

**L'ADAPTATION DU DROIT DES CONTRATS AUX REALITES TECHNOLOGIQUES :
L'EXEMPLE DES ACTIVITES SPATIALES**

Laurence RAVILLON

Maître de conférences à la Faculté de Droit de Dijon (Université de Bourgogne),
Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements
internationaux (CREDIMI)¹

Simone COURTEIX, à laquelle nous avons le plaisir de rendre hommage à travers ce modeste article, a joué un rôle précurseur dans l'étude de nouvelles branches du droit, à commencer par le droit nucléaire puis le droit de l'espace², au sein desquels les préoccupations ont été en partie communes. Préoccupations communes, par exemple, parce que les enjeux de souveraineté sont omniprésents, de sorte que nous ne sommes pas en présence de marchés concurrentiels comme les autres. En outre, les applications industrielles sont civiles et militaires ; la notion de sûreté est essentielle³. Dans ces deux cas, les catastrophes potentielles sont importantes, comme en témoignent la catastrophe de Tchernobyl, manifestation du risque atomique, ou les accidents de la Navette spatiale Challenger puis de Columbia⁴, manifestations du risque spatial. En outre, l'espace entretient un lien avec le nucléaire⁵, dû en particulier à l'existence de satellites porteurs de sources d'énergie nucléaire⁶. La responsabilité dans ces

¹ Membre de l'ADDEF, de l'ECSL et de la Commission spatiale de la Société française de droit aérien et spatial.

² S. COURTEIX, « L'ambivalence des techniques de pointe, principal obstacle à la coopération internationale », in *Droit et libertés à la fin du XXe siècle. Influence des données économiques et technologiques, Etudes offertes à Claude-Albert Colliard*, Paris, Pedone, 1984, pp. 155-181 : Mme Courteix compare l'utilisation pacifique de l'espace extra-atmosphérique et le problème de la non-prolifération des armes nucléaires.

³ La sûreté nucléaire, technique destinée à réduire le risque, peut être comparée à la technique de la sauvegarde (au sol et en vol) en matière spatiale, s'appliquant par exemple au CNES sur le site du Centre spatial guyanais (protection des personnes, des biens, de l'environnement contre les dommages résultant des activités à risques effectuées sur les sites, mise en place et en œuvre des mesures destinées à protéger les personnes, les biens, l'environnement contre les dommages résultant de l'évolution en vol des objets spatiaux).

⁴ J.-J. SALOMON, « Le risque technologique et l'aventure spatiale », *Zénon*, n° 2, novembre 1997, *Risques techniques ou risques humains ?*, p. 39. — J.L. HALL, « *Columbia and Challenger : Organizational Failure at NASA* », *Space Policy*, 2003, pp. 239-247.

⁵ X. PASCO, « La transformation des activités spatiales », *Revue Géoéconomie*, n° 20, hiver 2001-2002, *Dossier Géoéconomie de l'espace*, p. 29 : « L'espace militaire : le lien "espace-nucléaire" ».

⁶ S. COURTEIX, « Le régime juridique des satellites dotés de sources d'énergie nucléaire : un problème au confluent du droit nucléaire et du droit de l'espace », *Droit nucléaire*, juin 1992, pp. 26-41.

deux cas est en partie de même nature, c'est-à-dire objective⁷. On songe aussi au développement de certains systèmes de propulsion nucléaire⁸, précédés en cela par le petit réacteur nucléaire mis au point par le Professeur Tournesol afin que les aventures tintinesques puissent être accomplies⁹. Certains auteurs ont aussi pu faire remarquer, à propos du nucléaire, la « chance exceptionnelle (...) pour le juriste qui assiste, dans une période relativement brève (une cinquantaine d'années) à "l'invention d'un système juridique" (...), phénomène qu'il n'a pratiquement jamais rencontré jusqu'alors, sauf peut-être dans le domaine de l'espace extra-atmosphérique »¹⁰. En outre, que l'on parle de l'atome et du droit, ou de l'espace et du droit, nous sommes à la croisée du droit public et du droit privé, du droit interne et du droit international... Droit nucléaire et droit de l'espace sont à la fois des droits laboratoires et des droits du futur, des branches du droit jeunes et foisonnantes, allant à l'encontre du « fantasme du droit figé »¹¹.

Les travaux de Simone COURTEIX en droit de l'espace auront marqué nombre d'étudiants, impressionnés par ses connaissances encyclopédiques, mais aussi par sa gentillesse, comme nos cours communs en droit de l'espace à La Sorbonne ont pu nous le montrer. Les jeunes chercheurs publicistes – et les moins jeunes – doivent beaucoup à Simone COURTEIX, mais les privatistes ne sont pas en reste, car les activités de droit privé s'insèrent dans un cadre de droit international public élaboré par les Etats dès les années soixante, cadre si bien décrit par la dédicataire de ces lignes. Il s'agissait, selon les termes employés par André TUNC, de « sortir du néolithique »¹² c'est-à-dire de faire évoluer les méthodes et objets des enseignements « à une époque où s'ouvrait la conquête de l'espace interplanétaire »¹³. Ce sont certains aspects de droit privé des activités spatiales que nous avons fait le choix de développer ici, aspects dont l'intérêt est croissant, compte tenu des phénomènes de commercialisation et de privatisation

⁷ Pour le secteur nucléaire, v. OCDE, *Les risques émergents au XXI^e siècle – Vers un programme d'action*, 2003, p. 275. De manière générale, cf. W. JENKS, « Liability for Ultra-Hazardous Activities in International Law », *Rec. Cours La Haye*, 1966, pp. 99-200. – G. CAUBET, « Le droit international en quête d'une responsabilité pour les dommages résultant d'activités qu'il n'interdit pas », *Annuaire fr. dr. int.*, 1983, pp. 99-120. – J. J. MARTIN-ARRIBAS, « La réparation des dommages catastrophiques : comparaison des solutions existantes dans les conventions internationales », in *Les aspects internationaux des catastrophes naturelles et industrielles*, sous la direction de Ch. LEBEN et D. D. CARON, Académie de Droit international de La Haye, The Hague/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, pp. 678-722, spéc. pp. 699-701.

⁸ C. LARDIER, « Les atouts de la propulsion nucléaire », *Air & Cosmos*, 19 juillet 2002, p. 53.

⁹ Ch. De GRANRUT, « La course à la Lune : Tournesol 2, Nasa 1 », *Science & Vie*, Edition spéciale, *Tintin chez les savants, Hergé entre science et fiction*, pp. 60-65.

¹⁰ J.-M. RAINAUD, *Le droit nucléaire*, Paris, Puf, Que sais-je, 1994, p. 4.

¹¹ M. VIVANT, « Sciences et praxis juridique », *D.* 1993, p. 110.

¹² *D.* 1957, p. 71.

¹³ Cl. CHAMPAUD, « Des droits nés avec nous. Discours sur la méthode réaliste et structuraliste de connaissance du droit », in *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ?*, *Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris, Ed. Frison Roche, 1999, p. 69.

de l'espace extra-atmosphérique, remarqués, y compris dans des écrits plutôt orientés vers le droit international public¹⁴.

Les activités spatiales ne sont pas complètement novatrices, tout au moins concernant les problèmes juridiques qu'elles font naître. Avant le développement des activités spatiales, il y a eu des antécédents à l'appréhension d'une activité industrielle dangereuse¹⁵, ou d'un espace recelant des nouveaux risques¹⁶, mal connu et hostile, et donc des exemples, des modèles d'adaptation du droit dus à la rencontre de la science juridique et du progrès scientifique. En effet, « [n]otre siècle éminemment technologique a donné d'assez nombreux exemples de risques (...) qui ont tragiquement démontré leur capacité à se réaliser, parfois, qu'il s'agisse de lourds accidents ferroviaires, de naufrages de grands navires déclarés insubmersibles, d'effondrement de barrages, d'explosion de centrale nucléaire, d'explosion d'engins spatiaux, de chutes d'avions (...) »¹⁷.

On a pu remarquer que les innovations technologiques s'accompagnent souvent de l'élaboration de règles originales adaptées à l'activité industrielle en question (transport aérien et développement du régime de responsabilité du transporteur aérien, énergie nucléaire et mise en place d'une législation afin de réparer d'éventuels dommages causés par ces activités...), le droit se métamorphosant sous l'effet des révolutions techniques et technologiques¹⁸.

Ainsi, en droit maritime, au début, « des mécanismes originaux ont permis d'adapter le droit et de partager de façon acceptable les dangers et les bienfaits entre tous les intervenants, armateurs, propriétaires de la cargaison par exemple. Ce sont les dispositions connues sous le nom de "règles d'avaries communes", "prêt à la grosse" ou la mise en place ancienne de systèmes spécifiques et efficaces d'assurance »¹⁹, tout cela pour s'adapter aux périls de mer ou « fortunes

¹⁴ S. LAGHMANI, « Le droit international face aux nouvelles technologies : Rapport introductif », in *Le droit international face aux nouvelles technologies*, Rencontres internationales de la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, Colloque des 11, 12 et 13 avril 2002, sous la direction de Rafâa Ben ACHOUR et Slim LAGHMANI, Paris, Pedone, 2002, p. 37.

¹⁵ F. ODIER, « Droit maritime et droit nucléaire », in *Radioprotection et droit nucléaire*, *Entre les contraintes économiques et écologiques, politiques et éthiques*, sous la direction de Ivo RENS et Joël JAKUBEC, Genève, Georg, 1998, pp. 275-280.

¹⁶ Sur ce point, v. M. ARMAND-PREVOST, J. ROSSI, « Propos introductifs », in *La gouvernance des nouveaux risques, Droit et patrimoine*, Mars 2004, pp. 68-70, notamment p. 69, à propos du nouveau risque maritime : « La nouveauté du risque découle de l'avancée technologique qui a permis la construction de ces géants des mers, sans qu'on ait sérieusement envisagé alors toutes les conséquences qu'entraînerait le naufrage de tels navires ».

¹⁷ TGI Boulogne-sur-Mer (Société du Tunnel sous la Manche c/ Editions du Seuil, 12 août 1998), cité par C. NOVILLE, *Du bon gouvernement des risques – Le droit et la question du « risque acceptable »*, Paris, PUF, Coll. Les voies du droit, 2003, p. 65.

¹⁸ J. PAILLUSSEAU, « Le droit des activités économiques à l'aube du XXI^e siècle », *D. aff.*, 23 janvier 2003, p. 260. – A. MAHIOU, « Droit international et nouvelles technologies. Conclusions générales », *Rencontres internationales de la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, Le droit international face aux nouvelles technologies*, op. cit., pp. 261-283.

¹⁹ A. KERREST, « Droit de l'espace, droit de la mer, réflexions croisées », *Proceedings of the Third ECSL Summer Course on Space Law and Policy*, University of Granada, Spain, September 5-15, 1994, p. 192. V. aussi L. LUCCHINI, M. VOELCKEL, *Droit de la mer, t. 1, La mer et son droit – Les espaces maritimes*, Paris, Pedone, 1990, p. 22.

de mer », « qui prennent souvent la tournure de catastrophes inconnues à terre, sinon dans leur nature, du moins dans leur fréquence ou leur intensité »²⁰. Les tribunaux, y compris la Cour de cassation, admettent encore qu'un allègement de la charge pesant sur les exploitants de navires est justifié au regard des dangers de l'expédition maritime²¹. On peut donc dégager une certaine autonomie de l'interprétation de certaines institutions (nous la retrouverons en matière d'assurance), et identifier des résistances aux analyses de droit civil.

Ces adaptations sont parfois législatives, mais aussi contractuelles, comme c'est le cas dans le secteur qui nous intéresse, dès lors que « la pratique contractuelle ne fait que suivre les développements technologiques et économiques »²², à l'instar de ce qui s'est passé pour le droit de l'informatique, avec lequel on peut établir à certains égards une forme de parenté.

La multiplication des découvertes scientifiques entraîne « une sorte de loi de complexité croissante »²³, un « système technicien » selon les termes de Jacques ELLUL²⁴. M. TERRE faisait ainsi remarquer que, « [d]ans tous les domaines du savoir, on a vu les répercussions juridiques des découvertes scientifiques. Celle de l'énergie incluse dans la matière a engendré des réglementations multiples : sur l'utilisation de l'énergie atomique, sur la propulsion des navires à énergie nucléaire. L'aventure spatiale s'est accompagnée, dès 1967, d'un traité sur l'Espace. La société industrielle, puis postindustrielle est, à cet égard, une société d'abondance par le nombre et l'ampleur de ses inventions, puis des règles juridiques qui les accompagnent suivant un ordre apparemment irréversible : la science précède et le droit suit. D'où l'impression qu'à son heure, le droit prend acte de l'évolution scientifique en assortissant de ses mesures, quand elles deviennent nécessaires, les conséquences du progrès. Il apparaît donc surtout comme l'auxiliaire de la science, non comme son tuteur »²⁵, la loi étant seulement considérée comme entérinant les principes de l'organisation professionnelle²⁶. Toutefois, ce retard du droit ne se vérifie pas complètement en droit de l'espace, tout au moins en droit international public de l'espace, puisque les Etats ont rapidement souhaité encadrer les activités se déroulant dans l'espace, avant que les organisations internationales ne s'y intéressent

(Organisation mondiale du commerce²⁷, Banque mondiale²⁸) – ce qui peut parfois être considéré comme un glissement du droit international public vers le droit du commerce international²⁹ ou tout au moins vers le droit international économique –. En droit privé de l'espace, en revanche, l'affirmation prend corps, la pratique ayant investi ce secteur et forgé un régime juridique régissant les activités se déroulant dans l'espace, car « la pratique juridique est au niveau des véritables réalités »³⁰. Ces pratiques illustrent la réciprocité des effets entre le droit et la technologie, le fait que « la science et le droit se servent mutuellement »³¹. Selon cette dialectique droit/technologie, le droit assure la régulation de l'activité technique et dans le même temps est pénétré par la technique.

Dans le secteur spatial, on a tous les ingrédients de problèmes juridiques séduisants : des intervenants de nature très diversifiée (Etats, organismes de droit public, organisations internationales, organisations internationales privatisées, sociétés commerciales, touchées par des phénomènes de restructuration importants, et de ce fait par des problèmes de droit de la concurrence aigus³²), des risques d'une très grande ampleur qu'il va falloir gérer, le particularisme de l'activité, tiraillée entre le secteur public et le secteur privé, les intérêts de la recherche et les intérêts commerciaux, des difficultés liées au caractère assurable de telles activités... Comment notre droit des contrats appréhende-t-il ces spécificités ? C'est ce que nous nous proposons d'étudier, à travers d'abord certaines manifestations de l'adaptation du droit commun (I). Nous examinerons ensuite le rôle des rédacteurs de contrats spatiaux, en dégageant des pratiques juridiques, sources du droit des activités spatiales (II).

I. — Les manifestations de l'adaptation du droit

Ces manifestations sont monnaie courante dans les opérations du commerce international liées à la technologie, car la technologie influence la détermination des obligations des contractants. Dans les années quatre-vingt, M. JEHL faisait ainsi remarquer que : « [o]n constate par exemple que l'incertitude technologique qui préside à la vente internationale de gaz, principalement en raison des problèmes de transport, incite les contractants à mettre en place des mécanismes

²⁰ A. VIALARD, *Droit maritime*, Paris, PUF, 1997, p. 16, n° 4.

²¹ J.-P. REMERY, « La jurisprudence maritime de la chambre commerciale de la Cour de cassation de 1991 à 1999 : éléments pour un bilan de la présidence de Pierre Bézard », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Bézard, Le juge et le droit de l'économie*, Paris, Petites affiches, Montchrestien, 2002, p. 242.

²² M. FONTAINE, F. De LY, *Droit des contrats internationaux – Analyse et rédaction de clauses*, Bruxelles, Bruylant, Paris, Pedone, 2003, p. 672.

²³ Ph. LE TOURNEAU, « Pot pourri (Réflexions incongrues autour de l'informatique et de l'Internet) », *Communication – Commerce électronique*, janvier 2004, p. 11.

²⁴ *Le système technicien*, Paris, Calmann-Lévy, 1977.

²⁵ « Présentation », in *Droit et science, Archives de Philosophie du Droit*, t. 36, Paris, Sirey, 1991, p. 6.

²⁶ M.-A. HERMITTE, « L'autonomie du droit par rapport à l'ordre technologique », *Cahiers Science – Technologie – Société*, 1986, n° 12, *Ordre juridique et ordre technologique*, p. 97.

²⁷ B. GUYOT, *Les activités spatiales commerciales au regard des Accords de l'Organisation Mondiale du Commerce*, Mémoire DEA, Droit international économique, Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, septembre 2002, sous la direction de Mme H. RUIZ-FABRI.

²⁸ V. par exemple les garanties accordées par la Banque mondiale pour le financement du projet *Sea Launch*, L. RAVILLON, avec la participation de S. MANCIAUX et A. MARTIN-MORENO, *Droit des activités spatiales – Adaptation aux phénomènes de commercialisation et de privatisation*, Paris, Litec, 2004, pp. 277-278, n° 316.

²⁹ Ch.-A. MICHALET, *Qu'est-ce que la mondialisation ?*, Paris, Ed. La Découverte, 2002, p. 193.

³⁰ P. BEZARD, « Présentation », in *Les pratiques juridiques, source du droit des affaires*, Petites Affiches, 27 novembre 2003, p. 8.

³¹ J. MICHAUD, « La pénétration du droit par la science », in *Mélanges en l'honneur d'Yvonne Lambert-Faivre et Denis-Clair Lambert, Droit et économie de l'assurance et de la santé*, Paris, Dalloz, 2002, p. 317.

³² V. par exemple le rapprochement entre Alcatel Space et Alenia Spazio, *Chronique Droit de la concurrence*, Jurisprudence communautaire, *Gaz. Pal.*, 30 septembre, 1^{er} octobre 2005, pp. 15-16.

particuliers de révision des prix, susceptibles de s'adapter aux conséquences d'une éventuelle évolution technique. Dans un autre domaine, les ventes de centrales nucléaires³³ contiennent des clauses rendant possibles des changements techniques, jugés utiles à la sécurité jusqu'à un stade avancé de la construction de l'usine. Des observations similaires ont été faites dans des contrats de vente de matériel informatique »³⁴.

Les contrats portant sur les objets spatiaux n'ont pas échappé à la règle. Nous observerons quelques manifestations de l'adaptation du droit à travers l'examen de ces contrats, « question névralgique du droit des activités spatiales »³⁵. L'ingénierie contractuelle, à l'origine de contrats très sophistiqués, a été mise au service de l'adaptation du droit à la spécificité et à la complexité de l'activité, dans le cadre prévu par la loi (tout au moins faudra-t-il le vérifier), à l'instar du rôle joué par le contrat dans le droit de l'Internet³⁶. Cette adaptation s'est faite dans le sens d'une responsabilité des acteurs anéantie ou extrêmement limitée (A), ce qui est rendu possible par les obligations de collaboration qui caractérisent ces contrats (B).

A) Des contrats à responsabilité limitée

Le droit des activités spatiales régissant un environnement à risques³⁷, les rédacteurs de contrats se sont beaucoup préoccupés de la gestion des risques, à travers l'identification, la quantification des risques et la délimitation contractuelle de la responsabilité. Les cocontractants, qu'ils soient fabricants de satellites, exploitants, sociétés de lancement tentent de border leur responsabilité, ce qu'ils font à travers différents types de clauses aménageant la responsabilité, qu'il faudra présenter (a), avant d'apprécier leur validité au regard du droit applicable (b).

a) Illustrations

Si on retient une approche chronologique de la vie de l'objet spatial, le contenu du contrat de construction de satellites, qui a pour objet « la conception, la construction, l'essai et la livraison » d'un ou de plusieurs satellites, doit être étudié en premier lieu³⁸. Dans ces contrats, la clause d'*incentive payments*

(clause d'intéressement en orbite ou encore clause de primes de performance) prévoit que le fabricant de satellites reçoit des primes, en fonction du respect des performances du satellite prévues au contrat (intégration du satellite sur le lanceur, injection en orbite, fonctionnement des canaux en orbite...) et de la durée de vie de l'objet spatial, primes s'ajoutant au prix initialement reçu par le fabricant. Si le satellite fonctionne mal en orbite, le constructeur reçoit quand même le prix du satellite, mais est privé des primes de performance³⁹.

Ces clauses d'*incentive payments* rappellent « certaines clauses stipulées dans certains contrats d'affrètement permettant au frêteur de ne pas fournir un engin navigable »⁴⁰. En effet, la clause d'*incentive payments*, outre sa fonction de modulation du prix, présente l'intérêt pour le constructeur de limiter sa responsabilité, en retirant à l'acquéreur du satellite la possibilité d'engager la responsabilité du fabricant pour non-conformité ou vice caché, en droit français, pour rupture de la garantie de la qualité marchande, rupture de la garantie implicite d'adaptation à une destination particulière, *negligence*... en droit américain. En cas de fonctionnement défaillant du satellite, la seule sanction à laquelle s'expose le fabricant est l'absence de versement des primes de performance, le reste du prix lui restant acquis, y compris si le satellite est complètement inutilisable. L'acheteur est privé des garanties traditionnellement fournies par le fabricant. Ces clauses gérant l'inexécution sont extrêmement utiles concernant cette mise à l'écart des notions du droit commun, car ces notions sont inopérantes dans le secteur spatial, dès lors qu'il est difficile – si on se place en droit français – de déterminer si le défaut relève de la garantie des vices cachés ou de l'obligation de conformité, et que cette distinction est critiquée à l'égard des produits complexes⁴¹.

Certes, la notion de garantie (*warranty*) est évoquée dans ces contrats, mais elle est en réalité équivoque, comme en droit de l'informatique, ou en droit maritime, où la clause de garantie... exclut la garantie⁴² !! Dans les contrats de fabrication de satellites, la clause de garantie prévoit que les biens délivrés seront exempts de défauts et conformes aux exigences contractuelles, que les services seront exécutés conformément aux standards professionnels les plus élevés, et qu'en cas de non-conformité ou de défectuosité du bien, le constructeur devra corriger, remplacer ou réparer à ses frais l'équipement, ou rembourser le client pour une partie du prix. En pratique, cette garantie ne désigne que la correction

³³ Sur ce point, v. Ph. KAHN, M.-M. POTTIER, M. SALEM, « Le cycle du combustible (de quelques aspects juridiques) », in *De l'énergie nucléaire aux nouvelles sources d'énergie : vers un nouvel ordre énergétique international ?*, IRI, Travaux du Credimi, vol. 6, 1979, notamment p. 74.

³⁴ *Le commerce international de la technologie. Approche juridique*, IRI, Travaux du Credimi, vol. 10, Paris, Librairies techniques, 1985, pp. 13-14.

³⁵ P.-M. MARTIN, *Droit des activités spatiales*, Paris, Masson, 1992, p. 20, n° 23.

³⁶ C. ROJINSKY, « Les techniques contractuelles du commerce électronique », *Légicom*, n° 21/22, 2000/1 et 2, p. 121 : « Nous devons tous tenter d'inscrire au cœur des accords que nous concevons une part de créativité et de souplesse qui doit permettre les adaptations nécessaires, en fonction de l'évolution des techniques et des modèles économiques. Le contrat sera ainsi, s'il ne l'est pas déjà, une source à part entière du droit de l'Internet ».

³⁷ En cela, on peut faire le rapprochement avec le droit de la mer, le droit aérien ou le droit nucléaire, car ils ont tous pour objet, ou eu pour objet, la gestion de l'aléatoire.

³⁸ E. LOQUIN, P.F. VEIL, « La gestion contractuelle des risques de l'exploitation commerciale de l'espace », in *L'exploitation commerciale de l'espace – Droit positif, droit prospectif*, sous la direction de Philippe KAHN, Travaux du Credimi, Paris, Litec, 1992, pp. 165-182.

³⁹ Cependant, les intéressements représentent aujourd'hui une partie du prix, de sorte que, si le satellite ne fonctionne pas du tout, ou fonctionne très mal, le fabricant n'est pas simplement privé d'un bénéfice mais d'une partie du prix. Certains auteurs parlent « d'une part du prix mise à risque », G. ESTIBAL, « Accidents aéronautiques et spatiaux – Les obligations du constructeur de satellites », in *Les accidents aéronautiques et spatiaux : investigations, responsabilité, réparation des dommages*, Colloque, La Réunion aérienne et spatiale, 17-18 mai 1994, p. 72.

⁴⁰ Ph. DELEBECQUE, « Les aménagements contractuels de l'exécution du contrat », *Petites Affiches*, 5 mai 2000, p. 28.

⁴¹ J. CALAIS-AULOY, « De la garantie des vices cachés à la garantie de conformité », in *Mélanges Christian Mouly*, vol. II, Paris, Litec, 1998, p. 69. – Ph. LE TOURNEAU, *Contrats informatiques et électroniques*, Paris, Dalloz Référence, 2002, p. 94, 3.80.

⁴² Com., 29 janvier 1974, *D.* 1974, p. 268.

des défauts sur les satellites au sol ; le lancement y met fin, par conséquent les défaillances en orbite ne sont pas visées.

Le contrat de lancement de satellites⁴³, dont l'objet est « la prestation de services pour le lancement de satellites », recèle quant à lui des normes objectives de comportement, en particulier par le biais de la référence aux *best efforts*, aux *reasonable efforts*⁴⁴... de la société de lancement, notions souples à propos desquelles on parle de « concepts soupapes », de « paragraphes caoutchouc », de « notions à contenu variable », flou, indéterminé⁴⁵, notions au demeurant connues des Principes Unidroit⁴⁶. La responsabilité des cocontractants est limitée – voire exclue – par un schéma contractuel très élaboré, fondé sur la stipulation systématique d'une clause de *best efforts* adossée à une clause de renonciation à recours (*cross-waiver of liability*) et à une clause de garantie contre les actions de tiers (*hold harmless agreements*), « sanctuarisées », selon les termes utilisés par M. RAPP⁴⁷. Ces clauses prennent initialement leur source dans les contrats élaborés par la NASA⁴⁸.

La compréhension du mécanisme d'exclusion de responsabilité suppose l'appréhension de l'ensemble du contrat, car si on se contente de « saucissonner » le contrat, on peut à première vue penser que l'engagement de la responsabilité dans ce type de contrat est tout à fait classique. En effet, la stipulation d'une clause de meilleurs efforts, proche de l'obligation de moyens, pourrait laisser penser que le client de la société de lancement, par exemple, pourrait engager la responsabilité de cette dernière en cas de faute dans l'accomplissement de ses obligations. Or, d'une part, la clause a « dans l'esprit d'au moins l'une des parties [la société de lancement], une portée différente de celle à laquelle on peut s'attendre (...) ». Le cas typique est celui de l'utilisation de la clause de *best efforts* par les agences spatiales pour exprimer une exonération de responsabilité⁴⁹, ce qui ne cadre pas avec sa nature d'obligation de moyens. D'autre part, et en réalité tout est lié, cette interprétation est rendue possible par la présence dans le contrat de lancement d'une clause de renonciation à recours et d'une clause de garantie contre les actions de tiers, clauses qui permettent « de simplifier l'attribution des responsabilités pour éviter des coûts de recherche des

causes et de litiges comprenant des procédures longues et coûteuses »⁵⁰. En vertu de la clause de renonciation à recours, chaque partie s'engage à ne pas actionner son cocontractant devant les tribunaux en cas d'échec du lancement. La clause de garantie contre les actions de tiers prévoit, quant à elle, qu'au cas où un cocontractant, un sous-traitant ou un membre du personnel de la société de lancement ou de son client agirait contre l'autre partie, l'entreprise de lancement ou son client doivent garantir l'autre contre l'issue de ce procès, en avançant les fonds nécessaires à la défense de ses intérêts, et en remboursant à l'autre les montants qu'il aurait à verser à la suite d'une telle action.

Enfin, on peut citer le dernier maillon de la chaîne contractuelle, à savoir les contrats d'exploitation de satellites, qui sont passés par l'exploitant de satellites (Intelsat, Eutelsat, Inmarsat, SES, PanAmSat...) avec des opérateurs de services de télécommunications (Canal Satellite, TPS...) pour fournir de la capacité. A leur tour, ces contrats contiennent une clause intitulée *Limited Warranty*, qui prévoit que « *Lessor makes no representations or warranties other than as expressed in this agreement concerning the transponders, the satellite and/or any components thereof and all implied warranties, including, without limitation, warranties of quality, merchantability, completeness or fitness for particular purpose or use, are expressly excluded and disclaimed by lessor* ». Une autre clause est introduite dans ces contrats afin d'exclure la responsabilité de l'exploitant de satellites en cas de dommages indirects (perte de revenus, perte de profits). Elle dispose que « *In no event shall either party be liable against the other for any indirect, incidental, consequential, special or exemplary damages, loss of business, loss of profits or other financial or economic loss of any kind whatsoever, whether or not due to the fault or negligence of the party, and whether or not due to party's performance of or failure to perform its obligations under this agreement, even if such party has been advised of the possibility of such damages or losses* ». La responsabilité de l'exploitant de satellites est limitée, à l'instar des contrats précédant chronologiquement le contrat d'exploitation.

On constate par conséquent une certaine unité dans la chaîne contractuelle, concernant les dégagements de responsabilité, que l'on retrouve en cascade. La notion de faute contractuelle, de manquement contractuel y est gommée au profit de la gestion du risque, à l'image de ce qu'avait « prédit » Jean-Marc MOUSSERON, constatant que « [l']évolution va consister à « déculpabiliser » l'inexécution, à ne plus y voir le signe d'une quelconque faute du débiteur négligent ou récalcitrant mais un risque dont il faut organiser le traitement »⁵¹, ce qui est très proche de la conception anglo-saxonne de l'inexécution du contrat⁵².

⁵⁰ Y. AUBIN, T. PORTWOOD, « Les clauses réciproques d'abandon de recours et de garantie contre les actions de tiers », *RD aff. int.*, 2001, n° 6, p. 676.

⁵¹ « La gestion des risques par le contrat », in *Inventer*, Montpellier, Centre du droit de l'entreprise, 2001, p. 71.

⁵² Y.-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Paris, LGDJ, 2004, p. 97, n° 70.

⁴³ J. HERMIDA, « Risk Management in Arianespace Launch Service Agreement », *AASL*, 2000, pp. 143-155. – Y. AUBIN, T. PORTWOOD, « Les clauses réciproques d'abandon de recours et de garanties contre les recours des tiers », *RD aff. int.*, 2001, n° 6, pp. 671-698.

⁴⁴ D. CARAMALLI, « Remarques et mise en garde pour la rédaction de clauses de "meilleure diligence" ("best efforts") », *Petites Affiches*, 11 juin 2003, pp. 4-10.

⁴⁵ J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, Paris, Puf, 2001, p. 116.

⁴⁶ Article 5.4 (2) : *Duty of Best Efforts* : obligation « d'apporter à l'exécution de sa prestation la prudence et la diligence d'une personne raisonnable de même qualité placée dans la même situation ».

⁴⁷ L. RAPP, « L'ouverture à la concurrence du marché français des activités spatiales – L'expérience des télécommunications spatiales », *RFD aérien et spatial*, 2002/2, p. 147.

⁴⁸ *Launch Service Agreement for NASA's Space Transportation System (STS)*, article I : « *All Launch and Associated Services to be furnished by NASA to the User under this Agreement shall be so furnished by NASA using its best efforts* ».

⁴⁹ M. FONTAINE, F. DE LY, *Droit des contrats internationaux – Analyse et rédaction de clauses*, op. cit., p. 253.

Ce n'est pas tant à une évasion par rapport aux principes généraux gouvernant les contrats que nous assistons qu'à un assouplissement de ces derniers.

b) La validité des clauses aménageant la responsabilité

Les solutions proposées par les rédacteurs de contrats spatiaux mentionnées ci-dessus s'éloignent du droit commun. Or, les tribunaux valideraient-ils de tels aménagements dès lors que la liberté contractuelle, « si elle est un principe directeur de notre droit des contrats, n'est cependant pas absolue : en tout état de cause, il ne faut pas que, détournée de sa finalité, elle permette à l'une des parties de faire du contrat un moyen d'asservissement de l'autre »⁵³. Plus généralement, il convient de remarquer l'influence du droit de la consommation sur le droit commun⁵⁴, et l'appréciation très stricte de certaines clauses faite par le juge français, alors même que le cocontractant n'est pas un consommateur. Sans compter l'application bien établie de différentes notions telles que le dol, la faute lourde et l'obligation essentielle du contrat⁵⁵, qui font obstacle à l'application des clauses exclusives ou limitatives de la responsabilité d'un cocontractant, ou encore l'impossibilité pour le fabricant de limiter sa responsabilité en présence d'un vice caché de la chose, dès lors que le contrat est conclu par des professionnels de spécialités différentes. Sans compter aussi qu'on pourrait considérer qu'« [u]ne clause limitative de responsabilité pourrait être abusive dès lors qu'elle conférerait un avantage excessif à son bénéficiaire, en raison de sa puissance économique (...) ainsi, la clause qui stipulerait son application même en cas de faute lourde »⁵⁶. Sans compter enfin, dans le contrat de lancement, la mise en place d'un mécanisme contractuel restreignant l'accès à la justice et le droit au juge posé par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, dont on peut douter de la validité, surtout quand on a présent à l'esprit le « succès grandissant, en droit contractuel privé, des argumentations fondées sur les droits et libertés fondamentaux reconnus par la Convention européenne des droits de l'homme »⁵⁷, et le fait que « [l]e caractère fondamental des droits et libertés invoqués est, en effet, propre à transcender les clauses du contrat »⁵⁸.

Si on examine la jurisprudence rendue en matière spatiale, on se rend compte que les tribunaux n'ont pas forcément pris en considération le particularisme de la « chose » spatiale, comme en témoigne le différend ayant opposé Arabsat à Aérospatiale, à propos du dysfonctionnement du satellite Arabsat IA en orbite. La Cour d'appel de Paris y a en effet jugé qu'Aérospatiale, « vendeur fabricant du satellite, était tenue d'en connaître les vices éventuels et, d'après l'article 1645 du Code civil, ne peut écarter ou limiter sa garantie »⁵⁹. Le droit commun s'est donc appliqué dans toute sa rigueur au fabricant de satellites, alors que le satellite est un objet extrêmement sophistiqué, et qu'on ne peut raisonnablement attendre du fabricant de satellites la même garantie que le vendeur de biens plus classiques... et la prise en charge de l'aléa technologique, alors que, pourtant, « [l]'aléatoire, qui aujourd'hui se taille une place dans le système des sciences, en occupe une depuis des siècles dans l'univers du droit. Aléas législatifs, aléas dans les contrats, aléas dans les événements, aléas de la vie et de la mort, ce sont là des données familières au juriste »⁶⁰. Il est curieux que le caractère excessif de l'aléa dans le secteur spatial n'ait pas joué son rôle modérateur du contenu des obligations des cocontractants.

Sur ce point, il nous semble que les juges auraient pu prendre avec beaucoup de profit le droit de l'informatique comme source d'inspiration, voire le droit maritime. Dans le premier cas, on a considéré que les contrats de l'informatique « doivent concilier la nécessité pour le client d'obtenir le résultat escompté avec ce fait que l'informatique n'est pas une science totalement exacte »⁶¹. Dans le second cas, on a pu faire remarquer que « le régime, ou plutôt les régimes de responsabilité se caractérisent par un allègement de la charge pesant sur les exploitants de navires. Si les juristes non spécialisés ont de plus en plus de mal à comprendre et à admettre les avantages ainsi conférés aux armateurs, dans un pays qui se considère aujourd'hui comme un pays "chargeur" plus que transporteur, les dangers de l'expédition maritime paraissent encore légitimer les solutions retenues par la chambre commerciale »⁶², telles que la mise à l'écart de la notion de garde, l'atténuation de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle, l'appréciation plus large des clauses exonératoires de responsabilité du transporteur maritime par rapport au droit commun, la fortune de mer libératoire malgré l'absence de réunion des conditions de la force majeure, ou encore l'autonomie des assurances maritimes par rapport aux assurances terrestres. Un tel assouplissement des règles du droit positif se comprendrait encore plus aisément pour les activités spatiales, dans le cadre desquelles la technologie est plus immature, et les dangers très élevés. On comprendrait parfaitement que la nouveauté ait un effet sur les garanties

⁵³ H. BITAN, « Les clauses limitatives de responsabilité dans les contrats informatiques », *Communication - Commerce électronique*, janvier 2004, p. 19.

⁵⁴ D. MAZEAUD, « Regards positifs et prospectifs sur "le nouveau monde contractuel" », in *Code civil - Les défis d'un nouveau siècle*, Paris, 100^e Congrès des notaires de France, 16-19 mai 2004, *Petites affiches*, 7 mai 2004, p. 50. - V. aussi N. SAUPHANOR, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, Paris, LGDJ, 2000, notamment p. 47, n° 67.1.

⁵⁵ X. THUNIS, « Une notion fuyante : l'obligation essentielle du contrat », in *Mélanges offerts à Marcel FONTAINE*, Bruxelles, De Boeck et Larcier, 2003, pp. 521-542.

⁵⁶ Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris, Dalloz, Coll. Dalloz Action, 2004, p. 1142, n° 1141.

⁵⁷ J. ROCHFELD, sous Cass. Civ. 3^e, 18 décembre 2002, Amar et autres, Cass. Civ. 3^e, 12 juin 2003, EURL Arlatex c/ SNC Les Marguerites, *Revue des contrats*, 2004/2, p. 232. Sur l'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit français, v. A. DEBET, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Paris, Dalloz, Coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2002.

⁵⁸ J. ROCHFELD, sous Cass. civ. 3^e, 18 décembre 2002, *Revue des contrats*, 2004/2, p. 233.

⁵⁹ 15 juin 1988, *RFD aérien et spatial*, 1988, p. 201.

⁶⁰ F. TERRE, « Présentation », in *Droit et science*, op. cit., p. 7.

⁶¹ F. COLLART DUTILLEUL, « Les apports des contrats de l'informatique au droit des contrats », in *Le droit contemporain des contrats*, sous la direction de Loïc CADIET, Paris, Economica, 1987, p. 226.

⁶² J.-P. REMERY, « La jurisprudence maritime de la chambre commerciale de la Cour de cassation de 1991 à 1999 : éléments pour un bilan de la présidence de Pierre Bézard », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Bézard, Le juge et le droit de l'économie*, op. cit., p. 242.

susceptibles d'être fournies par le fabricant⁶³. Mais l'activité est plus réduite, et moins connue, sans doute, des juridictions judiciaires. Ce qui peut expliquer que, très fréquemment, les parties préfèrent recourir à l'arbitrage commercial international en cas de litige, les arbitres étant naturellement plus sensibles à la spécificité de la matière litigieuse⁶⁴.

Quoi qu'il en soit, en particulier en matière maritime, la tendance est quand même à une certaine emprise du droit commun : les institutions du droit maritime, « laminées par la standardisation croissante de la gestion des risques, se dissolvent dans le droit commun »⁶⁵, ce qui s'explique parce que « les pertes, les avaries sont moins nombreuses, les lignes sont plus sûres et les expertises sont plus fiables »⁶⁶. La tendance au rapprochement vers le droit commun est également perceptible en droit des activités spatiales, car la gestion des risques est très liée à l'état du marché et aux relations avec le client, qui ont tendance à se durcir avec l'accroissement de la concurrence, même si, dans ces deux matières, le particularisme de la matière demeure.

B) Des contrats à collaboration renforcée

La collaboration n'est pas le propre des contrats spatiaux. Ainsi, dans les années soixante-dix, M. KAHN écrivait que « [l]es incertitudes sur une technologie qui en est encore à ses débuts au moins pour le gaz liquéfié, une économie de l'énergie qui soulève bien des interrogations font des contractants obligés des contractants coopérants »⁶⁷. Cette obligation d'information renforcée, de coopération est caractéristique du droit des contrats internationaux⁶⁸ – l'article 1.202 des Principes du droit européen du contrat prévoit que « Chaque partie doit à l'autre une collaboration qui permette au contrat de produire son plein effet » –, et de surcroît des contrats dont l'objet est de réaliser des projets complexes⁶⁹. Nous cumulons donc ces caractéristiques dans les contrats spatiaux, ce qui

permet aux parties, à certains égards, de dépasser la conception traditionnellement antagoniste du contrat.

Cette coopération s'illustre de différentes manières dans le cadre des activités spatiales : par exemple, dans les contrats de lancement de satellites, on prévoit une coordination entre le client et la société de lancement pour le lancement, des rencontres du client et de l'entreprise de lancement en cas de modification des conditions de lancement, ou encore une obligation d'information au cours de l'exécution du contrat de lancement. Dans ce dernier cas, les contrats prévoient par exemple que le client s'engage à coopérer avec la société de lancement « et/ou avec les personnes qu'elle aura spécialement mandatées en mettant à sa ou à leur disposition toutes les informations qui leur seraient nécessaires pour évaluer les conséquences du mauvais fonctionnement du Lanceur sur sa durée de vie et/ou la capacité opérationnelle du Satellite transporté ».

Cette obligation de coopération a même tendance, à certains égards, à se renforcer, de manière consécutive à l'accroissement de la concurrence dans le secteur du lancement spatial : ainsi, alors que, pendant très longtemps, le report d'un lancement demandé par le client était fortement pénalisé, de plus en plus de contrats de lancement ne sanctionnent plus ce report. Cette pratique de report gratuit va dans le sens d'un plus grand équilibre entre le client et la société de lancement⁷⁰.

Dans les contrats de construction de satellites, la coopération est également très prégnante, pendant la construction du satellite, le client ayant des droits sur le suivi du processus de production, grâce à l'accès aux sites de production, à des visites d'inspection, à des réunions de coordination, afin de s'assurer de la compatibilité du développement du satellite avec les exigences de l'opérateur et de vérifier que les paramètres d'exploitation du satellite en orbite sont bien respectés par le fabricant. Ces procédures de coopération et d'information permettent à l'exploitant d'intervenir par l'intermédiaire de ses ingénieurs.

De même, le droit des contrats d'assurance spatiale fournit une terre d'observation fertile. L'obligation de coopération est renforcée dans ce type de contrats, d'abord parce que l'ensemble du système repose sur la bonne foi de l'assuré et la confiance mutuelle entre les parties. En effet, l'assureur « dépend » des informations fournies par l'assuré, au moment de la déclaration du risque⁷¹, de son éventuelle aggravation, qui doit lui être signalée⁷², et lors du sinistre – déterminé en fonction des critères de réussite et d'échec établis par l'assuré –, dont l'assuré doit fournir les preuves à l'assureur, et dont l'évaluation est faite par l'assuré, ce qui est dérogoire du droit commun. Ces contrats disposent en outre que « le souscripteur s'engage à prendre ou à faire prendre toutes les

⁶³ Sur ce point, v. P. ANCEL, « La réception de l'innovation technologique en droit commercial », in *Le droit au contact de l'innovation technologique*, Centre de recherches critiques sur le Droit (CERCRID), Université Jean Monnet, Saint Etienne, 1989, p. 55.

⁶⁴ L. RAVILLON, « Le contentieux arbitral dans le secteur de l'activité spatiale », *RD aff. int.*, 2003, n° 7, pp. 807-829.

⁶⁵ M. REMOND-GUILLOU, préface à l'ouvrage d'Isabelle CORBIER, *La notion juridique d'armateur*, Paris, Puf, 1999, p. 4.

⁶⁶ Ph. DELEBECQUE, « La responsabilité du transporteur – Rapport français », in *La responsabilité – Aspects nouveaux*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées panaméennes, 1999, Paris, LGDJ, 2003, p. 99.

⁶⁷ Ph. KAHN, « Etude de quelques problèmes juridiques de la vente internationale de gaz », in *Les hydrocarbures gazeux et le développement des pays producteurs*, IRI, Travaux du Credimi, vol. 2, Paris, Librairie techniques, 1974, p. 236.

⁶⁸ F. DIESSE, « L'exigence de coopération contractuelle dans le commerce international », *RD aff. int.*, 1999, n° 7, p. 738, et « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », in *Le droit et l'immatériel*, Archives de philosophie du droit, t. 43, Paris, Sirey, 1999, pp. 259-302.

⁶⁹ M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats – Essai d'une théorie*, Paris, LGDJ, 1992, p. 45. – V. en matière informatique, Ph. LE TOURNEAU, « Quelques aspects de l'évolution des contrats », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, p. 350, et M. VIVANT, « L'informatique dans la théorie générale du contrat », *D.* 1994, p. 121. – Y. PICOD, « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », *JCP*, 1988, 3318, n° 11.

⁷⁰ L. RAVILLON, avec la participation de Sébastien MANCIAUX et Annie MARTIN-MORENO, *Droit des activités spatiales – Adaptation aux phénomènes de commercialisation et de privatisation*, op. cit., pp. 514-515, n° 734-735.

⁷¹ Informations relatives aux activités de l'assuré, détails relatifs à la conception, la construction du lanceur, du satellite, aux notions d'échec et de réussite de la mission...

⁷² Modifications dans les spécifications techniques, anomalies décelées « susceptible(s) d'affecter la capacité opérationnelle du satellite et/ou de la mission du lanceur », extrait d'un contrat d'assurance spatiale.

mesures raisonnablement envisageables afin d'éviter la survenance ou de diminuer les effets d'un sinistre affectant la présente Police et à agir en toutes circonstances comme s'il n'était pas assuré », ce qui nous rappelle l'obligation de minimiser les dommages, obligation classique en droit du commerce international⁷³, qui permet de faire le départ, en matière d'assurance, entre l'assuré sauveteur et l'assuré contemplateur⁷⁴. Ce devoir de minimiser les dommages apparaît dans certains contrats sous la dénomination « obligation de diligence ». Il arrive également que la police lancement contienne une clause intitulée « *no loss, return premium* », laquelle permet au client de recouvrer une partie de la prime versée si aucune perte n'est apparue : c'est une sorte de « récompense » liée au bon fonctionnement du satellite. Cette gratification est une autre illustration de la coopération entre le souscripteur de l'assurance et son assureur.

*

La collaboration est donc renforcée dans ces contrats, même si on ne doit pas avoir une vision lisse et linéaire de cette collaboration, qui est ambiguë, car à d'autres égards, certains acteurs observent un certain effacement de l'esprit coopératif de l'industrie. L'arrivée de nouveaux lanceurs sur le marché des lancements spatiaux n'est sans doute pas sans rapport avec l'affranchissement de la part des propriétaires des satellites du carcan dans lequel la coopération les enserrait. Il est vrai que l'esprit de coopération qui animait les parties aux contrats de la filière spatiale s'imposait plus qu'il n'était choisi, en raison de la technicité des opérations spatiales, de l'aléa qui les entoure, et pendant longtemps, du nombre très faible de cocontractants potentiels. On a le sentiment que la collaboration s'imposait un peu comme l'éthique s'impose aux sociétés multinationales⁷⁵, sous la « contrainte » et intégrée à une démarche utilitariste. Il est vrai aussi que, traditionnellement, les concepts, principes et règles du droit des contrats « résultent le plus souvent de conflit d'intérêts, d'oppositions politiques, économiques et philosophiques et sont, pour la plupart, soumis à l'évolution des équilibres en présence »⁷⁶.

⁷³ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Morale et contrats internationaux », in *La morale et le droit des affaires*, Paris, Montchrestien, 1996, p. 41. – Y. DERAIS, « L'obligation de minimiser le dommage dans la jurisprudence arbitrale », *RD aff. int.*, 1987, n° 4, pp. 375-382. – B. HANOTIAU, « Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans les ordres juridiques nationaux et le droit du commerce international », *RD aff. int.*, 1987, n° 4, pp. 393-405.

⁷⁴ J. KULLMANN, « Minimiser son dommage ? », in *Droit et économie de l'assurance et de la santé, Mélanges en l'honneur d'Yvonne Lambert-Faivre et Denis-Clair Lambert*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 243-254.

⁷⁵ On constate en effet souvent que les garanties éthiques ne sont pas respectées sauf quand elles se traduisent en données économiques : notation des entreprises en fonction de coefficients éthiques, investissements préférentiels... L'éthique est considérée comme un « produit à valeur ajoutée ». V. P. BRUCKNER, *Misère de la prospérité. La religion marchande et ses ennemis*, Paris, Le livre de poche, Grasset, 2002, p. 198.

⁷⁶ J.-P. CHAZAL, « Théories du contrat : de la théorie générale à la théorie critique du contrat », *Revue des contrats*, 2003, p. 27.

Signe des temps, alors qu'auparavant, en matière spatiale, les contrats étaient la base de référence, mais n'étaient pas toujours appliqués strictement, aujourd'hui, les contrats sont négociés âprement et appliqués de manière beaucoup plus rigoureuse⁷⁷. Ils ne servent plus seulement de base à une négociation commerciale entre les parties ; les parties hésitent moins à les mettre en œuvre par voie judiciaire ou arbitrale, et cela est la traduction la plus tangible d'une coopération moins affirmée⁷⁸. Il y a fort à parier que désormais, si les sociétés de lancement ne fournissent pas leurs meilleurs efforts pour accomplir le lancement ou fournir un lancement de remplacement, elles seront plus exposées aux poursuites, dans la mesure où, même si ce différend ruine les relations contractuelles entre les parties pour le présent et pour l'avenir, le client ne sera pas pour autant privé de lancements. Il pourra se tourner vers les concurrents de la société de lancement fautive. Il en va de même en matière de construction de satellites, secteur dans lequel la concurrence est féroce.

Les différentes adaptations du droit et de sa rigueur envisagées ci-dessus sont le fait des praticiens du secteur spatial, des « constructeurs de contrats »⁷⁹ :

II) Les pratiques juridiques, sources du droit des activités spatiales

Nous avons vu que la confrontation du droit et des technologies avancées ne prenait pas uniquement la forme de réglementations étatiques⁸⁰, et que les rédacteurs de contrats internationaux, ici spatiaux, avaient établi certaines pratiques contractuelles, parfois audacieuses, qui provoquent des turbulences dans le droit des contrats, et constituent également une source du droit des activités spatiales, comme la coutume constitue une source du droit de l'espace, si on se place en droit international public⁸¹. Cette *praxis*, qui a pour origine la société civile, et qui est parfois désignée comme « le droit d'en bas »⁸², correspond à l'« aspiration des catégories socioprofessionnelles à un droit propre, plus réaliste »⁸³. Comme l'affirme M. MAHIOU, à propos de l'application de la *lex mercatoria* et du *jus gentium*, « [l]a question est aussi importante que

⁷⁷ Y. AUBIN, « La gestion des risques dans les contrats de construction de satellites », in *Colloque Le droit des activités spatiales à l'aube du XXI^e siècle*, sous la direction de Laurence RAVILLON, Dijon, 10 et 11 juin 2004, Paris, Litec, 2005, p. 88.

⁷⁸ Le domaine spatial n'est pas le seul à connaître le développement du contentieux, v. L. CADIET, « Le spectre de la société contentieuse », in *Ecrits en hommage à Gérard Cornu, Droit civil, procédure, linguistique juridique*, Paris, Puf, 1994, pp. 29-50.

⁷⁹ J.-M. MOUSSERON, « La renaissance (prolongée) du phénomène contractuel », in *Liber Amicorum Commission Droit et vie des affaires, 40^e anniversaire (1957-1997)*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 670.

⁸⁰ H. OBERDORFF, « Quelle intervention du droit ? », in *Le droit au contact de l'innovation technologique*, Université Jean Monnet, Saint Etienne, CERCRID, 1989, p. 11.

⁸¹ Ph. ACHILLEAS, « Custom in Space Law », in *Proceedings of the 10th ECSL Summer Course on Space Law and Policy*, University of Nice, August 27-September 8, 2001, pp. 58-68. – B. CHENG, « United Nations Resolutions on Outer Space : Instant International Customary Law ? », *Indian Journal of International Law*, 1965, pp. 35 et s.

⁸² M. FAVERO, « La standardisation contractuelle, enjeu de pouvoir entre les parties et de compétition entre systèmes juridiques. L'exemple du *Loan Market Association* », *RTD com.*, 2003, pp. 429-448.

⁸³ F. POLLAUD DULIAN, « Du droit commun au droit spécial – et retour », in *Aspects actuels du droit des affaires – Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Paris, Dalloz, 2003, p. 927.

banale puisque maintenant il est pratiquement impossible d'envisager un régime international d'activités sans réfléchir au préalable sur les acteurs impliqués ; les Etats n'ont plus le monopole de l'édiction de règles internationales, car, outre l'intervention des organisations internationales compétentes, il faut compter désormais sur les opérateurs privés et plus précisément les sociétés transnationales qui sont à l'origine de ces innovations »⁸⁴.

De manière générale, cette privatisation des normes s'observe dans le droit du commerce international (droit de l'arbitrage, codes de conduite, écolabel...⁸⁵, prise en compte de l'écoulement du temps dans les contrats internationaux⁸⁶), droit à consonance privatiste, mais en droit de l'espace, le rôle des opérateurs privés est même revendiqué dans les négociations internationales. L'influence du secteur privé est croissante dans la création normative internationale⁸⁷. Par exemple, le Comité des utilisations pacifiques de l'espace extra-atmosphérique (COPUOS) a accepté, en juillet 1999, à la Conférence UNISPACE III, la présence, pour la première fois, des représentants de l'industrie, en plus de celle des gouvernements, des agences spatiales nationales, des ONG et des organisations internationales⁸⁸. De même, la Conférence des plénipotentiaires de Minneapolis de l'Union internationale des télécommunications (UIT) a adopté en novembre 1998 des mesures destinées à refléter l'importance du secteur privé dans l'exécution de la mission de l'UIT, et a proposé des ajustements à la Constitution et à la Convention de l'UIT pour tenir compte des entreprises privées. La participation des entités non-étatiques, par exemple des constructeurs ou des opérateurs, aux activités de l'UIT a ainsi été prévue⁸⁹.

Si on revient sur le rôle joué par le droit des praticiens donc par le droit vivant, le « non-droit des grands contrats » selon l'expression de Jean CARBONNIER⁹⁰, il convient d'abord de s'interroger sur l'existence d'une

⁸⁴ « Droit international et nouvelles technologies. Conclusions générales », Rencontres internationales de la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, *Le droit international face aux nouvelles technologies*, op. cit., p. 273.

⁸⁵ M. DELMAS-MARTY, *Etudes juridiques comparatives et internationalisation du droit*, Leçons inaugurales du Collège de France, Collège de France/Fayard, 2003, p. 25.

⁸⁶ M. ALMEIDA PRADO, *Le hardship dans le droit du commerce international*, Bruxelles, Bruylant, Paris, FEC, 2003 : l'auteur évoque les audaces de la pratique et l'élaboration de règles adaptées aux particularités de l'espèce (dites *self-tailored rules*).

⁸⁷ C. KESSEDJIAN, « L'unification internationale du droit privé », in *L'émergence de la société civile internationale. Vers la privatisation du droit international ?*, Cedon, Paris, Pedone, 2003, pp. 75-83.

⁸⁸ Sur le nouveau rôle de l'industrie, V. LIEBIG, K.-U. SCHROGL, *Space Applications and Policies for the New Century*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2000, p. 161, pp. 174-175.

⁸⁹ A.E. NOLL, « The Fruitful Symbiosis between the Public and the Private Sectors within the International Telecommunications Union (I.T.U.) », in *Proceedings Ninth ECSL Summer Course on Space Law and Policy*, Institute of Air and Space Law - University of Cologne, Germany, July 24-August 5 2000, pp. 137-139. – A.-M. MALAVIALLE, « Les télécommunications spatiales - Vers un marché mondialisé et libéralisé sous contrôle des Etats », in *Espace et puissance*, sous la direction d'Anne-Marie MALAVIALLE, Xavier PASCO, Isabelle SOURBES-VERGER, Coll. Perspectives stratégiques, Paris, Ellipses, 1999, p. 176.

⁹⁰ J. CARBONNIER, « Introduction », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées René Savatier, Poitiers, 24-25 octobre 1985, Paris, Puf, 1986, p. 38.

communauté spatiale (A), et sur la teneur d'éventuels usages du commerce spatial élaborés par cette communauté (B) :

A) L'existence d'une communauté spatiale...

Traditionnellement, le développement d'usages, non pas transnationaux, mais propres à un secteur professionnel (celui du blé, du cacao...) suppose une certaine homogénéité du milieu des commerçants et de manière consécutive de leurs pratiques s'appliquant quelle que soit la localisation géographique des opérateurs.

Sur ce point, l'étude de la notion de filière constituera notre entrée en matières. Elle désigne l'« ensemble des activités, des industries productrices qui, de l'amont à l'aval, alimentent un marché final déterminé. La filière bois. La filière agroalimentaire »⁹¹. Cette notion de filière existe dans tout domaine marqué par des solidarités économiques. Nous pouvons en prendre quelques exemples. En matière d'environnement, on a pu remarquer que « [l']instauration de filières et de réseaux d'élimination des déchets sont la traduction d'un véritable commerce qui s'est peu à peu instauré entre les différents protagonistes, producteurs, détenteurs et éliminateurs de déchets »⁹², et que « [l]a constitution de filière contribue également à une unification et une simplification des pratiques existantes »⁹³. En matière agroalimentaire, riche d'enseignements sur ce point, Louis LORVELLEC écrivait que « [l]es systèmes agroalimentaires sont habituellement décrits sous la forme de filière, système complexe où l'appartenance se signale par l'interdépendance des participants au système, ce qui n'a rien d'original, mais aussi par leur dépendance individuelle à l'état du marché d'un produit. L'on parle ainsi de filière du lait, du bois, etc. La filière est d'abord conçue comme « lieu » d'application des politiques publiques, mais elle permet aussi de cerner l'ensemble des relations, en particulier contractuelles, qui forment une trame où se tissent les échanges de marchandises et de services »⁹⁴. Le contrat est donc un instrument d'analyse et de réflexion sur le travail des « acteurs des rapports économiques »⁹⁵.

Le secteur spatial peut à son tour être qualifié de filière, composée de fabricants de satellites, de sous-traitants, d'équipementiers, de sociétés de lancement, d'exploitants de satellites, d'opérateurs de services de télécommunications..., avec des acteurs qui se distinguent de ceux composant le monde du câble, des réseaux filaires, réunis par des solidarités professionnelles. On peut aussi retenir le terme de « communauté » spatiale, la communauté étant

⁹¹ Dictionnaire *Le nouveau petit Robert*.

⁹² M.-P. LAVOILLOTTE, *Les contrats privés d'élimination des déchets. Contribution à l'étude des contrats de droit privé à la protection de l'environnement*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002, p. 147, n° 299.

⁹³ *Ibid.*, p. 418, n° 974.

⁹⁴ L. LORVELLEC, « L'agriculture sous contrat », in *Ecrits de droit rural et agroalimentaire*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 336-337.

⁹⁵ B. GOLDMAN, « Rapport général », in *Le rôle de la pratique dans la formation du droit*, Journées suisses, 1983, Paris, Economica, 1985, p. 163.

un « groupe social dont les membres vivent ensemble, ou ont des biens et des intérêts communs »⁹⁶, et qui se caractérise par l'adhésion à des règles et par le sentiment d'appartenir à un même groupe, malgré l'existence d'industriels de spécialité différente⁹⁷.

Cette communauté est à l'origine de pratiques c'est-à-dire d'« un ensemble de comportements juridiques d'un groupe social cohérent »⁹⁸, de modèles inventés par les professionnels, en somme d'un « droit des acteurs »⁹⁹.

B)...à l'origine d'usages du commerce spatial

Les Etats n'ont pas le monopole de l'élaboration de règles internationales, et la force juridique de certaines pratiques ne vient pas de l'Etat, mais directement des opérateurs privés¹⁰⁰, phénomène que l'on a pu nommer *Lex mercatoria* ou droit des marchands¹⁰¹ – sans qu'on retienne ici sa version la plus achevée d'ordre juridique autonome –. Comme le remarque Mme DEUMIER, « le processus de création spontanée n'obéit à aucune règle prédéterminée, si ce n'est à des règles naturelles, et ne peut donc être infléchi selon les préférences nationales. La règle se dégage de la répétition constante et générale de comportements, peu important que ces comportements soient grecs, italiens ou turcs »¹⁰², ce qui favorise l'uniformisation du droit. Cette règle qui se dégage de la répétition constante et générale de comportements nous met sur la piste de l'usage.

L'article 9§2 de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises dispose que, sauf convention contraire des parties, celles-ci sont censées s'être tacitement référées dans le contrat à tout usage dont elles avaient connaissance ou auraient du avoir connaissance – en application du principe de présomption de compétence des opérateurs du commerce international – et qui, dans le commerce international, est largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats de même type dans la branche commerciale

⁹⁶ *Le nouveau petit Robert*.

⁹⁷ Sur cette notion de communauté, v. R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « La communauté scientifique est-elle un ordre juridique ? », *RTD civ.*, 1998, p. 249.

⁹⁸ J. GHESTIN, « Rapport de synthèse », in *Le rôle de la pratique dans la formation du droit*, Journées suisses, 1983, Paris, Economica, 1985, p. 3.

⁹⁹ Cf. C. NOVILLE, « Le statut juridique des collections de ressources génétiques », in *Les ressources génétiques végétales et le droit dans les rapports Nord-Sud*, sous la direction de Marie-Angèle HERMITTE et Philippe KAHN, Travaux du Centre René-Jean Dupuy pour le droit et le développement et du Centre de recherche sur le droit des sciences et techniques, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 224.

¹⁰⁰ A. MAHIOU, « Droit international et nouvelles technologies. Conclusions générales », in *Le droit international face aux nouvelles technologies*, Rencontres internationales de la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, *op. cit.*, p. 273.

¹⁰¹ B. GOLDMAN, « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives », *JDI*, 1979, pp. 475-505. – I. STRENGER, « La notion de *lex mercatoria* », *Rec. Cours La Haye*, 1991, II, pp. 207-355. – D. BUREAU, « *Lex mercatoria* », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la direction de Denis ALLAND et Stéphane RIALS, Paris, Puf, Coll. Quadrige, 2003, pp. 933-937. – A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique. 2. Gouvernants sans frontières. Entre mondialisation et post-mondialisation*, Paris, LGDJ, Coll. Droit et société, Maison des Sciences de l'Homme, 2003, p. 54.

¹⁰² P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Paris, Economica, Coll. Recherches juridiques, 2002, p. 8, n° 4.

considérée (commerce du blé, du pétrole...) ¹⁰³. C'est l'usage corporatiste qui est ici envisagé¹⁰⁴, et qui a au demeurant fait l'objet d'études sectorielles dès les années 20¹⁰⁵. Cet usage, saisi ou pas par le droit, les professionnels du commerce sont tenus de le connaître. Ils ne peuvent l'ignorer, « comme nul n'est censé ignorer la loi »¹⁰⁶. Paradoxalement, ce droit d'en bas est aussi considéré, dès lors qu'on tient compte de la qualité des parties pour l'applicabilité des usages par les arbitres, comme la « reconstitution d'un droit de classe »¹⁰⁷ voire comme le résultat d'un « droit despotique »¹⁰⁸. Bien que ce droit de classe ait tendance à s'étioler dans certains domaines, en particulier compte tenu de « la protection que le droit commun assure désormais aux professionnels contre les déséquilibres contractuels significatifs »¹⁰⁹ et du « mouvement d'expansion des règles du droit de la consommation en direction du droit commun »¹¹⁰, tel n'est pas le cas en matière d'usages. Les opérateurs du commerce international s'attendent à ce que ces usages régissent leurs relations. Comme ont pu le remarquer certains auteurs, « les parties sont des commerçants d'une branche donnée ; dans cette branche, la question non résolue dans la convention en présence est résolue d'une manière déterminée par les commerçants de la branche suivant une pratique si généralisée et constante qu'elle est sous-entendue, qu'on n'éprouve plus le besoin de la formuler expressément »¹¹¹. La pratique est stabilisée.

Comment les pratiques contractuelles peuvent-elles se transformer en usages ? « Le plus souvent, la nature d'usage d'une pratique contractuelle est renforcée par le constat que celle-ci a été consacrée par une incorporation dans un contrat-type proposé aux opérateurs du commerce international par une institution corporative »¹¹². Dans le secteur spatial, au moins dans celui de la

¹⁰³ F. FERRARI, « Trade Usage and Practices established between the Parties under the CISG », *RD aff. int.*, 2003/5, pp. 571-580.

¹⁰⁴ Ph. KAHN, « L'autorégulation », in *L'émergence de la société civile internationale. Vers la privatisation du droit international ?*, Cedin, Paris, Pedone, 2003, p. 200 : « On peut ainsi parler d'un droit élaboré par les opérateurs dans les secteurs bancaire, minier, pétrolier, spatial, dans le commerce des objets d'art ou des réseaux de communication ».

¹⁰⁵ M. ISHIZAKI, *Le droit corporatif international de la vente de soies*, 1928, et à ce sujet E. LAMBERT, « Sources du droit comparé ou supranational. Législation uniforme et jurisprudence comparative », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Geny, t. III, Les sources des diverses branches du droit*, Paris, Sirey, 1935, p. 499. – G. SCHWOB, *Le contrat de la London Corn Trade Association*, 1928. Plus près de nous, J. SIMON, *Le commerce international des céréales : pouvoir étatique et pouvoirs économiques privés*, Thèse Paris II, 3 juillet 1982.

¹⁰⁶ Ph. FOUCHARD, « Les usages, l'arbitre et le juge », in *Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982, p. 78.

¹⁰⁷ JOSSERAND, « Sur la reconstitution d'un droit de classe », *D.H.* 1937, pp. 1-4.

¹⁰⁸ A. ZANOBBETTI, « A propos des usages du commerce international : quelques réflexions sur la pratique italienne », *JDI*, 2003, p. 1009.

¹⁰⁹ D. MAZEAUD, « Le nouvel ordre contractuel », *Revue des contrats*, 2003, p. 301, n° 12.

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ A. KASSIS, *Théorie générale des usages du commerce. Droit comparé. Contrats et arbitrage internationaux. Lex Mercatoria*, Paris, LGDJ, 1984, p. 116, n° 190.

¹¹² E. LOQUIN, « Où en est la *lex mercatoria* ? », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle. A propos de 30 ans de recherche du Credimi, Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Travaux du Credimi, Paris, Litec, 2000, p. 32.

construction de satellites, c'est non pas une institution corporative mais le propriétaire de satellites pendant longtemps le plus influent, à savoir Intelsat, qui a rédigé un contrat-modèle, qui a inspiré les praticiens du monde entier. Il n'est nul besoin d'insister sur le rôle du contrat-type en général, lequel « doit proposer une formule adaptée aux besoins de la branche déterminée. Les usages, par leur efficacité, apportent des solutions approuvées et éprouvées que les rédacteurs n'ont plus qu'à cueillir, comme des fruits bien mûrs »¹¹³. En outre, les tribunaux arbitraux consacrent de nouveaux usages issus de la pratique contractuelle spontanée, donc indépendamment de leur formalisation dans un contrat-type. M. LOQUIN insiste sur la « spectaculaire cohérence »¹¹⁴ de la jurisprudence arbitrale, du fait de l'utilisation des précédents arbitraux. Nous n'en sommes pas encore là dans le secteur spatial, car la jurisprudence, même en formation, y est encore rare¹¹⁵, et aucune sentence n'a été publiée dans ce domaine, gênant la connaissance de la jurisprudence arbitrale.

En outre, nous avons évoqué ce point ci-dessus, on n'est pas certain que les architectures contractuelles inventées par les rédacteurs de contrats spatiaux recevraient l'aval des tribunaux. En effet, « [i]l y a des pratiques contractuelles plus ou moins hardies. Certaines ne touchent pas à l'ordre des choses et la réception de la loi ou du juge est indifférente. D'autres sont moins orthodoxes et l'absence de réception fragilise la pratique »¹¹⁶, ce qui est le cas des activités spatiales, d'autant que « le juge français, de mentalité terrienne, a quelque peine à reconnaître, dans tel ou tel déchaînement de la nature, le péril suffisant pour conduire à une solution spécifique »¹¹⁷.

Puisque nous nous intéressons aux usages corporatifs, il convient de remarquer, avant d'en venir aux activités spatiales, que nombreux sont les domaines dans lesquels ils « sévissent » : en matière bancaire¹¹⁸, en droit de l'informatique¹¹⁹ (*lex mercatoria numerica*¹²⁰), en droit maritime (*lex maritima*¹²¹), en droit de la construction (*lex constructionis*¹²²), en droit de la

bioéthique (*lex bioethica*¹²³), en droit du sport¹²⁴, ou encore en droit agroalimentaire¹²⁵.

En matière spatiale, les usages sont peu nombreux mais bien établis dans la communauté des acteurs du secteur¹²⁶. Par exemple, si on revient sur la clause d'*incentive payments*, et le non versement des primes de performance, considéré comme le seul recours du client en cas de défaillances du satellite, certains contrats prévoient ce régime juridique de manière expresse : « *In any case, contractor's liability will be strictly limited to the performance payment as defined in the contract* »¹²⁷. D'autres contrats prévoient que « *The warranty provided in this article and the obligations and liabilities of seller thereunder are exclusive and in lieu of and buyer hereby waives all other remedies, warranties, guaranties, or liabilities, express or implied, arising by law or otherwise, including without limitation any obligations of the seller with respect to fitness, merchantability and consequential damages* » (la clause est écrite en lettres majuscules). On trouve encore la formule selon laquelle « La responsabilité du constructeur pour le satellite en vol est limitée à la stricte et unique application du schéma d'intéressement ». L'exclusivité de la sanction n'est cependant pas toujours mentionnée de manière claire dans le contrat : dans ce cas, elle est considérée par les fabricants de satellites comme un usage de l'industrie spatiale, ce qui a été confirmé par la jurisprudence américaine, dans l'arrêt *Mc Donnell Douglas Corp. v. Thiokol Corporation and Morton International Inc*¹²⁸ : « *there was a trade usage in the space components industry during the relevant time period that warranties of performance were not available* ». Reste quand même à vérifier, en cas de difficulté à propos de

Discussion of the New Law Merchant, Ed. Thomas Charbonneau, Revised Edition, Juris Publishing, Kluwer Law International, 1998, pp. 43-51.

¹²² Forme de *lex mercatoria* à propos des contrats de réalisation d'ensembles industriels, car dans ces contrats, le droit applicable est souvent celui du pays en développement dans lequel les usines sont construites, or ce droit est peu élaboré. Contrats types de la FIDIC dont s'inspirent les *Standard Bidding Documents*. Voir Ph. FOULARD, « Rapport français », in *La responsabilité des constructeurs, Travaux Capitain*, Journées égyptiennes, 1991, Paris, Litec, 1993, pp. 293-317. – C. MOLINEAUX, « Moving Towards a Construction Lex Mercatoria – A Lex Constructionis », *Journal of International Arbitration*, 1997/1, pp. 55-66.

¹²³ C. BYK, « Le droit international de la "bioéthique" : "jus gentium" ou "lex mercatoria" ? », *JDI*, 1997, p. 929.

¹²⁴ E. LOQUIN, « L'internationalisation des contrats sportifs », in *Les contrats des sportifs – L'exemple du football professionnel*, sous la direction de Gérard SIMON, Paris, PUF, 2003, p. 45 : « Nous appelons droit sportif transnational le droit secrété par les fédérations sportives internationales ayant en charge la mission d'organiser les compétitions sportives au niveau international. Ce droit n'est pas créé par les Etats, mais par ce qu'un auteur a justement appelé "le pouvoir sportif" ».

¹²⁵ Cour d'appel de Montpellier, 3 décembre 2002, *JDI*, 2004, pp. 888-902, note S. POILLOT-PERUZZETTO : sur les règles et usages de la Fédération internationale du commerce de semences pour le commerce de semences végétales.

¹²⁶ M. KAHN évoque le secteur spatial « où, à côté de quelques traités internationaux réglant le problème des souverainetés des Etats, les opérateurs ont élaboré les règles appropriées à leurs relations dans ce contexte si nouveau et si particulier », « *La Lex Mercatoria et son destin* », in *L'actualité de la pensée de Berthold Goldman, Droit commercial international et européen*, sous la direction de Philippe FOULARD et Louis VOGEL, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2004, p. 27.

¹²⁷ *Contrat Hughes*. La société Hughes a depuis été rachetée par Boeing.

¹²⁸ N. CV 92-4008 WJR (C.D. January 5, 1996).

¹¹³ P. DEUMIER, *Le droit spontané*, op. cit., p. 390, n° 392.

¹¹⁴ « Réflexions sur la "jurisprudence arbitrale", sa cohérence et ses divergences », in *Les divergences de jurisprudence*, Publications de l'Université de Saint Etienne, 2003, p. 129.

¹¹⁵ V. cependant la chronique de jurisprudence spatiale que nous tenons à la Revue française de droit aérien et spatial : « Contentieux : la jurisprudence spatiale », *RFD aérien et spatial*, 2001, pp. 418-440. – « Contentieux : Bilan annuel de la jurisprudence spatiale », *RFD aérien et spatial*, 2002, pp. 276-281. – « Actualités de jurisprudence spatiale », *RFD aérien et spatial*, 2003, pp. 266-272. – « Chronique de jurisprudence spatiale. Actualité 2003/2004 », *RFD aérien et spatial*, 2004, pp. 325-333.

¹¹⁶ M. GERMAIN, « Les manifestations en droit des sociétés », in *Les pratiques juridiques, source du droit des affaires, Petites affiches*, 27 novembre 2003, p. 11.

¹¹⁷ A. VIALARD, *Droit maritime*, op. cit., p. 39, n° 24.

¹¹⁸ J.-L. GUILLOT, « Pratiques bancaires, source du droit des affaires », in *Les pratiques juridiques, source du droit des affaires, Petites affiches*, 27 novembre 2003, pp. 14-21.

¹¹⁹ C. ROJINSKY, « Les techniques contractuelles du commerce électronique », *Légicom*, n° 21/22, 2001/1 et 2, p. 111. – Ex. : les usages de l'informatique tolèrent une certaine marge de difficultés et un certain taux d'indisponibilité des systèmes.

¹²⁰ E.A. CAPRIOLI, R. SORIEUL, « Le commerce international électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales », *JDI*, 1997, p. 330.

¹²¹ Pratiques de certains ports ; usages de la communauté maritime, dans certains contrats comme les contrats d'affrètement. Cf. W. TETLEY, « The Lex Maritima », in *Lex Mercatoria and Arbitration – A*

l'existence de cet usage, sa connaissance par l'acquéreur du satellite, et son acceptation en connaissance de cause par ce dernier. A ce sujet, Mme DEUMIER parle de « [l']artifice de la volonté tacite »¹²⁹, et considère que « [l']artifice touche à l'absurde avec la Convention de Vienne du 11 avril 1980, qui voit dans l'absence de clause contraire des parties la référence "à tout usage dont elles avaient connaissance ou auraient dû avoir connaissance". Etranges opérateurs du commerce international qui acceptent par avance des obligations dont ils ignorent jusqu'à l'existence »¹³⁰. Cette observation rejoint l'une des critiques souvent adressées au droit praticien : son absence de transparence, accentuée par la rareté du contentieux publié, qui rend la pratique opaque. C'est tout le problème de la communication autour de ces usages, de l'information à leur sujet au cours des négociations contractuelles, et tirée du droit formulaire (v. contrats type, travaux CCI)¹³¹. Quoi qu'il en soit, le marché spatial est suffisamment étroit, et les opérateurs assez compétents, pour qu'on puisse considérer qu'en l'occurrence, les acquéreurs de satellites ont connaissance de ces usages et de leur consistance, en somme que les contractants sont avertis.

Dans le contrat de lancement de satellites, le schéma contractuel d'élimination des recherches en responsabilité est également considéré comme usuel. Dans un article consacré aux sources du droit mondialisé, M. LOQUIN cite un certain nombre de contrats, dont les contrats de lancement de satellites, et remarque que « ces opérations sont organisées sur la base de pratiques contractuelles universelles standardisées. Les opérateurs du commerce international s'y réfèrent systématiquement quels que soient leur nationalité, leur établissement, la localisation de leur opération ou la loi choisie pour la régir. Elles s'affirment dans les ordres juridiques étatiques alors même que parfois leur acclimatation est douteuse. Que l'on songe aux contorsions juridiques nécessaires pour incorporer les garanties autonomes dans les systèmes juridiques n'admettant que les sûretés personnelles accessoires ou à l'effectivité dans les contrats de lancement de satellites des clauses réciproques de non-recours et cela même dans les systèmes juridiques hostiles "au contrat sans responsabilité" »¹³².

Auparavant, MM. LOQUIN et M. VEIL avaient constaté que les stipulations contractuelles relatives à la prise en compte de l'aléa « sont constantes dans leur contenu dans l'ensemble des contrats quels que soient les opérateurs et leur origine juridique »¹³³. Elles constituent une véritable pratique contractuelle uniforme de la filière spatiale. Les opérateurs sont d'ailleurs conscients de cette uniformité, et n'hésitent pas, pour justifier la présence de telle ou telle clause dans leurs conditions générales, à mentionner qu'elles s'imposent en raison « d'une pratique constante ou d'un usage établi de l'industrie spatiale »¹³⁴. On

retrouve d'ailleurs un grand nombre de clauses classiques entre les cocontractants initiaux dans les contrats que ces derniers concluent avec leurs sous-traitants et fournisseurs (voir Marsh, la responsabilité...).

Autre usage en matière spatiale, mais pris cette fois dans son sens courant et non pas dans son sens juridique : l'absence de recours entre cocontractants et l'absence de contentieux en résultant, ou sa faiblesse. Cette tradition est remise en cause avec la tendance croissante à envisager les recours du client, de l'assureur, contre le fabricant du satellite en cas de problème de conception ou de construction, ou contre la société de lancement...¹³⁵ L'absence de mise en œuvre de la subrogation « ne permettant pas d'imputer le sinistre à la police d'assurance du véritable responsable du dommage, et en considération des résultats dégradés des polices d'assurance spatiale de ces dernières années comme de la baisse des satellites, opérateurs et assureurs pourraient reconsidérer leur position et chercher à exercer plus fréquemment leur droit de subrogation »¹³⁶.

Certains auteurs sont critiques à l'égard de ces éventuels usages du commerce spatial, et affichent leur scepticisme : ainsi, à propos des contrats de construction de satellites, maître MOURRE évoque avec circonspection les auteurs qui voient « dans la multiplication de clauses similaires ou identiques, que ce soit dans des contrats soumis au droit américain ou à des droits de tradition civiliste, le signe de l'existence d'usages particuliers à la filière spatiale. Ces usages seraient caractérisés par l'acceptation réciproque du risque spatial. Ce raisonnement conduit tout à la fois à relativiser l'importance des délais de livraison, qui ne seraient pas déterminants, et à restreindre la notion de faute lourde à la seule faute subjective d'une gravité exceptionnelle, excluant par conséquent la notion de faute objective telle qu'elle est reçue par la jurisprudence française lorsque le manquement porte sur l'obligation essentielle. Dans cette optique, les pénalités de retard ont pour seule fonction de répercuter sur le constructeur celles que l'opérateur devra lui-même verser au lanceur, toute indemnisation des pertes d'exploitation étant exclue d'accord entre les parties, notamment par les clauses écartant l'indemnisation du préjudice indirect ; en somme, aller au-delà des limites fixées par les parties à la responsabilité du constructeur serait, selon cette doctrine, contraire à l'économie même du contrat. En définitive, cette approche du contrat conduit à rapprocher l'obligation du constructeur d'une obligation de *best efforts* »¹³⁷. M. MOURRE ajoute que « [c]ette doctrine, on l'imagine, ne rencontre pas l'assentiment des opérateurs de satellites, qui mettent quant à eux l'accent sur le caractère déterminant de la livraison à bonne date du satellite commandé »¹³⁸.

¹²⁹ P. DEUMIER, *Le droit spontané*, op. cit., p. 218, n° 237.

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ Ph. STOFFEL-MUNCK, « La diffusion des pratiques juridiques en droit des affaires », in *Les pratiques juridiques, source du droit des affaires, Petites affiches*, 27 novembre 2003, pp. 36-43.

¹³² *Ibid.*

¹³³ Souligné par nous.

¹³⁴ « La gestion contractuelle des risques de l'exploitation commerciale », in *L'exploitation commerciale de l'espace - Droit positif, droit prospectif*, op. cit., p. 166, n° 3.

¹³⁵ L. RAVILLON, « Actualités de jurisprudence spatiale », *RFD aérien et spatial*, 2003, p. 267.

¹³⁶ H. FABRE, « Risques spatiaux et stratégie de couverture du risque par les mécanismes de l'assurance », *Revue Géoéconomie*, n° 20, hiver 2001-2002, *Dossier Géoéconomie de l'espace*, p. 199.

¹³⁷ « La résolution des litiges dans les contrats spatiaux », in *Colloque Le droit des activités spatiales à l'aube du XXI^e siècle*, sous la direction de Laurence RAVILLON, Dijon, 10 et 11 juin 2004, Paris, Litec, 2005, p. 207.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 208.

Néanmoins, si on ne peut nier qu'au cours d'un contentieux, la réalité d'usages du secteur spatial invoqués par un des cocontractants puisse être mise en doute – c'est de bonne guerre ! –, il ne nous semble pas que cela mette à mal l'existence de pratiques communes à l'ensemble des fabricants, sociétés de lancement, exploitants, quelle que soit leur nationalité, concrétisant l'usage et de ce fait une certaine forme de mondialisation du droit. En effet, « [l]es pratiques contractuelles sont de puissants instruments de mondialisation du droit »¹³⁹. La réalité de clauses standard, qui ne dynamitent pas les concepts de droit commun, mais les assouplissent – nous avons vu que les clauses relatives à la gestion des risques étaient exemplaires à ce sujet –, est indiscutable. Et il ne nous semble pas que l'évolution du rapport de forces entre les cocontractants du secteur soit susceptible de frapper d'anomie les pratiques identifiées en tant qu'usages, tout du moins pas de manière immédiate.

Conclusion

Simone COURTEIX a beaucoup œuvré pour faire connaître et reconnaître le droit de l'espace en tant que branche du droit international public. La discipline étant double, nous espérons, quant à nous, avoir montré que le droit privé de l'espace, peu familier aux juristes privatistes de langue française, est également un champ d'investigation exceptionnel, et souligné la force des interrelations entre la pratique et la doctrine, car « [c]es progrès de la réflexion aident les praticiens à l'élaboration de contrats plus sophistiqués (...), tandis qu'à l'inverse, les constructions des praticiens appellent à une réflexion plus poussée des observateurs »¹⁴⁰. Le droit spatial économique, loin d'être atone, accède peu à peu à la reconnaissance, avec certaines allusions qui y sont faites dans des revues classiques¹⁴¹. Droit public et droit privé sont mobilisés pour appréhender cet espace extra-atmosphérique, encore mal connu.

¹³⁹ E. LOQUIN, « Les sources du droit mondialisé », in *Droit et patrimoine*, septembre 2001, *L'environnement juridique des start-up*, p. 73.

¹⁴⁰ J.-M. MOUSSERON, « La renaissance (prolongée) du phénomène contractuel », in *Liber Amicorum Commission Droit et vie des affaires, 40^e anniversaire (1957-1997)*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 669.

¹⁴¹ V. *JCP*, 28 juillet 2004, p. 144, Législation, 386, mentionnant le décret n° 2004-695 du 8 juillet 2004 portant publication de l'Accord entre les Etats parties à la Convention portant création d'une Agence spatiale européenne et l'Agence spatiale européenne concernant la protection et l'échange d'informations classifiées. V. aussi la Chronique de Droit des nouvelles technologies rédigée par M. GAUDRAT, parue à la *RTD com.* 2004, pp. 308-312, intitulée : « La Terre vue d'en haut sur les puzzles des amateurs d'en bas : brèves observations à propos de Riom (Com. 14 mai 2003) », à propos de puzzles commercialisés à partir d'images satellitaires en couleurs naturelles. V. aussi en droit fiscal, Tribunal administratif de Toulouse, 29 décembre 1998, Société Spot Image, RJF, 1999/5, n° 549 et Cour administrative d'appel de Bordeaux, 20 mars 2003, note J.-P. MAUBLANC : La vente d'images satellitaires reconditionnées est-elle une livraison de biens ou une prestation de services ?, Petites affiches, 27 septembre 2004, p. 6. V. aussi l'affaire Al Manar, Conseil d'Etat, ordonnance du 13 décembre 2004, *JCP*, 2005, II, 10021, p. 337. – Y. GOUNIN, « Al Manar : chronique d'un imbroglio juridico-diplomatique », *AJDA*, 31 janvier 2005, pp. 206-211. – Ph. ACHILLEAS, « La diffusion par satellite de programmes illégaux – L'affaire Al Manar », *Communication – Commerce électronique*, Février 2005, pp. 39-42. – J.-M. COTTERRET, « Chronique de droit de la régulation n° 1, Régulation du secteur de l'audiovisuel, Al Manar : Loi où es-tu ?, CE, 13 décembre 2004 (ord. N° 274-757) », *Petites affiches*, 4 avril 2005, pp. 12-13. V. aussi Conseil d'Etat, ordonnance du 3 mars

Dans les années quatre-vingt dix, dans un article intitulé « Sciences et praxis juridique », M. VIVANT se posait la question suivante : « Quel intérêt peut trouver le juriste à la découverte d'une nouvelle planète ? En quoi cela modifie-t-il l'univers – le monde sublunaire – dans lequel il se meut ? »¹⁴². De l'intérêt pour une telle découverte, et ses conséquences, le juriste qui se spécialise dans le droit de l'espace et dans le droit des activités spatiales peut, à n'en pas douter, en trouver.

2005, *AJDA*, 2005, pp. 838-840, obs. Y. GOUNIN. V. enfin E. JOLIVET, « Chronique de jurisprudence arbitrale de la Chambre de commerce internationale (CCI) : les clauses limitatives et évasives de responsabilité dans l'arbitrage CCI », *Gaz. Pal.*, 27 et 28 avril 2005, pp. 27 et s., sentence finale de 2001 dans l'affaire 10216, ayant opposé Eutelsat à Alcatel Space.

¹⁴² D. 1993, p. 109.