079 available at www.cisg-online.ch (Accessed November 12, 2008)).
7. Still detecting a "homeward trend" in US American jurisprudence, DiMatteo, Dhooge, Greene, Maurer and Pagnattaro, (2004) 34 *Northwestern Journal of International Law and Business* 299 and 437ff.
8. The official languages of the convention are Arabic, Chinese, English, French, Russian and Spanish (see the final clause of the convention). For a translation into various other languages see www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/text.html (Accessed November 12, 2008).
9. See the bibliography of the CISG database offered by the Pace Law School at www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/biblio.html (Accessed November 12, 2008); Commentaries in English are, for instance: Peter Schlechtriem and Ingeborg Schwenzer (eds), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (2nd edn., 2005); John Honnold, *Uniform Law of International Sales* (3rd edn., 1999); Cesare Massimo Bianca and Michael Joachim Bonell (eds), *Commentary on the International Sales Law, The 1980 Vienna Sales Convention* (1987).
10. See for instance the cases on CISG published in the Pace Law School database at www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/caseschedule.html (Accessed November 12, 2008) and the database "CISG online" run by Prof. Ingeborg Schwenzer at the Law Faculty at the University of Basel, Switzerland (www.cisg-online.ch/index.html (Accessed November 12, 2008)).
11. See Honnold (ed.), *Documentary History of the Uniform Law for International Sales* (1989); Kazuaki Sono, "The Vienna Sales Convention: History and Perspective", in: Sarcevic & Volken (eds.), *International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures*, (Oceana,1986) pp.1-17.
12. Alejandro M. Garro, "Reconciliation of Legal Traditions in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods" (1989) 23 *International Lawyer* 443-483; Sara G. Zwart, "The New International Law of Sales: A Marriage Between Socialist, Third World, Common, and Civil Law Principles" 13 (1988) *N.C. J. Int'l L. & Com. Reg.* 109.
13. See para 437 nr. 2, 323. According to these provisions, the buyer under ordinary circumstances only has the right to declare the contract avoided, if he has fixed, to no avail, an additional period of time for performance. In some instances (see paras 323 (2), 440, 326 (V)) the buyer does not even have to fix a period of time for performance but has the right to declare the contract avoided immediately.
14. The only exception to this rule can be found in para 323 V 2 ("If the obligor has failed to perform in accordance with the contract, the obligee may not terminate the contract if there has been no more than an immaterial breach of duty").
15. See paras 346 ff. *Bürgerliches Gesetzbuch*.

16. See for instance Benicke, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* (IPRax, 1997) pp.326, 329.
17. For further details on art.25 see Franco Ferrari, "Fundamental Breach of Contract Under the UN Sales Convention—25 Years of Article 25 CISG", (2006) 25 *Journal of Law and Commerce* 489-508; Ulrich Magnus, *The Remedy of Avoidance Under CISG: General Remarks and Special Cases*, 25 *Journal of Law and Commerce* (2005-2006) 423-436; Andrew Babiak, "Defining 'Fundamental Breach' under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", 6 *Temple International and Comparative Law Journal* (1992) 113-143.
18. For further information on the Unidroit Principles see www.unilex.info (Accessed November 12, 2008) and www.unidroit.org/english/principles/contracts/main.htm (Accessed November 12, 2008). For a comprehensive introduction to the UNIDROIT principles see Michael Joachim Bonell, *An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, (3rd edn., 2005).
19. Fabio Bortolotti, *Uniform Law Review* (2001-1), 141, 150ff.
20. ICC Court of Arbitration Case No. 9117, (1999) ICC Bulletin 96, CISG Online 777 available at www.cisg-online.ch (Accessed November 12, 2008) (not directly applying the UNIDROIT principles, but deeming it "informative to refer to them because they are said to reflect a world-wide consensus in most of the basic matters of contract law"); also ICC Court of Arbitration Case No. 8817, (2000) *Yearbook Commercial Arbitration* XXV 355, CISG Online 750 available at www.cisg-online.ch (Accessed November 12, 2008).
21. Michael Joachim Bonell, 26 *Uniform Law Review* (1996) 26ff.; Jürgen Basedow, *Uniform Law Review* (2001-1) 129, 130.
22. Still, the UNIDROIT principles do not only prefer the solutions which prevail in most legal systems but select those rules which—according to the drafters of the principles—have the most persuasive value or are best suited to cross-border transactions (see Fabio Bortolotti, *Uniform Law Review* (2001-1) 141, 142 f.).
23. See also Jürgen Basedow, *Uniform Law Review* (2001-1) 129, 132.
24. Fabio Bortolotti, *Uniform Law Review* (2001-1) 141, 147; see also Boele-Woelki, *Praxis des Internationalen Privatrecht- und Verfahrensrechts* (1997) 161ff.
25. Fabio Bortolotti, *Uniform Law Review* (2001-1) 141,150 ff.
26. Michael Joachim Bonell, 26 *Uniform Law Review* (1996) 26 ff.
27. Article 4(a) of the CISG.
28. For further details see Franco Ferrari, 71 *RabelsZ* (2007) 52, 60ff.
29. Article 5 of the CISG.
30. See Georgios C. Petrochilos, "Arbitration Conflict of Laws Rules and the 1980 International Sales Convention" 52 *Revue Hellenique de Droit International* (1999), 191ff., available at www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/petrochilos.html (Accessed November 12, 2008); Filip De Ly, "La pratique de l'arbitrage commercial international et la vente internationale " (2001) *IBLJ* 465 ff.; van Houtte, "The Vienna Sales Convention in ICC Arbitral Practice" (2000) *ICC Bulletin* 22ff.
31. See above, notes 4–6.
32. See Honnold, *Uniform Law for International Sales* (3rd edn., 1999), Nr. 56.
33. See Honnold, *Uniform Law for International Sales*.
34. For details see Ferrari, "What Sources of Law for Contracts for the International Sale of Goods?: Why One has to Look Beyond the CISG" 25 (2005) *International Review of Law and Economics* (2005) 314, 322ff.; Honnold, *Uniform Law for International Sales*, Nr. 50.
35. Secretariat Commentary art.1(3).
36. For a list of Contracting states see www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html (Accessed November 12, 2008).
37. Secretariat Commentary art.1(6) ("If the two States in which the parties have their places of business are Contracting states this Convention applies even if the rules of private international law of the forum would normally designate the law of a third country, such as the law of the State in which the contract was concluded."); also Ulrich Magnus, "Zum räumlich-internationalen Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts und zur Mängelrüge" (1993), *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 390.
38. Convention on the law applicable to contractual obligations opened for signature in Rome on 19 June 1980 (80/934/EEC), [1980] *L266/1*.
39. Secretariat Commentary art.1(6).
40. This Convention will be replaced by the Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), see *Official Journal of the European Union* L 177/6. The Rome I Regulation shall, pursuant to its art.29, apply from 17 December 2009.
41. See art.4 of the Rome Convention.
42. See for instance ICC Arbitration Case No. 9448 of 1999, CISG Online 707 available at www.cisg-online.ch (Accessed November 12, 2008).
43. See for instance ICC Court of Arbitration Case No.9117 of 1998, (1999) *ICC Bulletin* 96, CISG Online 777 available at [32](http://www.cisg-

</div>
<div data-bbox=)

online.ch (Accessed November 12, 2008); ICC Court of Arbitration Case No.8817 of 1997, (2000) *Yearbook Commercial Arbitration* XXV 35, CISG Online 750 available at *www.cisg-online.ch* (Accessed November 12, 2008); ICC Arbitration Case No.10274 of 1999.

44. See above fn 6.

45. See Sigvard Jarvin and Matthieu Boissavy, (1999) IBLJ 354, 360 ; Mayer, "L'application par l'arbitre des conventions internationales de droit privé" in *L'internationalisation du droit: Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn* (1994) 275, 282 ; Georgios C. Petrochilos, "Arbitration Conflict of Laws Rules and the 1980 International Sales Convention" 52 *Revue Hellenique de Droit International* (1999), 191ff., available at *www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/petrochilos.html* (Accessed November 12, 2008).

46. This is also confirmed by art.26 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, which runs as follows: "Every treaty in force is binding upon *the parties to it* and must be observed *by them* in good faith."

47. See Georgios C. Petrochilos above at fn 46.

48. ICC Arbitration Case No.9978 of 1999, (2000) *Int. Ct. Arb. Bull.*117, CISG Online 708 available at *www.cisg-online.ch* (Accessed November 12, 2008); ICC Arbitration Case No.7645 of 1995, (2001) *Yearbook of Commercial Arbitration* 130, CISG Online 844 available at *www.cisg-online.ch* (Accessed November 12, 2008); Sigvard Jarvin and Matthieu Boissavy, (1999) IBLJ 354, 358.

49. If, however, a contracting state according to art.95 of the CISG has declared that it will not be bound by art.1(1)(b) of the CISG, the court of arbitration will—if the rules of private international law lead to the law of that State—apply the domestic law of that State and not the CISG (see ICC Arbitration Case No.7645 of 1995, (2001) *Yearbook of Commercial Arbitration* 130, CISG Online 844 available at *www.cisg-online.ch* (Accessed November 12, 2008)).

50. Filip De Ly, "La pratique de l'arbitrage commercial international et la vente internationale" (2001) IBLJ 465, 466, fn 5; Sigvard Jarvin and Matthieu Boissavy, (1999) IBLJ 354, 357.

51. See art.VII(1) s.1: "The parties shall be free to determine, by agreement, the law to be applied by the arbitrators to the substance of the dispute."

52. See art.28(1) s.1 of the UNCITRAL Model Law: "The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with such rules of law as are chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute."

53. See Filip De Ly, (2001) IBLJ 465, 466, fn 6.

54. Article VII(1) s.2 of this Convention prescribes the following rule: "Failing any indication by the parties as to the applicable law, the arbitrators shall apply the proper law under the rule of conflict that the arbitrators deem applicable."

55. See art.28 (2) of the UNCITRAL Model Law: "Failing any designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable."

56. See art.17(1) s. 2 of the ICC rules: "In the absence of any such agreement, the Arbitral Tribunal shall apply the rules of law which it determines to be appropriate."

57. Filip De Ly, (2001) IBLJ 465, 471, fnn 28–30.

58. According to widespread case law in arbitration practice, one of the criteria for the appropriate nature of a rule is its presence in the legal systems of both parties. So if the parties have their places of business in contracting states an ICC Court of Arbitration is likely to apply the CISG (see ICC Court of Arbitration Case No.8817 of 1997, (2000) *Yearbook of Commercial Arbitration* XXV 355, CISG Online 750 available at *www.cisg-online.ch* (Accessed November 12, 2008)).

59. See ICC Arbitration Case No.9448 of 1999, CISG Online 707 available at *www.cisg-online.ch* (Accessed November 12, 2008) ("As the parties have chosen Swiss law to be applicable, and Switzerland is a contracting state of the CISG, all preconditions for the application of the CISG to the 'Exclusivity Contract' are fulfilled."); see also ICC Arbitration Case No.6653 of 1999 (1993) *Journal du Droit International* 1040, CISG Online 71 available at *www.cisg-online.ch* (Accessed November 12, 2008).

60. See ICC Arbitration Case No.11333 of 2002, (2007) *Yearbook of Commercial Arbitration* 117, 122, CISG Online 1420 available at *www.cisg-online.ch* (Accessed November 12, 2008) ("Leading authors confirm the principle that, even in this case, a general reference to a particular national law should not be interpreted as a tacit exclusion of the CISG, unless the intention of the parties calls for a different conclusion."); also ICC Arbitration Case No.10377 of 2002 (2002) *Yearbook of Commercial Arbitration* 72, 75, CISG Online 1419 available at *www.cisg-online.ch* (Accessed November 12, 2008) ("The parties in the case at hand have chosen to apply Finnish law. Finland is a Contracting state and thus the CISG would apply even without an express agreement of the parties."); also ICC Arbitration Case No.10329 of 2000, (2004) *Yearbook of Commercial Arbitration* 108, CISG Online 1173 available at *www.cisg-online.ch* (Accessed November 12, 2008) ("well-established principle pursuant to which an international treaty such as the CISG is applicable to all disputes governed by Swiss law in so far as the parties have not explicitly opted it out."); ICC Arbitration Case No.9187 of 1999, CISG Online 705 available at *www.cisg-online.ch* (Accessed November 12, 2008) ("Therefore, should contracting parties wish to exclude the application of CISG to a contract, the parties must explicitly state that CISG does not apply to the contract, or alternatively, that only Swiss domestic law is applicable to the Contract.). An ad hoc arbitral tribunal in Florence (award of April 19, 1994, CLOUT Case 92, CISG Online 124 available at *www.cisg-online.ch* (Accessed November 12, 2008)) held that a clause providing for the application, or the exclusive application, of Italian law is an implicit exclusion of the Convention or excludes consideration of the Convention altogether. This award was widely criticised (see Ferrari, *International Legal Forum* (4/1998) 138, 216 n. 706; Georgios C. Petrochilos, "Arbitration Conflict of Laws Rules and the 1980 International Sales Convention" 52 *Revue Hellenique de Droit International* (1999), 191, available at *www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/petrochilos.html* (Accessed November 12, 2008); n. 58).

61. See UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, Text—Explanatory Note, p.22 No. 35.

62. Filip De Ly, (2001) IBLJ 465, 467, fn. 12.

63. See art.4 of the Convention.
64. This seems to be the opinion of Sigvard Jarvin and Matthieu Boissavy, (1999) IBLJ 354, 358 ; see also ICC Arbitration Case No.8962 of 1997, (2000) ICC Bulletin 76, CISG Online 1300 available at www.cisg-online.ch (Accessed November 12, 2008).
65. Iran-United States Claim Tribunal, July 28, 1989, (1990) *Yearbook of Commercial Arbitration* 220, (*Watkins Johnson Ltd. v The Islamic Republic of Iran & Bank Saderat Iran*). In other awards CISG was referred to as a reflection of "general principles of international commercial practice and usages" (ICC Court of Arbitration case no. 7331 of 1994, CLOUT case No. 303, (1995) ICC Bulletin 73, CISG Online 106 available at www.cisg-online.ch (Accessed November 12, 2008)).
66. ICC Court of Arbitration, case No.5713 of 1989, CLOUT case No.45, (1990) *Yearbook of Commercial Arbitration* 70, CISG Online 3 available at www.cisg-online.ch (Accessed November 12, 2008).
67. Critical of the award is Richard Hyland, "Commentary on ICC Arbitration case No. 5713 of 1989", in *ICM-Guide to Practical Applications of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Suppl. 9 (April 1994), Case Commentaries, at 11; Georgios C. Petrochilos, "Arbitration Conflict of Laws Rules and the 1980 International Sales Convention" 52 *Revue Hellenique de Droit International* (1999), 191ff., available at www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/petrochilos.html (Accessed November 12, 2008);
68. Iran-United States Claim Tribunal, July 28, 1989, (1990) *Yearbook of Commercial Arbitration* 220, (*Watkins Johnson Ltd. v The Islamic Republic of Iran & Bank Saderat Iran*).
69. See preceding note.
70. Richard Hyland, "Commentary on ICC Arbitration case No.5713 of 1989", in *ICM-Guide to Practical Applications of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Suppl. 9 (April 1994), Case Commentaries, 7; Georgios C. Petrochilos, "Arbitration Conflict of Laws Rules and the 1980 International Sales Convention" 52 *Revue Hellenique de Droit International* (1999), 191ff., available at www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/petrochilos.html (Accessed November 12, 2008); Michael R. Will, *Rudolf Meyer zum Abschied: Dialog Deutschland-Schweiz VII, Faculté de droit, Université de Genève* (1999) 145, 152ff.
71. See Bernard Audit, "The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria", in Thomas E. Carbonneau (ed.), *Lex Mercatoria and Arbitration* (1998) 173, 194 ("The Convention itself purports to formulate the most common practice and therefore qualifies as an expression of lex mercatoria.").
72. Michael R. Will, *Rudolf Meyer zum Abschied: Dialog Deutschland-Schweiz VII, Faculté de droit, Université de Genève* (1999) 145, 155. See also ICC Arbitration Case No.9474 of 1999, CISG Online 1079 available at www.cisg-online.ch (Accessed November 12, 2008), stating that "general principles of contract law" are neither expressed directly in CISG nor in any other Convention.