

# **DROIT DU COMMERCE INTERNATIONAL**

Le droit international est une matière mouvante (droit des contrats internationaux). C'est un droit qui emprunte à un certain nombre d'autres branches du droit (droit international privé, droit international économique).

## **Bibliographie :**

- Droit du commerce international - Matthias Audit, Pierre Calais – Lextenso ;
- Droit du commerce international - Jean-Michel Delbecq – Précis Dalloz ;
- Droit du commerce international - Hugues Kenfack – Memento Dalloz.

## **Revues :**

- Revues du droit international privé ;
- Journal du droit international ;
- Droit des affaires internationales (revue bilingue).

## **Chroniques :**

- Panorama annuel droit du commerce international ;
- Chronique du droit du commerce international (aller voir la prochaine de mi-février) ;
- Chronique de vente de marchandises – Claude Witz.

## **Plan :**

Introduction : sources du droit du commerce international (lex mercatoria).

Chapitre 1 - Les opérateurs (Etats) et les opérations

Chapitre 2 -Le contrat international : vente internationale de marchandises (Convention de Vienne de 1980 sur la vente des marchandises) ;

Chapitre 3 - Le règlement du litige du commerce international : arbitrage international (France, Suisse et Royaume-Uni places majeures de l'arbitrage international).

## Introduction

Le droit du commerce international occupe une place importante. Il atteste d'une importance stratégique majeure dans le fonctionnement de l'économie mondiale actuelle. Les échanges internationaux de marchandises représentent 16.000 milliards de dollars annuels (chiffre de l'OMC de 2014). Le droit du commerce international est loin d'être un long fleuve tranquille dans la mesure où, comme le reste de l'économie mondiale, il peut être affecté par des crises (récession majeure entre 2007 et 2011). Cette crise s'est traduite par une diminution de plus de 25% des échanges entre l'Europe et les USA. Depuis début 2012, on a assisté à un retournement de tendance qui conduit à une légère augmentation des échanges. Ce niveau est porté par l'apparition de nouvelles zones d'échanges de marchandises : sorte de déplacement des flux d'échanges avec la confirmation de la place majeure de l'Asie et notamment de la Chine mais aussi par l'émergence de l'Afrique. Les flux d'échanges Europe/ Amérique se sont stabilisés et ce sont de nouvelles zones géographiques qui apparaissent et qui sont porteuses de croissance. Ces échanges sont facilités par un taux de parité entre les deux monnaies du commerce international que sont le dollar et l'euro. La faiblesse relative du dollar à l'euro a été de nature à doper les économies européennes et a été de nature à redresser la balance commerciale de ces Etats européens en particulier dans le domaine de l'énergie (baisse de la facture énergétique de ces pays). Le droit du commerce international va dicter la manière dont on va l'appréhender. [Ex : faillites internationales, contrat de vente international].

Les opérations du commerce international vont être caractérisées par une dimension couteuse. **L'opérateur du commerce international va être attentif au cadre juridique dans lequel s'envisage son opération.** L'opérateur va chercher à appréhender les risques et éventuellement à se couvrir. Ces courants d'échanges internationaux vont s'inscrire dans des logiques de relations complexes et évolutives. Le cadre juridique dans lequel vont s'envisager ces opérations a pour double objectif d'appréhender cette complexité, cette évolutivité et de concilier à la fois une volonté de sécurisation et la liberté laissée aux opérateurs du commerce international. Ceux à qui il revient de dessiner ce cadre converge sur l'aspect de volonté de sécurité.

**La matière suppose l'action à la fois des Etats mais aussi de grandes institutions interétatiques (ONU).** Ni l'un ni l'autre ne se désintéresse du commerce international. Ils vont élaborer des traités en la matière, créer des institutions dont la mission est d'assurer une régulation efficace des opérations du commerce international. Au-delà de cette action de ces Etats et organisations, **le commerce international est avant tout l'affaire des entreprises commerciales qui vont se livrer à des opérations d'importation et d'exportation de marchandises ou de services.** Les Etats devraient œuvrer dans l'optique de faciliter ce type d'opération en adoptant un cadre adapté à ces opérations.

On va retrouver une distinction de notre ordre juridique entre droit public et droit privé, entre droit international économique et droit du commerce international. L'interpénétration de ces deux dernières matières est flagrante. Le **droit du commerce international** est la branche du droit ayant pour objet les rapports de droit de nature privée se développant dans l'ordre international. Les acteurs ne sont pas nécessairement de droit privé : ce peut être des personnes privées ou des entités publiques qui vont se placer dans des situations de contrat qui seront des contrats de droit privé. [Ex : Le « **contrat de BOT** » (Built Order Transfer) est une forme de contrat de concession qui permet à une entité publique la réalisation d'une infrastructure. C'est un contrat de droit international qui est aujourd'hui largement privilégié lorsqu'un Etat notamment un PED souhaite se doter d'une infrastructure lourde (aéroport, barrage, autoroute). Ce contrat fait interagir un Etat et un opérateur privé. Ce contrat est soumis à des règles particulières de droit privé. Le Cambodge a construit toutes ses infrastructures par ce type de contrat].

Il n'existe pas de critère unique et uniforme permettant de caractériser ce rapport du droit du commerce international. **Il n'existe pas de critère juridique uniforme même si tout le monde s'accorde à considérer qu'un rapport de droit commercial est international lorsqu'il se caractérise par un élément d'extranéité. C'est cette extranéité qui pose difficulté dans la mesure où elle n'est pas appréhendée de manière unitaire.** Plus exactement, l'extranéité peut être appréhendée sur un plan strictement juridique ou sur un plan davantage économique. En droit du commerce international on va osciller entre ces deux critères en fonction des domaines que l'on souhaite appréhender. Il y a rapport de droit privé lorsqu'il y a un élément d'extranéité. Le règlement Rome 1 prévoit qu'il s'applique en matière de contrats internationaux dès lors que l'opération contractuelle met en jeu une situation juridique comportant un conflit de lois. C'est une **approche juridique de l'extranéité.** C'est la situation dans laquelle un contrat présente des liens avec plusieurs Etats. Cette logique se retrouve également dans le cadre de la **Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises.** Cette

convention a uniquement pour objet les « ventes internationales de marchandises ». Elle définit elle-même cette notion. Son article 1<sup>er</sup> prévoit qu'est une vente internationale de marchandises la vente internationale pour laquelle le vendeur et l'acheteur ont leurs sièges sociaux respectifs sur des territoires d'Etats parties différents. L'extranéité est caractérisée dès lors que le vendeur a son siège social sur un territoire et l'acheteur sur un autre territoire.

Cette approche juridique a été contestée au profit d'une **approche économique**. Le droit du commerce international tendrait à s'écarter du droit international privé pour embrasser une réalité purement économique. **Ce mouvement est apparu en matière de contrats puis a été conforté en matière d'arbitrage commercial international**. La Cour de cassation, dans les années 1930, esquisse une approche propre des contrats du commerce international. **Cass, 17 mai 1927 – Pelissier du Besset** : la Cour propose une approche autre que celle fondée uniquement sur les conflits de lois. La Cour suit les conclusions de l'avocat général Matter. Elle énonce : « Pour qu'il y ait contrat du commerce international, il faut que le contrat produise un **mouvement de flux et de reflux au-dessus des frontières** ». Dans cette approche, c'est une réalité économique internationale qui va conduire à considérer que le contrat est bien un contrat de commerce international. Cette solution dégagée en 1927 va par la suite être développée par la Cour de cassation dans un autre domaine du commerce international qu'est celui de l'arbitrage international. L'enjeu est de distinguer ce qui relève de l'arbitrage commercial international et ce qui relève de l'arbitrage commercial interne, les deux n'ayant pas le même régime. **Cass, 19 février 1930 – Mardellet + Cass, 27 janvier 1931 – Dambricourt** : mutatis mutandis. La Cour de cassation applique à l'arbitrage commercial international la solution dégagée en 1927. La Cour de cassation considère qu'il y a bien arbitrage commercial international parce qu'à la base du litige il y avait un mouvement d'argent au travers des frontières. Ici on parle de « **mouvement d'argent au travers des frontières** ». C'est une extranéité économique qui permet de distinguer arbitrage commercial interne et international. Cette solution est reprise par le pouvoir règlement en 1981 avec la réforme du droit français de l'arbitrage qui conduit à ce que l'**article 1504 CPC** énonce : « Est international l'arbitrage qui met en cause les intérêts du commerce international ».

Ce préalable de l'extranéité sera assez souvent un sujet de discussion lorsque l'on va appréhender le commerce international. Il sera un sujet de discussion plutôt franco-français. C'est une difficulté liée au droit français. Le Royaume-Uni a un droit plus pragmatique. Il fait une lecture opportuniste des enjeux de la commercialité internationale à l'inverse de la France qui adore les concepts. C'est également une question essentielle en pratique. Pour faire comprendre ces enjeux d'extranéité juridique et économique, Berthold Goldman prenait l'exemple de l'épicerie italienne de la rue d'Assas. Il se demandait si en achetant une bouteille d'eau chez l'italien il concluait un contrat de vente internationale. Le privatiste dira oui car il y a un élément d'extranéité : la nationalité. Le commercialiste dira non parce qu'il ne peut pas prouver un mouvement d'argent au-delà des frontières. L'enjeu est celui du régime juridique. **Cour d'appel, 27 juin 2013 - Bernard Tapis c. Crédit Lyonnais** : la sentence relevait-elle du commerce international ou était-elle interne ? Monsieur Tapis soutenait que l'arbitrage était international pour des raisons de procédure. La Cour d'appel a considéré que c'était un arbitrage interne parce qu'il y avait des mouvements d'argent au-delà des frontières mais que ceux-ci n'intéressaient que le territoire français. Un pourvoi a été formé contre cet arrêt.

Tout ceci permet de comprendre quels sont les rapports de droit qui rentrent dans le champ du commerce international. Pour qu'il y ait rapport de commerce international, il est clair que la relation juridique doit concerner des opérateurs se plaçant sous l'empire du droit privé et non sous l'empire du droit public. Les opérations du commerce international intéressent ensuite les transactions de nature économique. Certains parleront de « transactions de nature commerciale » sauf qu'il serait réducteur de projeter la commercialité interne dans l'ordre international dans la mesure où ce dernier est beaucoup plus vaste que le premier. Ce rapport juridique est un rapport qui présente un caractère professionnel. On fera échapper au droit du commerce international des opérations qui sont effectuées pour des besoins personnels, familiaux (droit de la consommation internationale). La Convention de Vienne de 1980 exclut ces dernières de son champ d'application. Pour aboutir à cette construction, le système juridique international s'est appuyé sur une lente construction marquée par une logique circulaire : le droit du commerce international a puisé son origine dans des sources internationales, que des sources étatiques ont pris le relais puis ont progressivement perdues de leur influence.

L'idée des échanges apparaît au cœur de la Méditerranée. Les premières traces de sources juridiques du commerce international correspondent au développement du droit maritime et en particulier aux initiatives des Phéniciens. On retrouve cette grande tendance en Grèce ainsi qu'à Rome même si la question est présentée différemment dans la mesure où la logique a été davantage portée vers une uniformité du droit romain. C'est surtout à la Renaissance que la question d'un droit du commerce international a pris toute son ampleur

notamment à la faveur des foires. Ce sont les foires qui vont se tenir le long des grands axes commerciaux. Dans ces foires naissent toute une série de transactions. Des juridictions spécialisées adaptées aux enjeux des affaires internationales naissent et s'appuient sur un droit commercial unifié autour du droit romain mais aussi et surtout autour d'usages, de coutumes qui ont été recueillis précisément dans chacune des places de foires. Aux temps modernes, ce champ à la base européen s'élargit avec la découverte de l'Amérique du Nord et du Sud. L'ordonnance de Colbert de 1673 jette les bases du droit commercial et distingue entre un commerce interne et un commerce international. Au 19<sup>e</sup> siècle, un Code de commerce émerge. Se développe progressivement la technique dite du conflit de lois (droit international privé). La conception de Savigné se répand : le droit international privé est un droit de répartition qui a pour objet de désigner un ordre juridique national donné. C'est au lendemain de la 2<sup>GM</sup> que le volume des échanges internationaux se développe. Les Etats et les organisations interétatiques vont s'attacher à élaborer des traités internationaux pour créer des institutions internationales dont l'objet est de promouvoir et de faciliter les échanges internationaux (CNUDI, FMI). Des OIER se développent également.

Le phénomène de développement se double d'un phénomène d'accélération et de mutation des échanges. On constate que les réglementations du commerce international sont inadaptées à la réalité de la commercialité internationale. **Claude Albert Michalet** résume en **trois temps** l'influence de la mutation des échanges sur le droit commercial international. Selon lui, la mondialisation a revêtu trois formes successives qui correspondent à trois stades d'évolution de la nature du commerce international. Le premier stade est celui de l'« **économie internationale** » où l'économie est fondée sur des échanges de biens et de services entre les économies des Etats nations. On est dans une construction assez traditionnelle. Les opérations financières sont liées à seules nécessités de ces échanges (recours à l'emprunt public). Les Etats jouent un rôle régulateur de ces échanges. Au milieu des années 1960, cette mondialisation prend un nouveau visage que Michalet appelle un « **économie multinationale** ». Cette économie multinationale se traduit par une augmentation des flux d'investissements directs, une mobilité accrue des opérateurs et surtout l'apparition de véritables opérateurs multinationaux. Ces firmes multinationales qui vont acquérir une puissance économique majeure vont entrer en concurrence avec les Etats nations. Elles vont développer un pouvoir de marché tel qu'elles sont en mesure de supplanter les Etats nations. La conséquence de cette économie multinationale c'est une évolution de la nature des échanges. L'exportation n'est plus le seul moyen d'exportation de marchés. Des phénomènes d'implantations par le moyen de succursales se développent. Apparaissent les premiers phénomènes de délocalisation des unités de production qui vont conduire quelques Etats à réagir à ce phénomène d'une économie multinationale. C'est ce phénomène de délocalisation qui fait aboutir à une troisième et dernière étape qui est l'« **économie globale** ». L'économie globale se traduit par un changement profond de nature avec une logique purement financière. La question n'est plus celle de développer des implantations en recherche d'une amélioration de la production mais celle d'une logique dictée par la recherche de la rentabilité des investissements financiers. On ne cherche plus à combattre les Etats nations : on les ignore. Cette économie globale correspond au moment où avec l'OMC, pendant ses cycles de libéralisation des échanges notamment de services, se sont développées les OIER en Asie et en Amérique latine. Cette économie globale prospère sur l'idée de libéralisation économique. On a une logique de décloisonnement. Cette économie globale profite aussi au développement des moyens de communications et de l'internet. Cette globalisation prend forme dans les années 1990 et a connu un coup de frein en 2007 avec la crise économique. Ces trois phénomènes mettent en lumière que le droit international économie et le droit du commerce international continuent à raisonner à partir d'outils qui sont clairement en retrait par rapport à cette globalisation. La Convention de Vienne de 1980 repose sur la logique des importations et exportations et a un décalage avec la réalité actuelle des opérations économiques.

# **CHAPITRE 1 :**

## **L'ORGANISATION ETATIQUE DU COMMERCE INTERNATIONAL**

La réglementation du commerce international extérieur passe par la mise en œuvre d'un cadre étatique (Section 1) et par une politique du commerce extérieure qui s'identifie à la politique des investissements (Section 2).

### **Section 1 : Le cadre étatique**

L'Etat joue un rôle en matière de réglementation du commerce international et en matière de commerce extérieur. Selon une logique française, il existe plusieurs intervenants dont l'efficacité peut être contestée. Il y a 4 acteurs étatiques du commerce international en France. Ils présentent une singularité : ils relèvent de deux ministères différents (Ministère de l'Economie et Ministère des Affaires Etrangères). Or, lorsqu'il y a deux ministères, il y a une querelle entre les deux ministres. Le Ministère de l'Economie est convaincu de savoir seul ce qui est bon en termes d'échanges tandis que le Ministère des Affaires Etrangères est convaincu d'être le seul à connaître des relations internationales. Cette opposition a pour conséquence une augmentation des délais lors de prises de décisions puisqu'il s'agit de mettre d'accord ces deux Ministères. Ces 4 entités auraient dû disparaître puisqu'une fusion avait été annoncée. Aujourd'hui on attend toujours que cette fusion soit effective.

Il y a 4 institutions :

- La DRE (Direction des Relations Extérieures) ;
- La BGPTE :
- AFII : Agence française pour les investissements internationaux
- Coface

Les deux premières sont sous la direction du Ministère de l'Economie. Elles ont pour objet de soutenir les entreprises exportatrices et le cas échéant, de produire une assistance technique à ces entreprises. Le bras armé de ces institutions c'est UbiFrance (agence française pour le développement des entreprises). Son rôle est de constituer un réseau en France et à l'étranger actif pour aider les entreprises françaises qui souhaitent se développer à l'international. L'Agence française pour les investissements internationaux fait la même chose qu'UbiFrance. La COFAS a une double activité : elle dispense l'assurance -crédit pour les opérations de commerce international et garantit les risques politiques et monétaires liés à ces opérations. La COFAS est un opérateur privé sur le marché de l'assurance. Elle intervient pour couvrir tous les risques commerciaux à court terme pour les opérateurs. Le dispositif laisse sceptique concernant les PME. Ce qui fait le volet positif de notre balance commerciale ce sont quelques secteurs : le tourisme et le luxe (80% des résultats positifs de l'exportation françaises). Ces secteurs sont aux mains de grands groupes français alors même que leurs sièges ne sont plus sur le territoire français. En Allemagne, il y a beaucoup plus d'opérateurs. Pour développer le commerce extérieur en France, il faudrait s'intéresser aux TPE et PME. 72% de ce type d'entreprises en Rhône-Alpes font plus de 50% de leur chiffre d'affaire par des ventes à l'international.

### **Section 2 : Le droit français des investissements**

L'Etat joue un rôle décisif dans le domaine des investissements ne serait-ce parce qu'il est le seul maître aujourd'hui de la définition des investissements et de la réglementation des investissements étrangers sur son territoire. Il existe des conventions internationales (Convention de Washington) et régionale (Convention de l'OCDE) mais fondamentalement, la définition des investissements reste du ressort de chaque Etat. Jusqu'au début des années 1990, il n'existait pas formellement de définition des investissements non plus qu'il existait de définition du caractère direct ou indirect des investissements. L'investissement direct se caractérise par une prise de contrôle de l'étranger de l'entreprise investie. L'investissement indirect se caractérise par une simple participation dans l'entreprise investie mais sans aucune idée de contrôle. Il a fallu attendre la loi du 14 février

1996 pour que ces notions soient clarifiées. Le législateur français a considéré qu'une société faisait l'objet d'un investissement direct (et donc sous contrôle) lorsque l'opération conduit à détenir plus de 20% du capital ou des droits de vote. Cette loi est également à l'origine de l'affirmation d'un deuxième critère qui est essentiel en matière d'investissement : la notion d' « étranger ». Quand va-t-on parler d'investissement étranger en France ? Sur ce point, on est contraint par le droit de l'UE (prohibition de la discrimination). La notion d' « étranger » est fondée autour de celle de résidence. [Ex: La succursale ou la filiale d'une société étrangère en France sera considérée comme résidente. Si l'investissement procède de cette filiale même si elle est détenue par une société mère étrangère, celle-ci est quand considéré comme résidente]. Ce critère de résidence concerne aussi bien les personnes morales (siège social) et les personnes physiques (on parlera alors de domicile).

Ce droit français des investissements étrangers en France est aujourd'hui tributaire des exigences du droit de l'UE. Si l'on regarde l'évolution de ce droit dans les vingt dernières années, on remarque que le droit français s'est calqué sur le droit européen. Le point de départ en la matière c'est un décret du 15 janvier 1990 qui a posé une première grande distinction tout simplement parce que ce décret transposait une directive. Il consistait à libéraliser pleinement les investissements intra-européens. A partir de ce décret de 1990, toute l'histoire du droit français des investissements, c'est l'histoire d'un droit de plus en plus accueillant. La loi du 14 février 1996 a procédé à un alignement du régime français sur le régime européen des investissements. Le mécanisme est un mécanisme d'autorisation de principe sauf pour certains domaines soumis à une logique de déclaration préalable. Ce dernier mécanisme a fait l'objet de difficulté notamment à la suite de la condamnation de la France par la CJUE dans l'Affaire de l'Ecole française de scientologique. En 1996, le ministre pouvait refuser pour tout motif des investissements. La CJUE a dit que cela mettait l'investisseur dans une situation non sécurisante. Avec un décret de 2003, un certain nombre de domaines matériels pour lesquels une déclaration est maintenue ont été listés (entreprises liés à l'armement, aux jeux de hasard, etc.). Le décret Montebourg du 14 mai 2014 a élargi le champ des demandes de déclarations.

## **CHAPITRE 2 :**

# **LES SOURCES DU DROIT DU COMMERCE INTERNATIONAL**

Le droit du commerce international emprunte à diverses branches du droit. Ce caractère multiforme trouve l'une de ses traductions dans le fait que, sur un plan formel, les sources vont puiser à plusieurs origines. Elles vont puiser à la sphère internationale, aux organisations internationales et de plus en plus aux organisations régionales. Ces sources sont interétatiques (**Section 1**). Ces sources ne sont pas exhaustives. Le droit du commerce international va puiser un certain nombre de sources étatiques (**Section 2**). Le droit du commerce international connaît certaines sources matérielles internationales dont certaines ont été reprises par le pouvoir législatif ou réglementaire. Enfin, la dernière série de source est difficile à présenter : les opérateurs du commerce international eux-mêmes sont source de droit par l'intermédiaire de principe dont ils se dotent, d'usages qu'ils vont consacrer, constitutifs de la « lex mercatoria ». Cet ensemble est disparate mais a pour trait commun de procéder ni des organisations internationales ni des Etats : les sources aétatiques (**Section 3**).

### **Section 1 : Les sources interétatiques**

Les sources interétatiques prennent deux formes : la forme des conventions internationales et la loi modèle (= loi type, principe).

#### **I. Les conventions internationales**

Les conventions internationales intéressant le commerce international sont souvent le fruit d'institutions spécialisées et vont souvent avoir des objets limités. Cet objet peut être matériel. Il peut aussi être un objet limité dans l'espace (sources régionales). L'UE est à l'origine de nombreux règlements qui ont une incidence dans le domaine du commerce internationale. Le règlement Rome 1 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Ce règlement est aujourd'hui l'outil de droit commun des contrats du commerce international. Il l'est d'autant que ce règlement a une vocation universelle. Il permet aux parties à un contrat de choisir n'importe quelle loi de n'importe quel Etat de partout dans le monde.

Ces conventions internationales du commerce international sont **élaborées dans deux enceintes** :

- La **conférence de la Haye** : enceinte privilégiée au sein de laquelle sont élaborées des conventions intéressant le commerce international. Les conventions, pour la plupart d'entre elles, sont des conventions portant règle de conflit de loi. Elles ont pour objet d'uniformiser les règles de conflit c'est-à-dire les qualifications et les rattachements. [Ex : La Conférence de la Haye a édité au moins 3 conventions dont l'objet est de traiter de manière uniforme la prescription des actions en matière de vente internationale]. Force est de constater que ces conventions n'ont au final qu'un faible taux de ratification ou de signature. L'objectif d'uniformisation n'est pas réellement atteint. Cette conférence de la Haye est un acteur important des sources étatiques ;
- L'ONU (plus particulièrement la **CNUDCI**) : La CNUDCI est à l'origine de quelques conventions qui ont suscité, pour la plupart, des adhésions massives.
  - La **convention de New-York (1968)** sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales en matière commerciale. Cette convention constitue le texte le plus important de l'arbitrage international. Elle a pour objet de faciliter l'exécution des sentences arbitrales rendues dans ce domaine. Aujourd'hui, plus de 150 Etats ont ratifié cette convention ;
  - La **convention de Vienne (1980)** sur la vente internationale de marchandises. Cette convention connaît aujourd'hui un succès certain puisque plus d'une centaine d'Etats l'ont signé et ratifié. Elle est ratifiée par divers Etats : Cuba, Etats-Unis, Chine, pays de l'UE, etc. Cette convention intéresse des Etats qui ont un taux de vente très différent.

Contrairement aux conventions de la Haye, les conventions de la CNUDCI sont des conventions de droit matériel international : l'idée n'est pas de traiter des conflits de lois mais de donner une solution substantielle

qui s'applique à un contrat de vente internationale de marchandises. Cela expliquerait le succès des conventions de la CNUDCI et l'échec des conventions éditées par la conférence de la Haye.

## II. Les autres instruments internationaux

Ces mêmes organisations internationales sont à l'origine d'autres sources et instruments internationaux dont l'objet est le commerce international. Ces instruments prennent des **dénominations variables** : loi-modèle, loi-type ou principe. L'idée de base est la même : il faut amener les Etats et indirectement les opérateurs à adhérer volontairement à des **textes d'harmonisation** dans le domaine du commerce international. L'idée est de susciter une harmonisation du droit applicable et ce de manière spontanée selon une **logique d'adhésion volontaire** plutôt que de procéder, comme avec une convention internationale, à logique d'obligations.

La qualité du travail d'harmonisation convainc à elle seule et amène les Etats à **s'inspirer de ces travaux** voire à les recopier dans leur dispositif juridique national. [Ex : la CNUCID est à l'origine d'une loi-type (rédigée en 1985 et modifiée en 2010) et d'un règlement-type (rédigé en 1975 et modifié en 2010) sur l'arbitrage du commerce international. L'idée est d'amener les Etats à élaborer leur propre dispositif juridique et de leurs fournir une sorte de modèle/ guide qu'ils peuvent tout ou partie reproduire dans leur dispositif international et ainsi conduire à ce phénomène d'harmonisation dans les différents Etats]. Le résultat est plutôt satisfaisant : un grand nombre d'Etats qui modifient leur législation sur l'arbitrage commercial international se sont très largement inspiré ou ont recopié les dispositions de la loi-type CNUCID. L'objectif d'harmonisation est atteint avec ce **mode plus souple**. Cela conduit à des solutions intéressantes. [Ex : Le droit allemand et le droit algérien de l'arbitrage international sont identiques].

Ce résultat a suscité des velléités d'autres instances avec comme objet d'unifier les règles matérielles du commerce international. C'est le cas en matière de contrats du commerce international l'idée étant que ce qui a été réalisé de manière spécialisée dans le domaine de la vente internationale (par le biais de conventions internationales) pourrait être envisagé plus largement pour l'ensemble du commerce international. L'idée est de se doter d'un outil non-contraignant émanant d'une institution non étatique. On a eu deux initiatives importantes. D'une part, Unidroit (= Institut international pour l'unification du droit privé) et d'autre part les principes du droit européen des contrats par l'UE. Contrairement à ce qu'ils prétendent dans leur préambule, ce sont davantage des exercices de droit savant que des exercices issus de la pratique. C'est une œuvre doctrinale. Les textes ont été présentés au même moment. L'idée est d'offrir un droit substantiel uniforme et d'éviter le recours à la technique des conflits de lois mais de permettre à ces opérateurs de se doter d'un corps de règles applicables à leurs opérations, corps de règles supposé correspondre à leurs attentes. Dans les deux cas, vont être édictées des dispositions intéressant la formation et les effets du contrat. Dans les deux cas, l'idée est de s'appuyer sur une adhésion spontanée non plus des Etats mais des parties contractantes. En d'autres termes, les parties à un contrat de commerce international décide non pas de soumettre leur contrat à tel ou tel droit mais aux principes Unidroit ou aux principes du droit européen.

Il faut faire **deux observations** :

- Cette logique d'adhésion spontanée par les parties pose une difficulté qui tient au fait que l'on **reconnaisse ou pas la faculté de soumettre un contrat du commerce international à un corps de règles autre qu'étatique**. Certains ordres juridiques l'admettent sous certaines réserves (France) et d'autres le prohibent (Suisse). [Ex : Lors de l'élaboration du règlement Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles, on a décidé de laisser le choix de la loi aux parties. La question s'est posée de savoir si l'on pouvait soumettre le contrat à une loi autre qu'étatique c'est-à-dire aux principes Unidroit ou aux principes du droit européen. Les Etats membres ont largement rejetée l'idée que les parties à un contrat puissent s'échapper du droit étatique. Les considérants 12 et 13 du règlement énonce que les parties choisissent avant tout la loi d'un Etat membre ou Etat tiers et si jamais cette loi autorise les parties à choisir des dispositions des principes Unidroit ou des principes européens, alors elles peuvent emprunter ces principes. Cette solution est ambiguë]. Aujourd'hui, la Commission européenne a mis fin à son rêve de se doter de son propre droit européen qui aurait concurrencé le droit des Etats membres en matière de contrats. On ne sait pas si ce retrait est temporaire ou définitif.
- Se pose également la question de la **réalité de l'adhésion des opérateurs eux-mêmes**. Les opérateurs du commerce international ne veulent plus être tributaires des droits internationaux et veulent leur



propre droit. Personne ne croit aux principes UNIDROIT parce qu'on ne trouve pas trace dans les contrats de décision de recourir à ces principes. Est-ce que les opérateurs ont réellement besoin d'un droit uniforme ? La Cour de cassation n'a fait une référence timide aux principes UNIDROIT. Néanmoins, les conflits de commerce international sont davantage traités par l'arbitrage international.

## Section 2 : Les sources étatiques

L'élaboration progressive d'un certain nombre de règles de conflit de lois et de juridictions vient articuler le droit du commerce international. Elles conduisent à dire que le droit étatique constitue une source naturelle du droit du commerce international. **Cass, 1950 – Messagerie maritime** : consécration du principe selon lequel tout contrat est nécessairement rattaché à la loi d'un Etat. Les règles de conflit de loi des Etats jouent un rôle essentiel dans le droit du commerce international. Les règles de conflit de lois nationales tendent à disparaître au profit de règles uniformisées. [Ex: Le principe de l'autonomie de la volonté comme règle de rattachement est loin d'être universel. En Amérique du Sud, le rattachement est souvent territorial : le contrat est rattaché à son lieu de conclusion].

A côté de ces règles de droit privé international, les juges des Etats ont été amenés à forger des règles substantielles de droit international privé dans le domaine du commerce international. Le juge français va accepter d'adopter, ex nihilo, des solutions jurisprudentielles propres au droit du commerce international. L'idée est de former une solution positive répondant aux attentes supposées ou avérées des opérateurs du commerce international. Dans le domaine de l'arbitrage commercial international, la question s'est vite posée de savoir à quelles conditions, un contrat d'arbitrage international pouvait être valable au regard du droit international français sachant que le Code civil contient trois articles qui intéressent les conventions d'arbitrage et posent des restrictions assez sévères quant à la validité et l'opposabilité d'un contrat d'arbitrage. Une question était de savoir si le juge français, confronté à une contestation sur une convention d'arbitrage internationale, était tenu de projeter les solutions internes (Code civil) alors même que l'opération était une opération de commerce international. **Cass, 1963 – Gosset** : consécration de la règle de l'autonomie de la clause compromissoire dans l'arbitrage international. L'expression d'autonomie doit être prise dans deux sens : c'est d'abord l'autonomie de la clause par rapport au contrat qui la contient et en particulier par rapport à la loi applicable au contrat qui la contient. Mais la Cour de cassation est allée plus loin. Dès lors qu'elle pose le principe de l'autonomie de cette convention, elle a construit un régime autonome de validité de cette convention. Elle est venue dire que la condition que doit remplir une convention d'arbitrage pour être valable c'est d'avoir été acceptée par les parties et qu'elle ne porte pas atteinte à une compétence exclusive du juge française. En d'autres termes, la clause compromissoire, dans l'ordre international, est toujours valable dès lors que les parties l'ont accepté. Ce qui compte c'est que le litige puisse être réglé devant le tribunal arbitral. **Cass, 1966 – Galakis** : la Cour de cassation vient, à rebours des dispositions du Code civil et du droit public interne, poser le principe selon lequel l'Etat et les établissements publics peuvent recourir à l'arbitrage commercial international dès lors que le contrat met en jeu les intérêts du commerce international. Cet arrêt est aujourd'hui en pleine actualité avec une guerre ouverte entre le Conseil d'Etat, la Cour de cassation et le Tribunal des conflits : l'exequatur de décisions arbitrales ayant fait intervenir des personnes publiques est-elle du ressort du juge judiciaire ou administratif ? Accord selon lequel, c'est du ressort du juge judiciaire.

## Section 3 : Les sources aétatiques

C'est un sujet qui déchire la doctrine en droit international. Il renvoie à des considérations éminemment pratiques. Le droit du commerce international est avant tout le droit des opérateurs du commerce international. Il est, comme n'importe quel droit commercial, un terrain d'expression, d'usage, de principes portés par les opérateurs et le cas échéant reconnu par le juge et parfois consacré par le législateur. Très tôt, les usages commerciaux (qu'ils soient conventionnels ou institutionnels) jouent un rôle décisif dans le commerce international. Ces usages et pratiques posent la question de savoir si le droit du commerce international n'est pas un domaine privilégié d'expression d'un véritable ordre juridique, autonome, détaché des Etats et que certains appellent la *lex mercatoria* ou plus exactement la « nouvelle *lex mercatoria* ».

## I. Les usages

Les usages du commerce international se présentent comme des règles, des pratiques suffisamment répétées pour pouvoir être généralisées. C'est l'idée de la répétition de la pratique et de sa généralisation qui conduit à la qualification d'usage. Dès lors que l'on rentre dans le champ des usages, ils lient les opérateurs du commerce international. La genèse de ces usages est à rechercher dans l'incomplétude des sources étatiques ou interétatiques. Là où il y a un vide juridique, les opérateurs se dotent de leurs propres règles. Ces règles vont pouvoir être accueillies par le juge et vont parfois être consacrées par le législateur. Ces usages peuvent également faire l'objet de codifications privées. La règle s'étant tellement généralisée, elle devient assez explicite pour être accueillie par une institution privée et ainsi être diffusée. [Ex : Les incoterms sont des usages liés aux transports de marchandises essentiellement maritimes et dont l'objet a été de définir le lieu et le moment du transfert des risques du vendeur sur la tête de l'acheteur. Ces incoterms ont été codifiés par la Chambre du Commerce International de Paris, institution de droit privé. Aujourd'hui, la CCI publie chaque année une liste commentée mise à jour des principaux incoterms. Ces incoterms sont aujourd'hui internationalement respectés]. Ces usages sont accueillis par le juge et éventuellement consacrés par le législateur. Le Code civil reconnaît une place aux usages. **L'article 1135 du Code civil** dispose : « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ». **L'article 9 de la Convention de Vienne** sur la vente internationale de marchandises (1980) rappelle que les parties sont liées par les usages auxquels elles ont consenti. **L'article 1511 CPC** énonce qu'en matière d'arbitrage international l'arbitre doit dans tous les cas tenir compte des usages du commerce. En d'autres termes, quelle que soit la loi applicable au fond du litige, les usages sont confiés au tribunal arbitral.

## II. Les principes

Les principes généraux se conçoivent en dehors du cadre étatique. Ces principes sont identifiés à la faveur de la comparaison de convergences de textes de pratique éventuellement mis en lumière par la doctrine et, pour certains d'entre eux, repris par des conventions internationales.

Dans le cadre des contrats du commerce international, le **principe de bonne foi** est clairement consacré que ce soit au stade de la négociation, de l'exécution ou de l'interprétation de ces contrats. En d'autres termes, les relations contractuelles entre les opérateurs du commerce international sont nécessairement placées sous l'égide de la bonne foi. Ce principe de bonne foi est vu comme un adjuvant nécessaire à la confiance que se doivent les opérateurs du commerce international entre elle et sans laquelle il n'y aurait pas de relation de commerce international. [Ex : L'article 8 de la Convention de Vienne (1980) fait référence à cette bonne foi et notamment désigne le juge qui serait appelé à statuer sur un litige lié à la Convention à avoir égard à cette obligation de bonne foi due entre les parties]. Ce principe de bonne foi a reçu, en tant que principe général, une consécration dans la Convention de Vienne (1980). La même chose s'est passée avec le **principe de minimisation des préjudices** (= obligation de modérer son dommage). Ce principe est aujourd'hui consacré en tant que principe du commerce international en ce qu'il participe au maintien et au développement des échanges internationaux. Lorsqu'un contrat pose des difficultés d'exécution susceptibles d'être réparées, la victime doit tout faire pour que le dommage soit réparé sans que trop de contraintes ne pèsent sur le débiteur de l'obligation inexécutée. [Ex : Cette solution se retrouve dans l'article 77 de la Convention de Vienne (1980), article posant le principe selon lequel on ne peut réparer que des préjudices immédiats, certains et pour lesquels il a été démontré que tout a été mis en œuvre par le créancier pour minimiser le préjudice subi]. La Cour de cassation se prononce régulièrement au visa des principes généraux du droit du commerce international. Elle a d'ailleurs créé une sous-catégorie de ces principes généraux : les principes généraux de l'arbitrage international.

Ces sources ont conduit à se poser la question de savoir si ces usages et principes ne constitueraient par les éléments d'un ordre juridique distinct que certains auteurs ont appelés la « lex mercatoria ».

## III. La question de la nouvelle lex mercatoria

Les usages et principes complétant les outils de droit positifs sont-ils susceptibles de constituer un ordre juridique distinct qui aurait pour caractéristique d'être dégagé de l'ordre juridique étatique d'une part et interétatique d'autre part c'est-à-dire d'un ordre juridique aétatique) ? Cette question est née au milieu des années 1960 au moment où le commerce international va connaître un développement important et ce quand bien même les Etats jouent encore un rôle majeur dans les relations commerciales internationales. **Berthold**

**Goldman** va essayer de théoriser l'idée d'une *lex mercatoria* (= nouvelle loi des marchands) pour soutenir l'idée qu'aujourd'hui il y aurait place pour un ordre juridique propre au commerce international fondé sur une société des opérateurs du commerce international. Cette école a suscité immédiatement des réactions négatives, notamment de la part de ceux qui ont une conception positiviste des sources. Selon eux, il ne peut y avoir d'ordre juridique distinct. Cette opposition des « anti-mercatoristes » a donné lieu à des articles de doctrine et un arrêt de la Cour de cassation. **Cass, 1<sup>ère</sup> civ, 1991 – Valenciana** : la Cour reprend le contenu de la *lex mercatoria* et considère qu'il y a effectivement en commerce international une place à accorder « à l'ensemble des règles du commerce international dégagées par la pratique et ayant reçu la sanction des jurisprudences nationales ». En d'autres termes, pour la Cour de cassation, il y a peut-être une *lex mercatoria* mais celle-ci n'est certainement pas indépendante de l'ordre juridique étatique : elle est l'expression des usages et principes propres au commerce international et dont la juridicité suppose qu'ils puissent être sanctionnés par les juges nationaux. Il faut que les ordres juridiques étatiques la *lex mercatoria* pour qu'on puisse considérer que celle-ci existe. Cet arrêt de 1991 a été analysé comme une victoire pour les tenants de la pensée de Goldman et pour les opposants de la *lex mercatoria*. Les premiers ont considéré que cet arrêt donnait une définition de la *lex mercatoria* et donc cela signifiait essentiellement qu'elle existe. Les seconds ont opposé qu'elle n'existe que si elle est reconnue par les Etats. On en a déduit que le débat n'était pas tranché.

Au début des années 1980, une nouvelle école naît. **Emmanuel Gaillard**, ancien élève de Goldman, a proposé une autre vision de la *lex mercatoria* qui consiste à la considérer davantage **comme une méthode**, une manière de concevoir le commerce international qu'un véritable ordre juridique dans le cadre du commerce international. C'est une manière d'appréhender les situations de commerce international en gardant à l'esprit que le commerce international, au-delà des outils traditionnels des conventions ou textes nationaux, doit prendre en compte les usages et principes. Le juge naturel du commerce international qu'est l'arbitre doit systématiquement, dans sa mission juridictionnelle, se soucier des règles et usages du commerce international. Il doit se demander si sa sentence arbitrale est non seulement conforme aux usages du commerce international mais contribue également au développement du commerce international. Une thèse sur l'inexécution des contrats du commerce international a démontré que lorsque les arbitres ne font jamais droit aux demandes de résiliations des contrats du commerce international. Les usages du commerce international aménagent les conditions du contrat mais ne l'anéantissent pas. La résiliation du contrat n'est pas de l'esprit du commerce international.

## **TITRE 1 :**

# **LES OPERATEURS DU COMMERCE INTERNATIONAL**

Quand bien même les opérations se rattachent toutes à des finalités commerciales, le droit du commerce international voit en réalité intervenir des opérateurs d'une très grande diversité. Dans une perspective de droit civil, force est de constater que ces opérateurs peuvent être soit des **opérateurs étatiques (Chapitre 1)** soit des **opérateurs privés (Chapitre 2)**.

L'Etat est un régulateur du commerce international (possibilité de légiférer, de s'engager dans des conventions internationales). L'Etat est parfois un opérateur du commerce international. En filigrane, on se pose la question de savoir si l'Etat est un opérateur du commerce international comme les autres ou est-ce qu'il connaît des spécificités liés à son statut d'Etat.

## **CHAPITRE 1 :**

### **L'ETAT**

Est-ce que, par le franchissement des frontières, les caractéristiques qui font l'Etat s'atténuent ou s'effacent dans le cadre du commerce international dont il peut avoir l'initiative ? Est-ce que, lorsqu'un Etat conclue avec un opérateur privé, une convention dont l'objet est la construction d'une usine, il doit être considéré comme n'importe quel autre opérateur ou est-ce que sa qualité d'Etat peut expliquer certaines originalités ? Si on essaie de répondre à cette question du point de vue d'un juriste français, force est de constater qu'on assiste à une sorte de glissement qui conduit à faire de l'Etat un opérateur du commerce international comme les autres mais que cette tendance est loin d'être un chemin très lisse et qu'un certain nombre de domaines illustre des frictions liées à la dichotomie droit public/ droit privé qu'inhérente au commerce international. Comment se construit progressivement cette « assimilation » de l'Etat à un opérateur privé ? Cette question est aujourd'hui au cœur d'un débat plus fondamental au niveau européen avec l'élaboration du Traité transatlantique.

### **Section 1 : Les immunités d'Etat**

La question des immunités ne se concentre pas uniquement autour des tribunaux arbitraux.

#### **I. L'immunité de juridiction**

Cette question est aujourd'hui la mieux réglée dans la mesure où elle est plus traitée que l'immunité d'exécution. L'**immunité de juridiction** signifie que **les Etats et leurs démembrements sont, par principe, soustraits à la compétence des juridictions d'un Etat étranger sauf renonciation**. Cette question est aujourd'hui essentiellement gouvernée par un certain nombre d'usages et de principes. La Cour de cassation fonde généralement sa jurisprudence sur ces principes et usages du commerce international. La Convention de l'ONU sur les immunités juridictionnelle (2005) a été signée et ratifiée par la France mais n'est toujours pas rentrée en vigueur faute de ne pas avoir atteint le nombre de ratifications nécessaire à cela (une trentaine de ratifications nécessaire). Cette convention tente de clarifier le régime des immunités de juridiction et d'exécution. Elle repose sur une vision moderne du principe d'immunité illustrant le caractère de plus en plus réduit des hypothèses où un Etat va pouvoir se prévaloir de son immunité de juridiction. La Convention rejoint les solutions du droit positif en indiquant que le principe d'immunité de juridiction n'a pas vocation à jouer dans des hypothèses qui intéressent précisément le commerce international. L'**article 10 de la Convention de l'ONU** interdit à un Etat d'invoquer son immunité de juridiction dans le cas de litiges intéressant des « *contrats et transactions de caractère commercial conclus avec des personnes physiques ou morales étrangères* ». Les immunités ne peuvent

être invoquées dans le cadre de transactions. La Convention insiste que c'est la nature de l'opération contractuelle qui doit être appréciée. D'une part, la Cour de cassation se réfère à cette convention. D'autre part, si elle s'y réfère c'est parce qu'avant elle la CEDH dans [CEDH, 2011 – El Laeil](#) avait qualifié cette convention de contribution « au droit international coutumier ». Cela explique que la jurisprudence française constitue aujourd'hui le cadre cette problématique des immunités de juridictions. La jurisprudence la plus récente s'inscrit dans le mouvement de la Convention mais sur un certain nombre d'aspects, le droit positif n'est pas en adéquation avec la Convention notamment en matière d'immunités d'exécution.

La Cour de cassation, concernant les immunités de juridiction, insiste sur la qualité des parties au litige mais aussi sur la nature des actes susceptibles de rentrer dans le champ de l'immunité. Sur les parties, la Cour de cassation développe une position assez ouverte dans la mesure où pour elle la seule qualité qui compte est celle de savoir si l'on est en présence d'un Etat (étranger) et si on a à faire à un démembrement de cet Etat « *peu important que ce démembrement soit doté d'une personnalité juridique propre* ». La qualification d'Etat n'est pas en soi un élément décisif du mécanisme de l'immunité. En revanche, pour la Cour de cassation c'est la nature des contrats/ opérations qui est décisive. La Cour de cassation utilise une distinction de la Convention de l'ONU : la distinction des actes de jure imperi et les actes de gestionis. En d'autres termes, si la convention se rattache à la qualité de l'Etat en tant que souverain, peut être qualifié d'acte de puissance publique, répond à une finalité de d'acte de service public c'est un acte de jure imperi et donc le principe d'immunité est acquis. C'est la finalité et la nature de l'acte qui est en jeu peu importe la forme de l'acte. [Cass, 1<sup>ère</sup> civ, 1990 – Transfert ferroviaire iranien](#) - Dans ce contrat, l'opérateur français, suite à un problème d'exécution souhaitait attirer devant les juridictions françaises le ministère iranien et la société iranienne en charge du gaz et transport. Le débat s'est posé de savoir si cette société était susceptible d'être attirée devant les juridictions françaises. La Cour de cassation considère que le transport ferroviaire est un service public et fait droit à l'immunité de juridiction quand bien même le contrat disait que c'était un acte de commerce. Le rattachement de l'opération est décisif de l'acte à l'opération et l'exercice de la souveraineté d'Etat. [Cass, mixte, 20 juin 2003](#) : « *Les Etats étrangers et les organismes qui en découlent ne bénéficient de l'immunité de juridiction qu'autant que l'acte qui donne lieu au litige participe, par sa nature et par sa finalité, à l'exercice de la souveraineté de l'Etat et n'est donc pas un acte de gestion* ». Cet arrêt non modifié permet de comprendre que contrairement à la Convention, c'est moins la qualité de l'Etat que véritablement la nature de l'acte qui est un élément d'appréciation. Est-ce que la finalité procède de la souveraineté ? Si oui, on retient la qualité d'Etat et non l'acte de commerce. Cet arrêt passe sous silence le fait que ce n'est que par exception que l'on peut écarter l'immunité de juridiction. Or, à lire l'arrêt on a l'impression que c'est un principe. Cette rédaction de la Cour de cassation est révélatrice de l'idée que dès lors que l'Etat contracte à l'international avec des personnes morales de droit étranger, on est plutôt dans les opérations de commerce international et que l'Etat doit être traité comme n'importe quel autre opérateur (ce qui n'est pas la position de la Convention).

Dès lors qu'un juge se retrouve confronté à l'invocation de cette immunité, il doit se déclarer incompétent ou doit prononcer une fin de non-recevoir c'est-à-dire constater le défaut de pouvoir juridictionnel qui est le sien à l'égard de cette émanation bénéficiant de cette immunité. La fin de non-recevoir tirée de l'immunité de juridiction est d'ordre public : le juge peut la soulever d'office sans qu'il soit nécessaire que l'Etat la soulève. Contrairement à une exception d'incompétence, la fin de non-recevoir peut être relevée en tout état de cause c'est-à-dire qu'alors qu'en matière d'incompétence pénale et civile où celle-ci peut être relevée in limine litis (avant toute défense au fond), elle peut ici être relevée à tout moment de la procédure. Les Etats peuvent renoncer au bénéfice de l'immunité de juridiction. La jurisprudence a précisé les conditions dans lesquelles l'émanation d'un Etat pourrait y renoncer. La jurisprudence est assez constante. Pour les juridictions françaises, la renonciation doit présenter un caractère : elle doit être une renonciation certaine. Il importe peu de savoir si cette renonciation est expresse ou tacite. La Cour de cassation a considéré que le fait que dans un contrat liant un Etat étranger à un opérateur privé française était stipulé soit une clause attributive de juridiction au profit des juridictions français soit une clause compromissoire doit s'analyser comme une renonciation certaine et expresse à l'immunité de juridiction.

Il y a une tendance à abaisser la garde et à assimiler l'Etat étranger à un plaideur quelconque.

## II. L'immunité d'exécution

L'**immunité d'exécution** est la faculté pour un Etat (étranger) de ne pas être tributaire de mesures d'exécution sur les biens qu'il possède à l'étranger [Ex. : saisies arrêts sur des comptes ; saisies des immeubles et meubles ; mesures conservatoires]. Ce mécanisme s'inspire des solutions de l'immunité de juridiction sauf à observer qu'en l'espèce il s'agit moins de la qualité du plaideur (Etat étranger) que la nature des biens possédés qui va être déterminante du bénéfice de l'immunité. La jurisprudence va raisonner à partir de la nature, de l'origine ou de la destination des biens pour admettre ou refuser le bénéfice de l'immunité de juridiction. **Cass, 1<sup>ère</sup> civ, 1984 - Eurodiff** : cette affaire concernait des biens appartenant à la Lybie sur le territoire français. La Cour de cassation rappelle le principe du bénéfice de l'immunité de juridiction mais l'assortit de limites et dérogations. Elle s'attache alors à la nature des biens concernés. Elle considère que l'immunité d'exécution ne peut pas jouer lorsque le bien objet de la mesure de saisie est un bien destiné à une activité économique ou commerciale de droit privé.

La Cour de cassation a porté une deuxième atteinte au bénéfice de l'immunité d'exécution. Cette atteinte est très discutée. Elle s'est écartée de sa propre jurisprudence et a considéré que si la destination du bien est le critère, on peut s'intéresser tout de même au propriétaire du bien ou celui qui le possède. **Cass, 1985 – Sonatrach** : si le bien relève du patrimoine d'un organisme public distinct de l'Etat étranger, alors ce bien ne peut pas être couvert par une immunité d'exécution. Cette jurisprudence favorable à la mesure d'exécution sur des biens étrangers en France a eu des conséquences manifestes telles la multiplication des cas de saisies d'avoirs étrangers présents sur le territoire français. Ceci a entraîné, ces dernières années, une fluctuation sur la portée réelle de l'immunité de juridiction. La Cour de cassation a tenté, par touches successives, de restreindre sa position assez favorable à la renonciation aux immunités d'exécution. Pour cela elle s'est appuyée sur la Convention de 2005. A partir d'un arrêt de 2011, complété par trois arrêts de 2013 puis de 2014, la Cour de cassation a construit une jurisprudence assez stricte conduisant à restaurer le principe des immunités de juridiction. Elle a considéré qu'il y avait renonciation à l'immunité d'exécution que dans la mesure où un Etat, ou une émanation d'un Etat, a exprimé cette renonciation de manière certaine, expresse et spéciale. L'immunité de juridiction doit être seulement certaine. Cela conduit la Cour de cassation à considérer que faute de renonciation spéciale, il n'y a pas souvent de renonciation à l'immunité d'exécution.

La Cour de cassation a fondé cette jurisprudence sur **deux considérations** :

- **Considération formelle** : elle tient à l'existence de la Convention de l'ONU (2005) pas encore rentrée en vigueur. Dans la série d'arrêts de 2013, le Cour de cassation qualifie de droit coutumier international pour rappeler la prévalence du principe de l'immunité d'exécution ;
- **Considération politique** : cette série d'arrêts de 2011, 2013 et 2014 intéresse le contentieux des dettes souveraines et concerne en particulier l'Argentine qui, ne pouvant plus faire face à sa dette publique, a été confrontée aux fonds vauvours (opérateurs priés rachetant la dette publique et cherchant ensuite à s'indemniser). Attention ! Dans cette affaire l'Argentine n'a pas dit quels types de biens pouvaient faire l'objet d'une saisie.

Cette série jurisprudentielle a souvent été approuvée par la doctrine quant aux considérations politiques mais elle a été critiquée concernant les considérations formelles. Elle considère que si la Convention de 2005 réaffirme l'immunité d'exécution et prévoit les conditions de renonciation à l'immunité, ces dernières ne sont pas celles indiquées par la Cour de cassation (certaine, expresse et spéciale). **Cass, 1<sup>ère</sup> civ, 13 mai 2015** : la Cour de cassation, dans son attendu de principe, énonce : « *les règles du droit international coutumier relatives à l'immunité d'exécution des Etats, n'exige pas une renonciation autre qu'expresse à l'immunité d'exécution* ». En d'autres termes, la Cour de cassation abandonne l'un des trois critères qu'elle avait forgé au même visa c'est-à-dire le critère d'une renonciation spéciale. Selon elle, il faut regarder s'il y a bien eu une renonciation certaine et expresse. Si ces deux critères sont remplis, on peut considérer que l'Etat a renoncé à son immunité et qu'on peut procéder aux saisies. L'arrêt du 13 mai 2015 laisse entière la question de savoir ce que l'on entend par « renonciation expresse ». La question qui est posée et qui permet de faire le lien avec les immunités de juridictions est celle de savoir si la stipulation d'une clause attributive de juridiction mais aussi la stipulation d'une clause compromissoire dans un contrat d'Etat valent renonciation certaine et expresse à l'immunité d'exécution. **Cass, 1<sup>ère</sup> civ, 2000 – Creightom** : « *l'engagement pris par un Etat signataire d'une clause d'arbitrage d'exécuter la sentence arbitrale dans les conditions du règlement d'arbitrage implique renonciation de cet Etat à l'immunité d'exécution* ». Dans cet arrêt, la Cour de cassation avait tiré les conséquences de l'arbitrage institutionnel : une

partie qui signe une clause d'arbitrage s'engage à respecter la sentence arbitrale ce qui implique renonciation à l'immunité d'exécution. Cette solution se comprend parfaitement à l'aune de ce qu'était le droit positif avant la série d'arrêts de 2011 à 2014. Mais aujourd'hui, la Cour de cassation affirme que la renonciation doit être certaine et expresse. Le débat est donc de savoir si la signature d'une convention d'arbitrage peut s'analyser en renonciation expresse par un Etat à son immunité d'exécution. L'arrêt du 13 mai 2015 ne répond pas à cette question. Certains commentateurs disent qu'on retourne à Creighton. D'autres, plus censés selon le professeur, considèrent que la question est toujours en suspens, la solution Creighton ne valant qu'avant 2015. [Ex : **Tribunal arbitral, affaire Loukos c. Fédération de Russie** - La Fédération de Russie a été condamnée à payer 50 milliards de dollars à une société. Cette société cherche aujourd'hui à saisir des biens russes en France (débat sur la saisie de l'Eglise orthodoxe sur la quai d'Orsay, deux immeubles à Lyon, etc.). Il y a 146 saisies immobilières sur le territoire français et 250 saisies de comptes bancaires. Ces saisies représentent déjà 3-4 milliards de dollars. Est-ce qu'en acceptant de recourir à l'arbitrage dans cette affaire, la Russie avait renoncé à son immunité d'exécution conformément à la solution Creighton ? L'affaire est aujourd'hui portée devant la Cour d'appel de Paris et la solution finale sera donnée dans 3-4 ans]. Aujourd'hui, on a une assez grande dissociation entre immunité de juridiction et immunité d'exécution. La première est assez libérale : un Etat étranger peut se retrouver devant des juridictions étrangères sans trop de difficultés. La deuxième est encore débattue quant à ses conditions de renonciation.

## Section 2 : L'arbitrabilité des litiges mettant en cause les Etats

Les émanations de l'Etat, en tant qu'opérateurs du commerce international, vont fréquemment recourir à la justice arbitrale en cas de litige né de ces opérations du commerce international. L'arbitrage apparaît comme le mode naturel de règlement des litiges du commerce international. Ce mode est pertinent concernant les Etats. Dans une perspective française, ce recours à l'arbitrage est loin de procéder de l'évidence. L'**article 2060 du Code civil** pose un principe de prohibition de l'arbitrage pour les personnes publiques en vertu d'un principe général de droit administratif. En la matière, ce principe général repose sur une idée largement véhiculée par la doctrine publiciste qui est que les personnes publiques et l'Etat ne doivent pas échapper à la juridiction des tribunaux spécialement établis pour lui c'est-à-dire à la juridiction du Conseil d'Etat. Cette logique française vient naturellement perdre de sa vigueur lorsque l'on franchit les frontières et que l'on bascule dans le contexte du commerce international. Cet effacement est loin d'être totalement acquis.

### Deux observations :

- Si un organisme français s'engage dans le respect de l'article 2060 du Code civil, il risque de pas pouvoir entrer dans la sphère du commerce international ne serait-ce parce que la plupart des contrats internationaux vont stipuler une clause compromissoire. Certains établissements publics français, conscients de cette difficulté, ont réussi à obtenir des dérogations (France Télécom, SNCF). Quand bien même, les organismes publics ne pourraient pas compromettre à l'international, certaines de ces entités le font tout de même. Lorsque la convention d'arbitrage est mise en œuvre, ils vont chercher à se retrancher derrière l'article 2060 du Code civil. Ces questions ont donné lieu à des jurisprudences divergentes des ordres judiciaire et administratif français.
- Lorsque l'Etat français a conclu des contrats du commerce international avec clauses compromissoires et qu'il est condamné par le tribunal arbitral, l'exécution de la sentence relève-t-elle du contrôle du juge judiciaire ?
  - Cette question a été débattue devant la Cour de cassation jusqu'à un arrêt constituant encore aujourd'hui le droit positif. **Cass, 1<sup>ère</sup>, 1996 – Galakis** : la Cour rappelle que la règle de l'article 2060 du Code civil a été éditée seulement pour les contrats internes mais ne devait pas s'appliquer à un contrat international passé pour les besoins et dans les conditions conformes aux usages du commerce international. L'article 2060 prohibant le recours à l'arbitrage pour les personnes publiques n'a qu'une portée interne mais pas internationale. En d'autres termes, cet arrêt consacre un principe d'aptitude des organismes publics à arbitrer dans le contexte du commerce international. Pour le **juge judiciaire**, il est clair que l'Etat est un opérateur du

commerce international. Un arbitrage mettant en jeu un organisme public français ne devrait pas connaître de spécificités particulières dans le cadre du commerce international.

- La question a également été portée devant le **juge administratif**. Le Conseil d'Etat a adopté une position différente que celle du juge judiciaire. **CE, 1986 – Euro Disney** : cette affaire a émergé lorsque l'Etat français et la région Ile-de-France ont souhaité conclure un partenariat avec la société Walt Disney pour implanter Euro Disney. C'est un contrat d'entreprise donc un contrat du commerce international traditionnel. La société Disney a souhaité que soit implantée une clause d'arbitrage en cas de litige quant à l'implantation de la société en France. L'Etat français a estimé qu'il était nécessaire d'avoir l'avis du Conseil d'Etat sur ce point. Dans son avis de 1986, le Conseil d'Etat a clairement indiqué qu'il était impossible pour l'Etat français d'accepter une stipulation d'arbitrage. Il prend le contrepied de l'arrêt Galakis. Il se base sur l'article 2060 du Code civil pour affirmer que l'Etat ne peut pas s'engager dans des contrats comprenant une clause compromissoire. Selon lui, conformément à l'article 2060 alinéa 2 du Code civil, il faut que l'Etat demande une habilitation législative spéciale pour prévoir le recours à cette convention d'arbitrage. Ce débat s'est également posé concernant l'instauration du tunnel sous la Manche, du tunnel de Turin, etc.
- La question a été portée devant le **tribunal des conflits**. **Tribunal des conflits, 2010 – Inserm c. Fondation Letten** : l'Inserm a conclu une convention de financement de différentes recherches avec la Fondation Letten. Cette convention a connu des difficultés d'exécution. La Fondation Letten n'a pas payé ce qu'elle devait arguant que l'Inserm n'avait pas fait ce qu'elle devait. La convention comprenait une clause d'arbitrage. L'Inserm a été condamné par le tribunal arbitral. S'est posée la question de la contestation de la sentence et de son exécution. Le conflit de juridiction civil/ administratif est alors apparu. L'Inserm soutenait que le juge administratif était compétent pour contrôler la sentence arbitrale parce que c'est un organisme public. La Fondation Letten soutenait que c'était le juge judiciaire. Le Conseil d'Etat a saisi le tribunal des conflits. Celui-ci a énoncé que par principe **le recours en annulation se fait devant le juge judiciaire mais si sont en jeu des règles touchant au droit public français fondamental alors la question est posée devant le Conseil d'Etat**. On ne sait toujours pas ce qu'il en est. En 2016, l'affaire n'est toujours pas soldée parce qu'on ne sait toujours pas si sont en jeu des « principes essentiels du droit public français ».
- Le Conseil d'Etat décide de dire ce que sont les **principes essentiels du droit public français CE, 19 avril 2013** : « *ce sont les règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public, à la commande publique, au marché public, au partenariat et aux contrats de délégation de service public* ». Cette conception est assez extensive. Si la sentence concerne ces principes, le recours est porté devant le juge administratif.
- **Cass, 1<sup>ère</sup> civ, 2015 – Ryanair** : cet arrêt a été vu comme une réponse à l'arrêt du Conseil d'Etat de 2013 et comme une tentative de réaffirmation de la suprématie du juge judiciaire sur le juge administratif en matière d'arbitrage international. Le syndicat mixte des aéroports de Charente a conclu des contrats avec des sociétés de droit irlandais (globalement le groupe Ryanair) dont l'objet est l'exploitation d'une liaison aérienne entre Londres et Angoulême. Une clause d'arbitrage au profit de la Cour d'arbitrage de Londres a été stipulée dans ce contrat. Un litige oppose l'établissement public et Ryanair. Le syndicat saisit le juge administratif et les sociétés Ryanair saisissent le tribunal arbitral qui se déclare compétent. Une sentence arbitrale est prononcée à Londres dont l'exequatur est demandé au TGI de Paris. C'est ce contentieux de la reconnaissance qui donne lieu à un bras de fer entre juridictions administrative et judiciaire. Le syndicat soutient que la question de l'exequatur, au regard de la jurisprudence du tribunal des conflits et du Conseil d'Etat, parce qu'elle concerne un contrat de partenariat, relève de la compétence du juge administratif. Selon, le TGI de Paris doit donc se déclarer incompétent. La société irlandaise soutient l'inverse. La Cour d'appel de Paris se déclare incompétente et renvoie au juge administratif le soin d'exécuter la sentence prononcée à Londres. Le pourvoi est formé et la Cour de cassation casse et annule l'arrêt de la Cour d'appel de Paris. Elle dit deux choses :
  - La Cour de cassation vise l'**article 1516 CPC** et la **Convention de New-York du 10 juin 1958** sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales ;



- De ce double visa, la Cour de cassation infère une double affirmation :
  - « *L'exequatur des sentences arbitrales rendues à l'étranger relèvent de la compétence des juridictions judiciaires* » ;
  - La Convention de 1958 interdit toute discrimination entre les sentences étrangères et les sentences nationales.
- ⇒ La Cour d'appel a violé la Convention et l'article 1516 CPC, « *texte constitutif de l'ordre arbitral international* ».

L'article 1516 CPC prévoit que la procédure d'exequatur relève de la compétence du juge judiciaire. Il n'y a pas de texte dans l'ordre juridique français qui donne compétence au juge administratif pour connaître de l'exequatur des décisions étrangères. La Cour d'appel qui dit qu'elle ne peut pas s'en occuper viole cet article. L'article 5 de la Convention de New-York de 1958 pose un principe de non-discrimination que la Cour de cassation utilise pour renforcer la compétence du juge judiciaire. Selon elle, ce serait discriminer que de traiter différemment une sentence arbitrale selon qu'elle est une sentence étrangère ou nationale. Ce dernier point est fondamental ! La solution du Conseil d'Etat de 2013 est donc une solution discriminatoire puisqu'on est venu dire que si la sentence internationale prononcée en France intéresse le droit public alors elle est de la compétence du juge administratif. En 2015, la Cour de cassation dit que cela n'est pas possible. En conséquence, seul le juge judiciaire est compétent pour connaître de l'exequatur d'une sentence internationale qu'elle soit étrangère ou nationale, qu'elle soit privée ou pour partie publique.

#### Deux observations :

- Un opérateur du commerce international qui entend conclure quelque chose avec une entité française sera dans un flou total sous l'angle du règlement des litiges. Il n'y a aucune sécurité juridique ou prévisibilité en raison de cette guerre des juges. Cette insécurité juridique majeure n'encourage pas la conclusion de contrats entre opérateurs internationaux et entités françaises. C'est l'exemple typique de l'inefficacité d'un système de double juridiction à la française.
- Aujourd'hui, on a une guerre des juges et les relations entre eux ne sont pas pacifiées. La seule solution est celle de l'intervention du législateur.

**L'Etat et les collectivités publiques sont certes des opérateurs du commerce international et tendent à être traités de la même manière que n'importe quel opérateur. Demeurent quelques points de frottements et blocages ayant en commun le fait que l'on appréhende des situations commerciales internationales à partir d'un prisme qui est à la base purement nationale. C'est que dit la Cour de cassation à propos de l'article 2060 du Code civil. Ce texte a été édicté pour des situations internes et ne peut être projeté contrairement à ce que pose le Conseil d'Etat.**

## **CHAPITRE 2 :**

### **LES ENTREPRISES PRIVEES**

En droit du commerce international, comme dans d'autres branches du droit économique, on utilise souvent le terme d' « *entreprise* ». Cette notion est tout sauf juridique. C'est avant tout une notion économique. Lorsque le juriste cherche à appréhender l'**entreprise**, il repart sur la catégorie des sociétés qui peuvent avoir ou pas la personnalité morale. Lorsque le droit du commerce international appréhende les entreprises, il est confronté à la fiction des personnes morales. L'opérateur personne physique est plutôt anecdotique. L'opérateur du commerce international n'ayant pas la personnalité morale est davantage résiduel. En parlant de l'entreprise privée, on s'intéresse en réalité aux personnes morales de droit privé dans l'ordre international.

Ces questions sont aujourd'hui appréhendées par deux grandes séries de sources formelles :

- Tout d'abord, le droit international privé s'intéresse à la **question du rattachement des personnes morales dans l'ordre international**. Cette question du rattachement est généralement abordée sous une double présentation : question de la nationalité de la personne morale ou question de la **lex societatis** (= la loi applicable à la personne morale). Il s'agit de voir comment le droit international privé va appréhender ces personnes morales.
- Le second volet couvert par le droit international privé et le droit de l'UE est celui s'intéressant à la **circulation** et à la **reconnaissance des personnes morales**. Comment peut-on envisager un transfert de siège, d'établissement d'un Etat A vers un Etat B ? A quelles conditions un système juridique donné accepte de tirer toutes les conséquences d'un autre système juridique donné ? Parfois le droit international privé et le droit de l'UE se complètent.

Ces questions du rattachement et de libre circulation sont au cœur du droit du commerce international et de l'entreprise privée.

#### **Section 1 : Le rattachement des sociétés**

Se pose la question du rattachement des sociétés dans l'ordre juridique international : question de la manière dont le droit international privé appréhende cette fiction juridique de la personnalité morale. En d'autres termes, **comment et selon quels critères une personne morale peut se voir doter d'une personnalité, peut se voir attribuer une lex societatis** ? Cela suppose de revenir sur les critères et de voir quelles conséquences sont attachées à cette lex societatis.

##### **I. Le rattachement**

La **détermination de la lex societatis** est une question qui conduit à des solutions variables selon les systèmes juridiques donnés. Il n'y a pas d'universalité du rattachement d'une société. Une même entité, selon les systèmes juridiques, peut être qualifiée de différents droits (droit français, droit anglais, etc.).

Il existe **4 critères de rattachement possibles**. La variété de ces critères de rattachement s'explique par la conception d'un système juridique d'une personnalité morale et de la société : est-ce qu'on voit la personnalité morale comme une institution ou comme un contrat ? Les critères peuvent être objectifs ou subjectifs. Le droit français est objectif puisqu'il prend en compte le siège social là où le système anglo-saxon privilégie le **critère de l'incorporation** (= critère fondé sur le lieu d'accomplissement des formalités de constitution de la personne morale). D'autres systèmes s'attachent à la nationalité des détenteurs du capital de la société. Aujourd'hui, on est moins sensible à la volonté des créateurs.

**Cass, civ, 1870 – Société du débarcadère de Cadix** : cet arrêt consacre le principe du **rattachement en droit français des sociétés par le biais de leur siège social**. Il faudra attendre 1966 pour que le législateur codifie ce critère de rattachement dorénavant consacré par l'**article 1837 du Code de commerce**. Le choix du siège social comme critère de rattachement a été discuté et concurrencé par la volonté de recourir à d'autres critères soit

liés à l'incorporation soit liés à une conception volontariste des fondateurs des sociétés. Deux critères sont mis en avant pour concurrencer le **critère du siège social** (bien que ce dernier demeure le critère en droit positif) :

- Le **critère du contrôle** – Pour rattacher une société dans l'ordre juridique international, c'est-à-dire lui donner une nationalité, il a été proposé de s'attacher avant tout à la structure du capital, et, par voie de conséquence, à la nationalité des associés détenteurs de ce capital. Il s'agit donc de regarder quelle est la **nationalité dominante au sein du capital et d'en déduire le rattachement de la société**. Ce critère du contrôle du capital social a pu être utilisé à deux reprises en droit français au lendemain de la 2GM. L'idée était d'essayer de caractériser les sociétés susceptibles d'être nationalisées, de s'attacher à la réalité du contrôle pour autoriser cette nationalisation. Au-delà de ces deux épisodes, le recours au critère du contrôle a toujours été rejeté essentiellement pour une raison qui tient au **caractère instable de ce critère**, en particulier lorsque ces sociétés sont susceptibles de faire appel aux paramètres publics. Il suffit qu'une cession de titre intervienne pour qu'une société change de rattachement.  
Le critère du contrôle a été **globalement abandonné** même s'il a pu parfois resurgir. **Montebourg** avait développé l'idée de patriotisme économique : déterminer les sociétés françaises dont le capital était détenu majoritairement par des français et dont le siège était établi à l'étranger. L'idée de Montebourg était de rapatrier les sièges sociaux en France. Au final, le critère de contrôle **fait plus appel à des considérations politiques**.
- Le **critère de l'incorporation** – L'idée est de **rattacher la personne morale au lieu d'accomplissement de ses formalités constitutives, au lieu d'enregistrement de la société** personne morale.

Il faut faire deux observations :

- Le critère de l'incorporation est largement dominant en droit comparé. Plusieurs pays qui utilisaient auparavant le critère du siège social ont adopté celui de l'incorporation.
- Le critère de l'incorporation serait plus conforme au caractère contractuel des sociétés et donc plus fidèle à la volonté exprimée par les fondateurs. Si les fondateurs d'une société ont décidé de déposer ses statuts sur tel territoire, il y a une certaine logique à ce que du choix d'enregistrement découle le choix de la loi applicable. La cohérence de ce critère repose sur la nature contractuelle de la société.

Le critère de l'incorporation présente aujourd'hui un avantage incontestable. Puisqu'il est le plus représentatif, il s'inscrit dans une logique de prévisibilité juridique pour l'opérateur et pour ses contractantes. La société ne s'enregistre que dans un seul territoire. Avec ce critère, il n'y a pas de contestation possible de la loi applicable tandis que la caractérisation du siège social est susceptible de discussion faute de définition précise du siège social (incertitude quant à la loi applicable).

On s'accorde à dire que le système d'incorporation est plus simple que le critère du siège social et ce pour plusieurs raisons :

- La question du siège social est liée à l'hypothèse où il y a une dissociation entre le siège réel et le siège statutaire. La majorité des sociétés sont dirigées par le siège déclaré par les statuts ;
- La technique de l'incorporation est vue comme de nature à favoriser le law shopping. Un certain nombre de systèmes juridiques donnés vont associer à l'incorporation un régime considéré comme très favorable. Quand la liberté statutaire se double d'un dispositif fiscal avantageux, on assiste à un phénomène de mobilité des personnes morales, de law shopping. Aujourd'hui, un certain nombre d'Etats s'est spécialisé dans l'incorporation et l'accueil des personnes morales. Le lieu de direction de la société n'a aucune importance. [Ex : La société Renault est enregistrée aux Pays-Bas (pays d'incorporation). La société est donc considéré, aux Pays-Bas, comme étant une société de droit néerlandais bien qu'elle soit dirigée en France].

## II. De l'unilatéralisme au bilatéralisme du critère de rattachement

En droit français, le critère de rattachement est celui du siège social. Pendant longtemps, la règle de rattachement française a été unilatérale. Dans [Cass, civ, 1870 – Société du débarcadère de Cadix](#), la Cour de cassation s'était appuyée indirectement sur une loi ancienne du 30 mai 1857. Cette loi posait le principe selon lequel une société est française dès lors que son siège est en France. Elle établissait également que seules les sociétés pouvaient exercer leurs droits en France. Les autres sociétés étaient considérées comme des sociétés étrangères et ne se voyaient pas reconnaître de capacité juridique sur le sol français. L'approche était unilatéraliste sauf si l'Etat français édictait un décret de reconnaissance. Pour qu'une société de droit étranger puisse commercer sur le sol français, il fallait que l'Etat français édicte un décret de reconnaissance.

Ce dispositif a perduré jusqu'en décembre 2007 même s'il a été désactivé en pratique dès 1990 par la Cour de cassation dans [Cass, crim, 1990 – Extracto](#). Dans cet arrêt, le juge avait considéré que la loi du 30 mai 1857 qui subordonnait l'existence des droits à l'édition de décrets spéciaux heurtait le principe de non-discrimination fondé sur la nationalité tel qu'il était protégé par les engagements internationaux de la France (Traité sur la Communauté Economique Européenne ; Convention EDH). En l'espèce, Extracto s'était vu refuser le droit de se défendre dans une procédure pénale au motif qu'à l'époque, les étrangers étaient soumis à des règles restrictives d'accès au prétoire pénal. Cette disposition de 1857 a été abandonnée.

**L'article 1837 du Code civil confirme** cette approche unilatérale. Il dispose : « Toute société dont le siège est situé sur le territoire français est soumise aux dispositions de la loi française. Les tiers peuvent se prévaloir du siège statutaire, mais celui-ci ne leur est pas opposable par la société si le siège réel est situé en un autre lieu ». Cet article pose la question de l'articulation entre siège social et siège statutaire. Le juge judiciaire a réécrit cette règle pour en faire une règle bilatérale. Dans [Cass, 1<sup>ère</sup> civ, 18 avril 1872](#), la Cour de cassation a bilatéralisé la règle unilatérale en pose la règle selon laquelle une société est régie par le droit du pays où se localise son siège social. [Ex : Une société dont le siège est au Royaume-Uni sera considérée par la France comme étant une société de droit anglais].

La désignation faite par l'ordre juridique français de la loi étrangère est-elle acceptée par cette même loi ? Lorsque l'ordre juridique français énonce que telle société est de droit anglais est-ce que l'ordre juridique anglais admet sa compétence ? Le droit français doit-il vérifier si le droit anglais accepte sa compétence pour dire que la société est de droit anglais ? C'est la question du mécanisme de renvoi. [[Cass, 1984 – Banque ottomane](#) : la problématique de cet arrêt était le bénéfice du droit de la CEE. A l'époque, pouvaient bénéficier de la liberté d'établissement, de libre prestation de service, les seuls ressortissants de la CEE. La question était de savoir si la Banque pouvait avoir bénéfice de la liberté d'établissement sachant qu'elle avait son siège effectif en Angleterre mais avait été constituée en Turquie. En première instance, le juge applique la règle française et considère que cette société, comme elle a son siège à Londres, est une société de droit anglais et qu'il y a, par voie de conséquence, liberté d'établissement. Après cela, il a été dit qu'il fallait mettre en œuvre le mécanisme du renvoi. Il fallait regarder ce que l'ordre juridique anglais disait. Ce dernier disait que la nationalité de la société découlait de son lieu d'enregistrement. Selon le droit anglais, la banque était donc turque puisqu'enregistrée en Turquie. On est dans l'hypothèse du renvoi au droit turc. Le droit turc applique le critère de l'incorporation donc accepte sa compétence]. Dans [Cass, 1984 – Banque ottomane](#), la Cour de cassation a considéré que la société était de droit turc par renvoi. La Turquie n'étant pas membre de la CEE, il n'y a pas de liberté d'établissement. S'il y avait eu « ping-pong », c'est-à-dire que la loi anglaise renvoie à la loi turque qui renvoie elle-même à la loi anglaise, le juge français aurait eu le choix de loi.

## III. La détermination du siège social

La jurisprudence a établi progressivement un faisceau d'indices de nature à caractériser le siège réel d'une société. Dès le début des années 1950, la Cour de cassation considère que le siège d'une société s'entend du lieu d'établissement, de son centre de direction et d'exploitation commerciale. La Cour va parfois plus loin en considérant que le siège s'identifie au lieu de sa direction juridique, financière et administrative. Avec ces différents critères, c'est véritablement celle réalité du management de l'entreprise qui fait le critère du siège social. Cette jurisprudence « par étapes » a été consolidée selon une formule de synthèse dégagée par l'arrêt [Cass, 1990 – Roval](#). Dans cet arrêt, la Cour énonce que le « rattachement des sociétés résulte en principe de la

*localisation de son siège réel défini comme le siège de la direction effective et présumée par la siège statutaire* ». Cet arrêt fait une lecture stricte de l'alinéa 2 de l'article 1837 du Code civil : par principe, le siège réel est le siège statutaire. Ce n'est que si l'on démontre que la direction effective n'est pas identifiée au siège statutaire qu'alors on pourra rattacher la société au lieu de la direction effective. En pratique, il n'y a pas souvent de difficulté à identifier le siège. Si la direction se fait hors du siège statutaire alors la loi applicable est susceptible de changer. Des difficultés apparaissent en présence de filiales. Doit-on ouvrir la procédure d'insolvabilité au lieu de la direction ou au lieu de la filiale ? Généralement, siège social = siège statutaire.

L'enjeu de la distinction est la détermination de la loi applicable ou « **lex societatis** » dont l'objet est de gouverner la vie interne et les relations externes de la société. La vie interne est tout ce qui relève du droit statutaire (organes, conflits d'intérêt, modification des statuts). Les relations externes sont la responsabilité de la société, la responsabilité des associés, la capacité juridique de la personne morale et les pouvoirs de représentation des dirigeants.

La jurisprudence a établi que la capacité d'une société à contracter relevait de la *lex societatis* et non de la loi du contrat. La *lex societatis* relèverait de la catégorie des droits indisponibles. Le juge a obligation d'établir la *lex societatis* pour appréhender la capacité et qualité à agir du dirigeant.

## Section 2 : La liberté d'établissement des personnes morales

La question de la liberté d'établissement des personnes morales est aujourd'hui largement dominée par le droit de l'UE. Jusqu'en 1957, le principe était l'impossibilité de reconnaître des sociétés étrangères sur le territoire national. En 1958, le traité sur la CEE a mis en place la liberté d'établissement des sociétés. Le traité fait de cette liberté un principe fondamental de l'ordre juridique de la CEE. Un grand nombre d'Etats, dont la France, vont aligner leurs règles de reconnaissance. L'**article 54 TUE** pose le principe de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services. Le droit de l'UE considère presque la notion de « société » comme une notion de droit de l'UE : cela a des répercussions sur la conception du droit interne, principe de primauté oblige.

Le TUE organise le principe de liberté d'établissement selon deux propositions qui tiennent à la création d'un établissement principal et au développement d'un établissement secondaire. Le TUE ne pose pas de règle de rattachement. Le droit dérivé n'organise pas véritablement la liberté d'établissement. Il y a eu des déclarations solennelles pour inciter à avoir un instrument européen sur le transfert de siège de société pour gommer des freins qui rendent aujourd'hui difficile un tel transfert. En 2006, le Parlement européen avait publié une résolution assez offensive mais hormis une directive sur les fusions transfrontières, il n'existe pas d'instrument sur le transfert des sièges sociaux. Les Etats ne veulent pas que les sociétés fuient leur pays.

**CJCE, 1988 – Daily Mail** : la Cour constate que le droit de l'UE ne permet pas à une société de prétendre à la mobilité intra-européenne. Elle énonce : « *Le traité ne confère aucun droit à une société constituée en conformité avec une législation d'un Etat membre dans lequel elle aurait son siège statutaire de transférer son siège dans un autre Etat membre* ». La Cour constate qu'il n'existe pas d'outils juridiques pour ce transfert : il faut dissoudre la société et la recréer dans un autre Etat.

La CJUE ne renverse pas sa jurisprudence mais en 2002 et en 2008, elle nuance sa position. **CJUE, 2002 – Uberseering** : la Cour sanctionne le fait que selon le changement de siège, l'accès à la justice n'est pas le même. **CJUE, 2008 – Cartesio** : la CJUE réaffirme qu'il n'y a pas un droit à la mobilité mais elle pose le principe selon lequel les Etats membres ne peuvent pas maintenir des législations qui rendraient impossible toute mobilité. Cette position a été confirmée dans **CJUE, 2013 – Cévic**.

A propos de l'établissement secondaire, l'idée est de permettre à une société de développer toute structure juridique stable dans un autre Etat membre. Dans **CJUE, 2003 – Inspire Art**, la CJUE facilite le développement des établissements secondaires. La question se posait de savoir si les fondateurs d'une société avaient toute liberté pour s'établir à titre principal dans n'importe quel Etat membre et y développer une

succursale. **CJUE, 1999 – Centros** : Des citoyens danois, résidant au Danemark, souhaitent développer leur activité dans le pays. Ils constituent une société au Royaume-Uni, qu'ils domiciles à Londres, et des succursales au Danemark. Les autorités danoises refusent l'immatriculation de la société au motif que le montage sociétaire n'a eu d'autre but que d'éviter les dispositions du droit des sociétés danois. Les fondateurs danois auraient créé une coquille vide au Royaume-Uni. La CJUE considère que le refus d'immatriculation était constitutif d'une violation du droit de l'UE. Selon elle, le TUE offre toute liberté d'incorporation d'une société sur le territoire de n'importe quel Etat membre. On peut donc constituer une société là où bon nous semble dans l'UE ! La CJUE pose néanmoins des limites quant à l'établissement secondaire. La CJUE pose une limite : le choix d'établissement de la société ne peut être frauduleux ou abusif. Ce qui n'est pas abusif c'est lorsque l'on cherche à éviter la loi d'un Etat membre. Il est inhérent au droit de l'UE de vouloir se mettre sous l'empire d'un régime d'un Etat membre qui nous paraît le plus favorable. La CJUE n'aborde pas la question de la fiscalité.

La fraude à la loi admise « classiquement » échoue dans le domaine de l'incorporation des sociétés. La CJUE a rappelé que l'usage abusif d'un droit subjectif reconnu par le droit de l'UE est constitutif d'une fraude. Jusqu'ici, la CJUE n'a pas caractérisé d'abus dans les arrêts qu'elle a rendus. **CJUE, 2014 – Affaire des avocats italiens** : Des étudiants italiens, ayant effectués leur licence en droit en Italie, suivent leur master en Espagne. Ils obtiennent leur barreau dans ce pays. A leur retour en Italie, ils demandent leur inscription comme avocat sur la liste du barreau italien. Le Conseil refuse. Les jeunes avocats attaquent la décision du Conseil qui se tourne alors vers la CJUE. Selon la CJUE, il ne pourrait y avoir de fraude que s'il y avait non pas un droit national mais un droit de l'UE. Or, dans la directive de liberté d'établissement des avocats, vide juridique.

## **TITRE 2 :**

# **LES OPERATIONS DU COMMERCE INTERNATIONAL**

On assimile les opérations du commerce international aux contrats du commerce international. Les besoins du commerce international ont conduit au développement d'un corps de règles des contrats internationaux. Les pratiques et usages ont mené à la reconnaissance de principes tels la liberté contractuelle. L'idée est que les parties à un contrat de commerce international ont la liberté de choisir la loi étatique appelée à gouverner leur contrat. A côté des usages se sont développés des initiatives savantes avec de véritables règles matérielles applicables aux contrats de droit international (principes UNIDROIT). Des conventions internationales ont également émergées en la matière. Les règles matérielles ont une vocation spécialiste tandis que les règles conflictuelles ont une volonté généraliste.

## **CHAPITRE 1 :**

### **LE DROIT COMMUN DU CONTRAT INTERNATIONAL**

Les contrats internationaux demeurent soumis aux règles de conflit étatique lorsque le juge est saisi puisqu'il applique les règles de conflit de lois en vigueur dans son ordre juridique. La situation est différente devant l'arbitre car l'arbitrage n'est pas un système juridique étatique. L'arbitre n'est pas tenu par les règles de conflits de lois qui s'imposent au juge étatique. **Là où le juge étatique est contraint de résoudre un conflit de loi, l'arbitre pourra appréhender la question de la loi applicable au contrat selon sa propre conviction.** L'arbitre pourra utiliser une règle de conflit mais il n'en a pas l'obligation. Il pourra aussi se fonder sur un certain nombre d'éléments factuels qui, selon lui, sont de nature à identifier la loi applicable au contrat dont il est saisi. Certaines études montrent que **les tribunaux arbitraux n'ont pas de démarche privilégiée.** En fonction des situations qui leurs sont soumises, ils privilégient telle ou telle approche. Si les parties ne se sont pas exprimées sur la loi applicable au fond du litige, il appartiendra au tribunal arbitral de s'attacher à un ordre juridique donné.

On raisonnera ci-après dans l'**hypothèse d'un contentieux étatique du commerce international** : le juge français est confronté à un contentieux contractuel du commerce international. Pour appréhender les règles de conflit de lois, on abordera la question de la désignation de la loi applicable (**Section 1**) et celle du domaine de la loi applicable (**Section 2**).

#### **Section 1 : La désignation de la loi applicable**

##### **I. La succession des règles de conflit de lois en matière contractuelle**

La question de la désignation de la loi applicable devant le juge français suppose de comprendre qu'aujourd'hui, dans l'ordre juridique français, coexistent trois dispositifs dont les points de distinction tiennent à la considération de la date à laquelle le contrat de commerce international a été conclu. Le juge va devoir vérifier si le contrat a été conclu avant le 1<sup>er</sup> avril 1991, entre le 1<sup>er</sup> avril 1991 et le 16 décembre 2009 ou à partir du 17 décembre 2009. A ces deux dates correspondent des **changements de mécanismes conflictuels** (règles de conflit).

- Avant le 1<sup>er</sup> avril 1991, la règle de conflit de droit commun en matière de contrats internationaux est une **règle jurisprudentielle**.

- Entre le 1<sup>er</sup> avril 1991 et le 16 décembre 2009, la règle de conflit de droit commun est la **Convention de Rome (1980)** ;
- Depuis le 17 décembre 2009, la règle de conflit de droit commun est le **règlement Rome 1**.

Cette **succession des règles de conflit** appelle **deux observations** :

- Ici, on évoque uniquement la règle de conflit de droit commun. Cette règle peut être écartée au profit de règles de conflit spéciales. Au-delà de la question de la date de conclusion du contrat, c'est aussi la qualification du contrat qui devra être mise en œuvre par le juge. [Ex : Si le juge est saisi de la question de déterminer la loi applicable à un contrat de vente de biens meubles corporels, il va devoir se référer à la Convention de la Haye du 15 juin 1955 sur la vente internationale]. **Tant la jurisprudence que la convention ou le règlement s'effacent devant cette règle de conflit spéciale.** [Ex : Si on est en présence d'un contrat d'agent commercial international, c'est la Convention de la Haye du 14 mai 1978 qui devra être mise en œuvre pour déterminer la loi applicable]. Il faut relativiser cette question puisque les règles de conflit sont très proches. La Cour de cassation ne censure pas le mauvais fondement juridique dès lors que la loi désignée par la règle de conflit est en substance la même.
- En commerce international, davantage qu'en commerce interne, les contrats ont une durée de vie relativement longue. Il est extrêmement fréquent que le juge soit saisi de contrats conclus plusieurs décennies auparavant. Le contentieux contractuel est toujours vu comme un remède ultime. **Avant d'aller voir le juge pour sanctionner un problème de formation ou d'exécution du contrat, les opérateurs du commerce international vont tenter un règlement amiable.** Cette tentative de règlement amiable procède de **deux considérations** :
  - **Considération théorique** – La place de la **bonne foi dans l'exécution des contrats** de commerce international implique qu'en cas de difficulté, les parties vont chercher une solution conventionnelle amiable pour mettre un terme à leurs difficultés. Anéantir le contrat serait dommageable pour les deux parties.
  - **Considération pratique** – Hormis l'hypothèse où les parties ont préalablement inséré une convention d'arbitrage, les opérateurs du commerce international ont conscience de la complexité de tout contentieux étatique international. Les opérateurs ont conscience que le point préalable est la détermination du juge compétent (conflit de juridiction). **En droit du commerce international, la détermination du juge compétent peut prendre plusieurs années.** [Ex : **Cass, 2015 – Ibiscus** : La société française Ibiscus rencontre des problèmes de distribution de matériel Apple. Elle agit contre la maison mère d'Apple se trouvant en Irlande. Dans cette affaire, le litige est né il y a plus de 8 ans. On n'a toujours pas abordé le fond du litige. Entre temps, la société Ibiscus a été liquidée et c'est son mandataire qui cherche à obtenir quelques substituts].

## II. La coexistence des trois règles de conflit de lois

**Ces trois systèmes de conflit de lois continuent à coexister devant le juge français.** La grande majorité des affaires sont des affaires qui se règlent encore en application de la Convention de Rome. Il y a très peu de litiges pendant appelant la mise en œuvre de Rome 1.

### A. Le système antérieur au 1<sup>er</sup> avril 1991

Avant l'entrée en application de la Convention de Rome, c'est la jurisprudence qui avait dégagée les grandes règles de conflit applicables aux contrats notamment à la suite de l'arrêt **Cass, 1910 – American Trading** qui pose le **principe de l'autonomie de la volonté**. Cet arrêt pose la règle selon laquelle la loi applicable à un contrat de commerce international est la loi choisie par les parties. **Cette loi ne peut être qu'étatique.** Il appartenait au juge de procéder à la désignation de la loi en l'absence de choix exprimé par les parties. Pendant longtemps, la position du juge français a été relativement simple : la loi applicable à un contrat, en l'absence de



choix exprimé par les parties, est la loi de l'Etat avec lequel le contrat présente la plus grande proximité (**Cass, 1956 – Fourrure Renel**). Cette question est une question de fait et il n'appartient pas à la Cour de cassation de se livrer à un contrôle de fait. C'est le juge du fond qui va caractériser la proximité entre un contrat et le juge étatique donné. C'est la doctrine qui a tenté de systématiser la démarche. **Henri Batiffol** a caractérisé la **technique du faisceau d'indices**. Il appartient au juge du fond de relever les indices qui, lorsqu'ils sont réunis, permettent d'identifier la proximité entre un contrat et un système juridique donné. Henri Batiffol met en lumière que les questions de **langue du contrat, de nationalité des parties, du lieu de conclusion, du lieu de l'exécution, de la monnaie du contrat** sont décisives. Cette **technique du faisceau d'indices constitue la règle de rattachement des contrats internationaux dans de nombreux systèmes juridiques**. Il faut lutter contre le caractère quasi-universel de l'autonomie de la volonté. [Ex : Le droit international privé vietnamien établit une règle de rattachement unilatéral des contrats de commerce international. Elle repose sur le lieu de conclusion du contrat. Si le contrat est conclu au Vietnam, il tombe sous l'empire du droit vietnamien. Mutatis mutandis au Brésil].

## **B. Le système Rome (= Convention de Rome + Rome 1)**

La Convention de Rome a été ratifiée par plusieurs membres de l'UE. Elle est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 1991. Elle a été depuis transformée en un règlement le 17 juin 2008 appelé « Rome 1 » applicable aux contrats conclus postérieurement au 17 décembre 2009. Il y a une grande continuité entre ces deux textes puisqu'il n'y a pas eu de remise en cause des fondamentaux de la Convention. Un certain nombre de correction a été apporté par Rome 1.

### **1) La continuité de la Convention de Rome avec Rome 1**

En passant de la Convention de Rome au règlement Rome 1, plusieurs éléments ont perduré

- Le **caractère universel du règlement** : la loi désignée par le contrat peut être la loi d'un Etat non membre de l'UE. En d'autres termes, les règles de conflit du règlement sont communes et universelles dans chaque Etat membre de l'UE.
- Le **caractère autonome et uniforme de l'interprétation des notions contenues dans le règlement**. Ce caractère autonome est assuré par la prévalence de l'interprétation de la CJUE. Par le biais du renvoi préjudiciel, la CJUE peut être amenée à interpréter les notions contenues dans le règlement. Cette interprétation lie les Etats membres. Le règlement se garde bien de donner des définitions des notions qu'il utilise. [Ex : Dans Rome 1, il n'y a pas d'article de définition. Cela pose l'enjeu de l'interprétation autonome. L'intitulé de Rome 1 est « Règlement relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles » mais on n'a pas de définition de ce qu'est une obligation contractuelle. En matière de contrats précontractuels, certains Etats considèrent que le précontractuel est du contractuel (Allemagne) tandis que d'autres considèrent que le précontractuel est du délictuel].
- Le **champ d'application** de la Convention de Rome est repris par Rome 1. L'**article 1§1 Rome 1** : le champ d'application « a vocation à s'appliquer à toute situation comportant un conflit de lois intéressant des obligations contractuelles relevant de la matière civile et commerciale ». Mais suit toute une série d'exclusions.
- Cette continuité se vérifie dans l' (autonomie de la volonté). Elle se traduit également par le maintien des règles de rattachement objectif (règle de détermination de la loi applicable).

#### **a) Le rattachement subjectif : l'autonomie de la volonté**

L'**article 3 Rome 1** pose le principe de liberté de choix. On retrouve les solutions telles qu'elles ont été forgées depuis l'arrêt *American Trading*. L'article 3 apporte certaines précisions sur l'étendue de l'autonomie de la volonté. Il pose l'exigence que le contrat contienne une **clause d'élection de droit** : celle-ci doit être **expresse ou résulte de manière expresse des dispositions du contrat**. Cette clause de choix de loi s'entend de la loi applicable à la **totalité du contrat** mais aussi éventuellement à **une partie seulement du contrat**. L'autonomie

de la volonté va jusqu'à permettre aux parties de choisir non pas une mais plusieurs lois applicables au contrat. C'est ce que l'on appelle en droit international privé, la **faculté de dépeçage de la loi applicable au contrat**. Le règlement ne prévoit pas de conditions particulières : les parties peuvent choisir de soumettre tout ou partie de leur contrat à telle ou telle loi du moment que c'est une loi étatique. La technique du dépeçage se retrouve très peu parce qu'elle suppose une très grande connaissance des différents droits.

Il est possible de soumettre le contrat à une loi étatique mais encore si la loi étatique l'autorise, de **soumettre le contrat à des principes généraux, à un droit non-étatique**. [Ex : Une société française conclut un contrat de franchise avec une société italienne. Les sociétés choisissent la loi française et l'application des principes UNIDROIT. Cela est possible parce que la loi française accepte, sous certaines conditions, de faire produire ses effets à ce type de principes]. Cf. **Considérents 13 et 14 Rome 1**.

La liberté de choix peut conduire jusqu'à **modifier la loi applicable** parce que toute ce que la volonté fait, la volonté peut le défaire. Cette grande faculté de l'autonomie de la volonté connaît un tempérament à l'article 3§3 et 3§4 Rome 1 concernant les **dispositions impératives**. Le choix des parties ne peut pas porter atteinte à l'application des dispositions auxquelles la loi d'un pays ne permet pas de déroger par accord. Ces deux dispositions sont celles qui ont fait couler le plus d'encre lorsque le règlement Rome 1 a été adopté. On s'est demandé si ce n'était pas assimilable ou différent des lois de police ou à l'exception d'ordre public. En réalité, 3§3 et 3§4 visent des situations très particulières qui ne se vérifient presque jamais.

L'**article 3§3** dispose : « Lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un pays autre que celui dont la loi est choisie, le choix des parties ne porte pas atteinte à l'application des dispositions auxquelles la loi de cet autre pays ne permet pas de déroger par accord ». Cela vise l'hypothèse où une entreprise française conclut un contrat avec une autre entreprise française et décide de soumettre le contrat à la loi allemande. Le choix de la loi allemande ne peut pas porter atteinte à l'application des dispositions de la loi française qui ne permettent pas de déroger par accord. C'est un cas de figure qui a été très débattu. Depuis que le règlement Rome 1 existe, ce cas de figure ne s'est jamais présenté dans aucun Etat partie. C'est plus finalement une satisfaction intellectuelle.

## **b) La désignation subjective**

La désignation subjective consiste en le fait de ne pas avoir le choix de la loi applicable. L'article 4 Rome 1 succède à l'article 4 de la Convention de Rome en matière de loi applicable à défaut de choix. A de choix de loi exprimé par les parties, l'idée de Rome 1 est de rattacher subjectivement le contrat à un système juridique donné. Dès la Convention de Rome, l'idée a été de rattacher ce contrat au travers des critères des liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique du contrat au moment de la conclusion de ce contrat à sa résidence habituelle. L'**article 4 de la Convention de Rome** reposait sur une **double présomption**. D'abord, **à défaut de choix de loi, le contrat est présumé être soumis à la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits**. Ensuite, **la loi du pays qui présente les liens les plus étroits est présumée être la loi du pays de résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique du contrat**. Ce mécanisme de la Convention de Rome supposait d'identifier contrat par contrat ce qu'est la « prestation caractéristique ». [Ex : Un contrat de vente est conclu entre un vendeur italien et un acheteur français. Il n'y a pas de choix de loi. La prestation caractéristique est la livraison de la chose. Or le vendeur est italien : c'est lui qui livre la chose. Par conséquent, la loi applicable est la loi italienne ; Dans un contrat de franchise, c'est le franchiseur qui concède le savoir-faire donc on va regarder la résidence du franchiseur]. La Convention de Rome prévoyait que la prestation caractéristique était la prestation pour laquelle le paiement était dû. Ce mécanisme était assez simple. Les présomptions pouvaient être renversées si les parties démontraient que le contrat présentait des liens plus étroits avec un autre système juridique qu'avec celui du débiteur de la prestation caractéristique. Il reste que ce mécanisme présentait quelques lacunes. [Ex : Le contrat de swap est un contrat d'échange de créances. Il est impossible de déterminer le débiteur de la prestation caractéristique]. Le mécanisme de la Convention de Rome a été abandonné.

L'article 4 du règlement Rome 1 va garder cette idée d'un rattachement au profit de la loi du débiteur de la prestation caractéristique mais de ce qu'était un mécanisme de présomption, Rome 1 en fait un mécanisme de rattachement fixe. L'**article 4§1 Rome 1** donne pour 8 contrats une règle de rattachement fixe. Ce système

de rattachement fixe vaut pour une série de contrats nommés (contrat de vente de bien, contrat de franchise, etc.). Il peut se produire que le contrat de franchise, par exemple, ne se résume pas à un contrat de franchise et qu'on soit dans l'hypothèse d'une opération complexe (contrat de distribution). L'article 4 Rome 1 pose une règle « balai » en considérant qu'on ne va pas découper le contrat en plusieurs contrats selon l'opération donnée mais qu'on va rechercher pour ce contrat la prestation caractéristiques. Si l'on n'entre pas dans la catégorie des contrats nommés de l'article 4§1 Rome 1, le contrat est soumis à la loi du pays du débiteur de la prestation caractéristique. Si le contrat présente des caractéristiques telles que toutes les circonstances conduisent à considérer que le contrat présente des liens « manifestement » plus étroits avec un autre pays alors c'est la loi de cet autre pays qui s'applique. [Cass, 1<sup>ère</sup> civ, 26 octobre 2015 : quelle est la loi applicable au contrat de cautionnement ? Les juges du fond, alors que les parties n'avaient pas fait de choix de loi, ont appliqué l'article 4 Rome 1. Ils avaient considéré que le contrat de cautionnement était soumis à la loi française parce qu'il résultait de l'ensemble des circonstances que le contrat présentait des liens plus étroits avec la France. La Cour de cassation censure ce raisonnement au motif qu'en réalité les juges du fond avaient fait jouer l'exception avant le principe. Elle vient rappeler que l'article 4§3 Rome 1 ne peut être mis en œuvre qu'après avoir désigné la loi normalement applicable. Or, la loi normalement applicable était la loi italienne parce que le débiteur de la prestation caractéristique avait son siège sur le territoire italien].

## 2) L'ordre public international et les lois de police dans le système Rome

Ce rattachement peut être perturbé par un certain nombre de mécanismes et notamment par les lois de police et l'ordre public international. :

- **Ordre public international** – La question de l'ordre public international et transnational sera vue en détails lorsqu'on abordera la question de l'arbitrage international. La jurisprudence peine à illustrer ce que pourrait recouvrir l'ordre public transnational dans le domaine du commerce international. Le juge a beaucoup de mal à qualifier des dispositifs nationaux comme étant des règles d'ordre public international. Hormis ce qui pourrait être rattaché à la question de la corruption dans le commerce international, les hypothèses dans lesquelles l'ordre public international joue sont extrêmement rares.
- **Lois de police** – Le mécanisme de désignation de loi peut être remis en cause ab initio par la considération d'une loi de police qui aurait vocation à s'appliquer immédiatement à la situation juridique donnée nonobstant la loi normalement applicable. Avant toute détermination de la loi, il va falloir examiner s'il n'existe pas une loi de police. S'il en existe une, le juge saisi a l'obligation de l'appliquer en lieu et place de la loi normalement compétente (**article 9§2 Rome 1**).
  - Rome 1 a esquissé une **définition des lois de police**. C'est la première fois qu'un texte international vient proposer une définition des lois de police. Jusque-là, cette définition était donnée par la doctrine et la jurisprudence. L'**article 9§1 Rome 1** énonce : « Une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement ». Cette définition est une définition française. Elle est celle élaborée par **Phocion Francescakis**. Cette définition doctrinale a d'abord été reprise par les juridictions françaises puis européennes dans l'affaire Arblade.
  - Chaque année, depuis 10 ans, la Cour de cassation se prononce sur les mécanismes de lois de police. Ces arrêts traduisent une tendance au « **nettoyage des lois de police** » voir à leurs éradication. Toute une série de dispositions d'ordre économique sont aujourd'hui passées au filtre de cette définition pour savoir si elles peuvent être qualifiées de loi de police. La tendance jurisprudentielle est à disqualifier ces dispositions de la catégorie de lois de police.
    - **Cass, 1<sup>ère</sup> civ, 26 octobre 2015** : Dans cette affaire, la Cour de cassation reproche aux juges du fond d'avoir considéré que le contrat de cautionnement était soumis à la loi française. Elle le fait parce qu'il existe, dans le Code de la consommation, un certain nombre de dispositions protectrices des cautions notamment les articles L341-2 et

L341-3. Ces deux articles prévoient qu'à peine de nullité de la caution, celui qui se porte caution doit, de manière manuscrite, rédiger un certain nombre de mentions. Cette rédaction manuscrite est prévue pour faire comprendre à la caution l'engagement qui est le sien. Est-ce que ces deux dispositions sont des lois de police ? Le formalisme du cautionnement est-il une loi de police ? La Cour de cassation vient considérer que ces dispositions impératives du droit français ne constituent pas pour autant des lois de police et ce en raison de leur finalité qui est la protection de la caution. Selon la Cour de cassation, une loi de police n'a pour objet que la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays. Puisque cette règle n'est édictée que dans un objectif de protection que d'une catégorie de cocontractant, elle n'a pas pour finalité la sauvegarde de ces éléments et par conséquent ce n'est pas une loi de police.

- **Cass, com, 2016 – Arcelor Mittal** : Le dispositif d'indemnisation prévu en cas de rupture d'un contrat d'agence commerciale est-il constitutif d'une loi de police ? La Cour avance que l'article L141-1 du Code de commerce est une loi protectrice d'ordre public interne et donc n'est pas une loi de police applicable dans l'ordre international. On voit apparaître une **distinction clé entre ordre public interne de protection et ordre public interne de direction**. Pour la Cour de cassation, n'est une loi de police dans l'ordre international qu'une disposition d'ordre public interne de direction.
- Cette tendance à vouloir évincer du contexte les lois de police française, la Cour de cassation elle-même en a renforcé la signification cette fois **sur le terrain des conflits de juridiction (Cass, 2008 – Monster Cable ; Cass, 2015 – Lauterbach)**. Elle considère, dans ces deux affaires, que ce n'est pas parce qu'une disposition impérative française susceptible d'être qualifiée de loi de police s'applique au fond du litige que le choix d'un juge d'un autre Etat membre est nul. Les règles impératives constitutives des lois de police peuvent échapper au juge français. Rome 1 ne rend l'application des lois de police obligatoire que lorsque cette loi de police est celle du juge saisi.

La Cour de cassation est de plus en plus stricte dans la qualification des lois de police dans l'ordre juridique international mais elle admet en plus qu'on puisse évincer leur application par le choix d'un juge étranger.

## Section 2 : Le domaine de la loi applicable

### I. La formation du contrat

Rome 1 distingue les conditions de fond et les conditions de forme en matière de formation du contrat

#### A. Les conditions de fond

L'**article 10 Rome 1** prévoit le sort du **consentement** et de la **validité de la convention**. La validité d'une disposition du contrat relève de la loi applicable telle qu'elle est désignée par les règles de rattachement. Le **principe** est le rattachement des conditions de fond à la loi applicable. Mais l'article 10 prévoit une **exception** qui est d'interprétation stricte. Elle tient à la question du consentement. L'article 10§2 prévoit en effet que la partie qui voudrait se délier du consentement pourra le faire si elle démontre qu'au regard de la loi applicable de sa résidence habituelle, elle n'aurait pas accepté l'offre. En réalité, cette disposition assez traditionnelle ne reçoit quasiment aucune application.

En revanche, il est important de distinguer entre la question de l'acceptation de l'offre et la question de la capacité à contracter. La question de savoir si une personne morale a consenti au contrat si elle était en capacité de contracter ne sera pas traitée selon la loi applicable au contrat mais selon les règles du statut personnel. C'est la *lex societatis* (loi du centre principal de ses intérêts c'est-à-dire son siège statutaire sauf si on peut prouver que le contraire) qui détermine les conditions pour la personne morale de s'engager dans un contrat.

## B. Les conditions de forme

L'article 11 Rome 1 consacre une évolution quant à la validité formelle du contrat par rapport à la Convention de Rome. On regarde la date à laquelle le contrat a été conclu pour déterminer si le contrat tombe sous l'empire des conditions de forme jurisprudentielles, de la Convention de Rome ou de Rome1. Avant 1991, la validité formelle du contrat est régie par la loi du lieu de conclusion du contrat (= « *locus regis actum* »). Après 1991, la Convention de Rome et Rome 1 ont opéré un changement de rattachement et distinguent selon qu'au moment de la conclusion du contrat, les parties ont leur siège dans un même Etat ou dans des Etats différents. La validité formelle tient à la considération soit de la loi contractuelle soit à la loi du pays de conclusion. [Ex : Deux sociétés de droit français concluent un contrat et choisissent la loi allemande. La validité du contrat sera vérifiée soit au regard de la loi allemande (loi choisie) soit au regard de la loi française (loi du lieu de conclusion d'un contrat par deux parties ayant l'une et l'autre leur siège en France)]. On élargit ainsi les conditions de validité du contrat. Lorsque les parties ont leur siège dans des Etats différents, la validité formelle du contrat est soumise à la loi de l'une ou de l'autre partie.

Il y a une rupture entre la Convention de Rome et Rome 1. La Convention prévoyait le rattachement à la règle *locus regis actum* et la loi applicable au contrat. Dans le règlement Rome 1 on vise d'abord la règle applicable au contrat puis le « *locus regis actum* ».

L'article 11 prévoit pour certains contrats des règles de rattachement spéciales. L'article 11§4 pose la règle selon laquelle la forme du contrat est régie exclusivement par la loi du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle. L'article 11§5 traite des contrats portant sur un immeuble [Ex : vente]. En la matière, sont impérativement applicables les règles de validité formelle de la loi du lieu de situation de l'immeuble.

## II. L'exécution du contrat

L'article 12 Rome 1 définit le domaine de la loi contractuelle. La loi applicable au contrat va gouverner l'interprétation et les obligations découlant du contrat, toutes les conséquences de l'inexécution du contrat (règles de responsabilité contractuelle) ou celles résultant de sa nullité.

## **CHAPITRE 2 :**

# **LE CONTRAT DE VENTE INTERNATIONALE DE MARCHANDISES**

Le contrat de vente internationale de marchandises est prédominant en droit du commerce international. Au-delà des mécanismes conflictuels, les instances internationales ont réfléchi à l'élaboration d'un instrument universel pour la vente internationale de marchandises. Cette réflexion s'est faite dans deux directions. D'abord, la réflexion tendant à élaborer un corps de règles de conflit de lois ayant pour objet les conflits relatifs à la vente internationale de marchandises. La deuxième réflexion était d'élaborer des règles substantielles en matière de vente internationale de marchandises. La Convention de Vienne de 1980 constitue aujourd'hui un des deux exemples de conventions universelles et élabore un corps de règles important en la matière.

### **I. Les tentatives de création d'un corps de règles relatif à la vente internationale de marchandises**

Il y a eu plusieurs tentatives de constitution de corps de règles relatifs à la vente internationale de marchandises.

La **Convention de la Haye du 15 juin 1955** et la **Convention de la Haye du 22 décembre 1986** sont des conventions sur les conflits de lois relatives à la vente internationale de marchandises. La première porte sur la vente d'objet mobilier corporel et la deuxième porte sur la vente internationale de marchandises. Ces deux conventions n'ont pas suscité beaucoup d'engouement de la part des Etats. Elles n'ont été que relativement peu ratifiées. La seconde n'a que deux Etats parties et n'est donc pas applicable. La Convention de 1955 est applicable notamment à la France puisqu'elle l'a ratifiée. Son article 2 pose une règle simple : la vente d'objets mobiliers corporels est gouvernée par la loi applicable choisie par les parties. A défaut de choix de loi, la Convention de la Haye (1955) prévoit que cette vente aura pour loi applicable la loi d'établissement du vendeur au moment de la conclusion du contrat.

Ces conventions rentrent en concurrence directe avec le règlement Rome 1. On se demande si un juge français, confronté à un conflit de lois relatif à un contrat de vente internationale de marchandises, va devoir appliquer Rome 1 ou la Convention de la Haye 1955. Ces deux instruments internationaux sont parfaitement applicables sur le territoire français. Pas de réponse. La doctrine s'est demandé si les règlements prévalaient sur les conventions internationales. Cette question partage la doctrine. Si la Cour de cassation n'a pas tranché la question c'est que cette question n'a pas d'intérêts notamment parce que les deux instruments prévoient les mêmes règles.

La **Convention de la Haye de 1958 sur la loi applicable au transfert de propriété en cas de vente** est une convention essentielle. On aurait pu y trouver un outil universel concernant le transfert de propriété. Le problème c'est que cette convention n'a pas été suffisamment ratifiée et n'est donc pas applicable.

### **II. La Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises (= CVIM)**

La CVIM est l'instrument principal aujourd'hui. Cette convention est un exemple de succès rencontré par les conventions uniformes en matière de commerce international puisqu'elle a été ratifiée par 84 parties. Le dernier Etat partie à l'avoir ratifiée le 18 décembre 2015 c'est le Vietnam. Madagascar applique la CVIM depuis octobre 2015. Au-delà du nombre, c'est la diversité des pays qui appliquent cette convention qui est marquante. Certains pays ont des modèles d'économie administrée (Vietnam) et d'autres des modèles libéraux (Etats-Unis, France, Italie, Allemagne). Certains pays, très peu présents sur le terrain du commerce international (Madagascar et autres pays d'Afrique) sont encore partis à la CVIM.

La CVIM se présente formellement comme un ensemble de plus d'une centaine d'articles divisés en quatre parties : 1. Champ d'application et dispositions générales (notamment d'interprétation) ; 2. Formation du contrat ; 3. Obligations de l'acheteur et du vendeur ; 4. Dispositions finales. Ces règles d'interprétation sont

décisives jusqu'aujourd'hui, ce sont les juridictions de 84 pays dans le Monde qui sont tenus de l'application de cette convention. L'ONU a mis en place, une banque de donnée de l'application de la CVIM. Les Etats parties ont l'obligation de transmettre les cas d'application de la convention. Tout un travail se développe autour pour savoir quelle interprétation est faite de la CVIM. Certains systèmes juridictionnels acceptent la prise en compte de des décisions étrangères. Par exemple, le juge allemand vient se référer à la manière dont le juge étranger appréhende telle ou telle disposition de la CVIM.

## **A. Le champ d'application de la CVIM**

### **1) Le champ d'application matériel de la CVIM**

Le champ d'application matériel de la CVIM c'est la vente internationale de marchandises. Les **articles 2 et 3 CVIM** permettent de mieux comprendre à quel type de vente de marchandises la CVIM a vocation à s'appliquer. Les rédacteurs ont fait le choix de donner une définition négative du champ matériel. Les articles précités édictent les situations qui ne sont pas des situations de vente internationale de marchandises et qui ne sont par conséquent pas gouvernées par la CVIM. Sont exclues la vente de consommation (vente de marchandises pour un usage personnel), la vente judiciaire, etc. Pas plus que la convention nous dise que c'est une vente de marchandise, la CVIM ne dit pas ce qu'est une « marchandise ». On le sait d'autant moins que la notion de « marchandise » est tout sauf une notion juridique. En droit, on ne connaît que les biens meubles corporels et incorporels. Dans le guide pratique élaboré par les rédacteurs de la CVIM, les rédacteurs insistent sur le fait qu'il faut dépasser cette distinction juridique au profit de la notion de « marchandise ». L'article 3 CVIM éclaire la notion de « marchandise à fabriquer ». On distingue contrat de vente et contrat d'entreprise (= contrat de fourniture de service). La CVIM s'intéresse à l'économie et à la répartition des valeurs économiques à la faveur des contrats. L'article 3§1 CVIM s'attache à « la part essentielle des éléments matériels nécessaires à la fabrication ». L'article 2§3 CVIM s'attache à « la part prépondérante des obligations ».

La jurisprudence s'est demandé si un contrat portant sur l'exploitation d'un logiciel est un contrat de VIM. Les juridictions ont fait des contestations de fait : est-ce un logiciel standard ou est-ce un progiciel (= logiciel conçu à la demande) ? S'il est standard, on applique la CVIM. Si c'est un progiciel, on tombe sous l'empire de l'article 3 de la CVIM. La CVIM est construite pour les opérateurs du commerce international dans une logique de commerce internationale. Elle se moque des qualifications de droit privé. C'est pour cela qu'on a toujours des raisonnements économiques. Les avocats ne sont pas forcément imprégnés de l'esprit de la convention. La CVIM veut des réalités économiques : pas la peine de rentrer dans des divagations autour des biens meubles corporels, incorporels, etc. La convention ne veut pas une application propre à la France, à l'Italie, à Madagascar, etc.

### **2) Le champ d'application spatial de la CVIM**

Le champ d'application spatial. L'**article 1 CVIM** prévoit quand est-ce qu'elle s'applique. Il y a deux critères possibles de mise en application de la convention.

1/ **L'article 1 a)** prévoit : « La convention s'applique à une VIM lorsque les parties ont leur établissement respectif dans des Etats différents ». On ne se pose donc la question de savoir si la convention s'applique que si l'acheteur et le vendeur sont dans des lieux différents (≠ Rome 1).

Le vendeur a sa résidence sur un Etat contractant et l'acheteur a sa résidence sur un autre Etat contractant. [Ex : Le vendeur est établi en France et l'acheteur en Italie]. L'application est automatique. Pas besoin de rentrer dans les détails du conflit des lois.

2/ « Lorsque les règles de droit international privé mènent à l'application de la loi d'un Etat contractant » (**article 1 b)** de la CVIM). Au sein de l'UE, deux Etats ne sont pas parties à la CVIM : le Portugal et le Royaume-Uni. Dans l'hypothèse où un vendeur français vend des coussins à un acheteur anglais, cette vente n'est-elle pas soumise à la CVIM ? La convention ne peut pas s'appliquer au titre de l'article 1 a). Donc on regarde le rattachement objectif de l'article 1 b). Devant le juge français, le rattachement objectif aboutit à la désignation de la loi française et donc la CVIM est applicable. Si on va devant le juge anglais, la Convention ne s'applique pas mais le Royaume-Uni est partie à Rome 1. La loi applicable à la vente est la loi de la résidence habituelle du vendeur.

**Cass, com, 13 septembre 2011** : « *La Convention de Vienne constitue le droit substantiel français de la vente de marchandises et institue ainsi un droit uniforme sur les ventes internationales des marchandises* ».

Les parties à un contrat de vente peuvent exclure l'application de leur contrat à la CVIM soit en décidant de soumettre leur contrat à la loi d'un Etat non contractant soit par un choix exprès d'un dispositif d'exclusion de la CVIM. L'**article 6 CVIM** : « Les parties peuvent exclure l'application de la présente Convention ou, sous réserve des dispositions de l'article 12, déroger à l'une quelconque de ses dispositions ou en modifier les effets ». La **CVIM est un instrument supplétif** de la volonté des parties. En d'autres termes, la seule limite à la mise en œuvre de la CVIM c'est la volonté expressément exprimée par les parties de ne pas être liées par elle. Si les parties ne choisissent rien, la CVIM s'applique.

## **B. L'interprétation de la CVIM**

La CVIM répond à deux considérations en termes d'interprétation. Les articles 7, 8 et 9 de la CVIM doivent retenir l'attention. Lorsque le juge est amené à appliquer la convention, il doit tenir compte de son caractère international, il doit promouvoir l'uniformité de son application et assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international. L'**article 7 CVIM** est souvent oublié. C'est pourtant un moyen de construire une solution. Le principe de bonne foi sert à apprécier le comportement d'une partie. L'article 7§2 CVIM prévoit que lorsque la convention est muette sur un point donné, la solution doit être recherchée « *dans les principes généraux dont s'inspire la convention* ». A défaut d'identifier ces principes, la solution doit être recherchée conformément à la loi applicable à la vente telle qu'elle procède des règles de conflit de lois. Cette disposition a forgé l'une des solutions possible en présence d'un contrat de vente sans stipulation de prix. La CVIM poursuit en se référant aux « usages du commerce international ». L'article 9 CVIM prévoit que, sauf mention expresse, les parties sont réputées se référer aux usages de la branche concernée. Les incoterms ont une place dans le dispositif de la CVIM. **Jean-Michel Jacquet** analyse la CVIM comme étant un archétype d'une tentative de codification de la *lex mercatoria*. Sur ce point, l'article 8 insiste sur le fait que c'est le standard de l'opérateur du commerce international qui sera un des éléments d'appréciation de la mise en œuvre de la convention. Alors qu'en droit interne, on parle du « bon père de famille », en droit du commerce international on se réfère à une « personne raisonnable de même qualité qu'une autre partie ».

## **Section 1 : La conclusion du contrat de vente internationale de marchandises**

La CVIM est assez rapide sur la question de la conclusion du contrat.

Le **principe du consensualisme** prévaut en la matière. L'**article 11 CVIM** énonce : « Le contrat de vente n'a pas à être conclu ni constaté par écrit et n'est soumis à aucune condition de forme particulière ». En d'autres termes, le contrat peut être verbal, établi par sms, etc. Une relation contractuelle suivie n'a jamais été en réalité formalisée. Cette logique a pu poser des difficultés en raison de l'existence, dans certains pays contractants, de dispositions d'ordre public en matière d'écrit des contrats. Certains systèmes nationaux imposent l'écrit comme condition de formation du contrat. Les dispositions de l'article 12 autorisent le recours à une réserve pour ces Etats : le recours à l'écrit peut être autorisé par la CVIM. Cette réserve a longtemps été illustrée par la Chine qui exigeait que le contrat soit écrit. Depuis 2015, la Chine a levé sa réserve.

La conclusion du contrat pour la Convention procède de la **rencontre d'une offre et d'une acceptation** qui font toutes deux l'objet de définitions précises.

- L'offre répond à **trois conditions cumulatives** :
  - Il ne peut y'avoir offre selon la CVIM que lorsque « la proposition est adressée à une ou plusieurs personnes déterminées ». Un appel d'offre n'est pas une offre au sens de la CVIM mais une invitation aux pourparlers ;



- Pour être en présence d'une offre, celle-ci doit indiquer **la volonté de son auteur d'être liée en cas d'acceptation**. L'offre doit être libellée d'une certaine manière. Une réponse positive à l'offre permet de considérer que le contrat de vente est conclu ;
- La proposition doit être suffisamment précise. L'**article 14 CVIM** énonce : « La proposition doit désigner les marchandises et expressément ou implicitement fixer la quantité, le prix ou donner des indications permettant de les déterminer ». On ne peut pas stipuler d'offre avec réserve.

La conception de l'offre dans la CVIM est assez stricte. La CVIM complète le dispositif en prévoyant des règles particulières quant à la permanence de l'offre. Selon l'article 16 CVIM, l'offre est irrévocable lorsqu'elle est assortie d'un délai ou lorsqu'il était raisonnable pour le destinataire de la considérer comme telle. Lorsque l'offre n'est pas assortie d'un délai, elle demeure valable quand bien même les conditions extérieures de droit du commerce international ont changé.

- L'acceptation peut résulter d'une déclaration, d'un comportement indiquant que le destinataire accepte. Le silence ne vaut jamais acceptation. En droit, il faut dire pour consentir. Cette acceptation prend effet au moment où elle parvient au destinataire. La question de la ponctuation du processus d'acceptation est décisive. Cette question a eu beaucoup de sens jusqu'à aujourd'hui puisque l'acceptation se fait via un mail. La question de la durée, du délai, de la distance perd de son importance. C'est normal parce que la CVIM date de 1980. La formation du contrat peut donner lieu à une notion de contreproposition (= contre-offre). La réalité du commerce fait que l'on va négocier avant de conclure. On émet une acceptation sous conditions. Une offre donne lieu à une contre-offre qui donne de nouveau lieu à une acceptation. Le débat est de savoir quand est-ce qu'on bascule d'une acceptation à une contre-offre ou quand est-ce qu'une contre-offre peut être vue comme une acceptation ? La jurisprudence a inventé la notion d' « altération substantielle de l'offre ». La CVIM admet que un « oui mais » portant sur certaines données qui n'altèrent pas substantiellement l'offre initial constitue en vérité une acceptation. Elle considère, en son **article 19§3**, qu'altère substantiellement une offre les éléments relatifs au prix, au paiement, à la qualité, à la quantité, au lieu et moment de livraison, à l'étendue de la responsabilité, au règlement des différends (à peu près tout !). Beaucoup d'offres ne sont pas suffisamment attentifs aux dispositions de l'article 19 CVIM.

Le mécanisme de l'offre et de l'acceptation doit être nuancé. Il doit composer avec le fait que les opérateurs du commerce international, acheteur et vendeur, se dotent souvent de conditions générales de vente et d'achat. Comment combiner ces conditions générales avec le mécanisme d'offre et d'acceptation ? La CVIM reste attachée à la logique d'offre et d'acceptation. Dans l'hypothèse où un vendeur produit ces conditions générales de vente et que l'acheteur des conditions générales d'achat, si ces deux conditions ne se combinent pas, la CVIM s'appuie sur le mécanisme d'offre et de contre-offre. De cette manière, les opérateurs vont aboutir à un accord sur une vente. On doit se demander si les conditions générales créent des altérations substantielles. XX En droit interne, la technique utilisée est celle du consensus. Il y a accord sur ce qui peut ou ce qui se révélerait être commun des conditions générales de vente et d'achat. Il y a une réelle différence entre la manière dont la CVIM appréhende la formation du contrat de vente et la manière dont le droit civil français l'appréhende. La pratique montre l'importance des conditions générales en particulier lorsque les entreprises sont des PME.

## Section 2 : Les obligations des parties au contrat de vente internationale

### I. Les obligations du vendeur

C'est probablement du côté du vendeur que la CVIM innovait le plus en droit commun par rapport à une perspective française. Dans le Code civil et la CVIM, on retrouve deux obligations : obligation de délivrance et obligation de conformité. Il y a une innovation de la CVIM par rapport à la construction jurisprudentielle française qui a tendu à protéger davantage l'acheteur que le vendeur. La CVIM emprunte davantage une conception anglo-

saxonne qu'une conception civiliste des obligations du vendeur. La CVIM est plus attentive à la protection du vendeur qu'à celle de l'acheteur même si les obligations du vendeur sont strictes dans leur mise en œuvre.

A priori, lorsqu'on est vendeur à l'international, on a tout intérêt à se placer sous l'empire de la CVIM plutôt qu'au Code civil français. Pour autant, la pratique montre que les vendeurs français internationaux font souvent le choix de l'exclusion de la CVIM. Dans les conditions de vente qu'il édicte, il stipule une clause de choix de loi excluant la CVIM. Une explication qui peut être donnée tient à un mécanisme révolutionnaire en termes de conformité. Le Code civil français conceptualisait l'obligation de conformité par rapport aux vices cachés tandis que la CVIM avait une approche uniquement concentrée autour de la conformité elle-même. L'explication selon laquelle les vendeurs français n'utilisent que peu la CVIM est lié à la crainte d'abandonner les vices cachés. Cette situation a néanmoins évolué sous la pression des instruments européens qui ont fait leur la CVIM. Aujourd'hui, la différence qui pouvait exister entre le droit interne de la vente et le droit international de la vente s'est estompée et la CVIM fait de ce fait moins peur que par le passé.

### **A. L'obligation de livraison**

L'obligation de livraison est traitée par les **articles 30 et suivants CVIM**. La CVIM ne crée que des règles supplétives de la volonté des parties. L'article 30 de la CVIM prévoit que le vendeur doit exécuter son obligation de livraison selon les délais convenus avec l'acheteur. Cette livraison dans les délais convenus est envisagée comme une obligation essentielle. Sa méconnaissance est susceptible d'engendrer une rupture unilatérale du contrat de vente. La CVIM prévoit que, si les parties n'ont pas convenu de délais, alors le vendeur est tenu de livrer les marchandises dans un délai raisonnable à partir de la conclusion du contrat (article 33 CVIM). La CVIM précise ce qu'on doit entendre de la notion de « livraison de marchandises ». Elle s'entend de la marchandise elle-même et de l'ensemble des documents attachés à la marchandise (documents permettant le dédouanement des marchandises, leur mise sur le marché, etc.). Les documents attachés à la marchandise sont des documents juridiques permettant la mise sur le marché des marchandises.

La CVIM attache à la livraison une conséquence juridique qui est celle du **transfert des risques**. Les **articles 67 et suivants de la CVIM** font comprendre qu'à la livraison des marchandises est associée au transfert des risques. Tout ce qui se déroulera avant la livraison des marchandises sera supporté par le vendeur et tout ce qui se déroulera après sera supporté par l'acheteur. La CVIM ne lie pas le transfert des risques à une quelconque question de propriété. LA CVIM est muette sur la question de savoir quand intervient le transfert de propriété. Ce sera à la loi prévue dans le contrat qui permettra de savoir quand celui-ci interviendra. Souvent, les parties ont recours à la clause de réserve de propriété. Quand bien même la livraison des marchandises et le transfert des risques sont intervenus, le vendeur peut prévoir qu'il reste propriétaire des marchandises tant que l'acheteur n'a pas payé. Toutes ces questions sont le fruit de la négociation commerciale entre acheteur et vendeur.

C'est dans ce domaine que les usages du commerce international vont jouer. La CVIM prévoit qu'elle se combine avec ces usages. Le juge, lorsqu'il interprète le contrat de vente, doit avoir égard aux usages. Ces usages du commerce international ont fait l'objet de codifications privées (incoterms = conditions internationales de vente). Les incoterms ont été élaborés et modifiés par la Chambre de Commerce Internationale de Paris et constitue aujourd'hui les règles applicables au plan international en matière de livraison des marchandises vendues. Plus exactement, ces incoterms permettent de standardiser les conditions de prise en charge des marchandises, du transport de celles-ci, de leur assurance, des taxes et dédouanement leurs afférant et du transfert des risques. Aujourd'hui, sont applicables les incoterms 2010 qui sont des règles uniformes standardisées qui donnent une définition précise des obligations de l'acheteur et du vendeur par rapport aux marchandises. Certains incoterms 2010 modifient les incoterms 2000. Certains ont disparu et d'autres ont apparus. Dans le contrat de vente, il est nécessaire de préciser quel incoterms on utilise (2000 ou 2010). Ces incoterms sont aujourd'hui au nombre de 11. Il y a 11 clauses types regroupées en 4 familles et en 2 classes. Les classes ont pour objet de raisonner par rapport au vendeur. La préoccupation du commerce international c'est la situation du vendeur. Les 4 familles sont construites autour de l'étendue des obligations du vendeur. Il y a une logique croissante d'obligations pesant sur le vendeur : quasi-obligation et obligation. Ces familles sont E, F, C et D.

- Famille E : la livraison des marchandises se fait au siège du vendeur (obligation minimum) ;

- Famille F : le vendeur assume ses obligations jusqu'à la remise des marchandises à un transporteur désigné par l'acheteur
- Famille C : le vendeur assume les frais du transport principal jusqu'à un point désigné d'un commun accord.
- Famille D : le vendeur assume tous les frais et les risques jusqu'à la destination convenue.

Ces 4 familles ne préjugent pas d'un classement d'une distinction qui se fait entre deux grandes classes. Les 4 familles visent toutes des situations où la vente de marchandise appelle une opération de transport. La question est de savoir si le vendeur assume le transport et à quel point. Les incoterms distinguent selon les modalités de transport. Parmi les incoterms des 4 familles, on a des incoterms de première classe qui vont couvrir tout mode de transport (routier, ferroviaire, fluvial) et des incoterms de seconde classe qui ne concernent que le transport maritime voir le transport fluvial. A chaque incoterm correspond une série de règles précise.

La pratique montre que parmi les incoterms les plus utilisés, l'**incoterm Ex Works** joue pour n'importe quel type de transport. Il pose le principe selon lequel les marchandises sont mises à disposition de l'acheteur au siège du vendeur. C'est l'acheteur qui doit faire son affaire du chargement : il supporte l'ensemble des frais et des risques liés au transport des marchandises et il effectue l'ensemble des formalités douanières. Il y a une obligation minimale du vendeur. A l'opposé, on a l'**incoterm DDP** selon lequel le vendeur a le maximum d'obligation puisqu'il prend en charge le transport, assume les risques de perte et dommage jusqu'au lieu de destination, effectue l'ensemble des formalités douanières et assume tous les droits et taxes exigibles.

## B. L'obligation de conformité

Par l'obligation de conformité, la CVIM vise les questions de non-conformité, la garantie des vices-cachés et la garantie d'éviction. La CVIM pose la règle selon laquelle un vendeur doit livrer des marchandises dont la quantité, la qualité, le type sont conformes à ce qui a été stipulé dans le contrat de vente et dont l'emballage et le conditionnement correspondent à ce qui a été prévu dans le contrat de vente.

Le CVIM prévoit que l'obligation de conformité est soumise à un régime uniforme reposant sur la notion de **défaut de conformité** (= manquement au vices-cachés, à l'emballage, au conditionnement, etc.). Le principe c'est que le vendeur est toujours responsable de tout défaut de conformité dès lors qu'il existe au moment du transfert des risques peu important de savoir si ce défaut de conformité intervient postérieurement au transfert des risques. La seule limite à cette responsabilité objective du vendeur c'est l'hypothèse où l'acheteur connaissait ou ne pouvait ignorer l'existence du défaut de conformité. Le seul moyen pour le vendeur d'échapper à cette responsabilité c'est de prouver que l'acheteur avait connaissance de ce défaut de conformité. En contrepartie de cette obligation extrêmement lourde qui pèse sur le vendeur, la CVIM met en place un mécanisme procédural qui repose sur une démarche active de l'acheteur. En d'autres termes, l'acheteur, pour pouvoir être garanti de cette conformité, va être tenu d'une action positive strictement encadrée qui sera la condition du bénéfice de la conformité. En d'autres termes, le vendeur ne pourra échapper à son obligation de conformité que dans deux hypothèses : une hypothèse de fond précitée et si l'acheteur n'a pas respecté la procédure qui lui est imposée par la CVIM.

L'**article 38 CVIM** prévoit qu'en toutes circonstances l'acheteur doit examiner ou faire examiner les marchandises délivrées dans un délai aussi bref que possible à compter de la livraison. Si lors de cet examen, l'acheteur constate un défaut de conformité, il doit alors dans un délai raisonnable dénoncer le défaut de conformité avec les précisions suffisantes. Ce délai est enserré dans un délai de déchéance (**article 39 CVIM**). Cette question est celle qui suscite le plus de contentieux. La CVIM prévoit que l'acheteur est déchu de son droit à garantie s'il ne l'exerce pas dans un délai de 2 ans à compter de la livraison de la marchandise. En d'autres termes, si on ne procède pas à l'examen du défaut de conformité dans un délai raisonnable le tout dans un délai de 2 ans, l'acheteur perd son droit d'action. Les acheteurs ne procèdent pas immédiatement à la vérification des marchandises. **Cass, com, 27 décembre 2012** (fiche de TD) : assignation en résolution en 2007 suite à un produit défectueux. L'acheteur s'appuie sur la non-conformité du produit. Le vendeur demande le paiement de la marchandise et une indemnité pour rupture brutale du contrat. La Cour de cassation se prononce sur la conformité. Elle considère que la Cour d'appel a à bon droit considéré que l'acheteur était déchu de son droit de se prévaloir d'un défaut de conformité. La Cour d'appel dit : « l'acheteur doit examiner dans un délai aussi bref que possible les marchandises et dénoncer dans un délai raisonnable le défaut ». la dénonciation a été une

dénonciation globale alors que le contrat de vente était à exécution successive entre 2003 et 2009. Il y a deux ans pour dénoncer « à compter de la livraison des marchandises ». L'acheteur a agi en 2007, il ne pouvait dénoncer qu'en 2005.

**Cass, com, 4 novembre 2014** : des sapins sont achetés à un exploitant forestier au Danemark. L'acquéreur refuse de payer le prix en arguant de la non-conformité de la marchandise. Le lyonnais avait demandé des sapins de Noël et le danois avait envoyé des sapins de reforestation. Le débat était de savoir s'il y avait une connaissance du défaut de conformité. La Cour de cassation dit que certes l'acheteur a procédé à un examen aussi bref que possible (quelques heures). En revanche, elle constate que le vendeur n'avait pas dénoncé dans un délai raisonnable à compter de sa constatation la conformité. Cette affaire est intéressante parce qu'à cette occasion, un moyen soulevé par l'acquéreur était la présomption de connaissance du défaut de conformité des marchandises par le vendeur professionnelle (construction jurisprudentielle française). L'acquéreur s'appuyait sur la jurisprudence du Pain-Maudit du Pont Saint-Esprit. Dans cette affaire, la Cour de cassation avait considéré qu'il y avait une présomption de vice caché. L'acquéreur dit qu'au-delà de la CVIM, cet usage doit prévaloir. La Cour de cassation refuse catégoriquement en considération de l'article 7 CVIM et par référence aux principes généraux dont elle s'inspire.

Si le vendeur a manqué à son obligation de conformité et son obligation de livraison, la CVIM autorise l'acheteur à exiger une exécution en nature, à demander une réduction du prix et à obtenir la résolution du contrat. La CVIM assume une sorte de gradation dans ses obligations. Si l'acheteur a dénoncé le défaut de conformité dans les conditions de l'article 39 CVIM, il peut demander immédiatement l'exécution en nature (remplacement des marchandises, réparations). L'article 47 CVIM permet à l'acheteur d'obtenir une réduction du prix. Plutôt que d'aller directement à la résolution du contrat et mettre fin à la relation contractuelle, on va chercher à aménager son exécution.

## **II. Les obligations de l'acheteur**

Les obligations de l'acheteur sont au nombre de deux. La première est de prendre livraison des marchandises. La seconde est de payer le prix des marchandises.

### **A. La prise de livraison**

Selon l'article 60 CVIM, l'acheteur doit retirer la marchandise lorsqu'elle est à sa disposition. Cela suppose qu'il faut définir le lieu de livraison. L'acheteur doit « accomplir tout acte qu'on peut raisonnablement attendre de lui pour permettre au vendeur d'effectuer la livraison ». En réalité, cette formule se comprend à la lumière des incoterms. Dans l'obligation de prise de livraison, il y a l'acte matériel (= réception des marchandises) mais également toutes les procédures qui peuvent en découler. On comprend l'article 60 que par rapport aux obligations de délivrance qui ont été celles désignées par la convention par le vendeur.

### **B. L'obligation de paiement du prix**

L'acheteur doit payer le prix contractuellement convenu. Ce paiement du prix s'entend aussi de toutes les mesures à accomplir, toutes les formalités à accomplir qui permettent l'effectivité du paiement du prix. Ex : le paiement du prix est soumis à un change de monnaie, l'acheteur doit alors faire son affaire de ces questions de contrôle des changes. Si le paiement s'opère par virement, l'acheteur paie les charges liées au virement international. Le prix payé au vendeur doit être le prix net tel que stipulé dans le contrat.

Cette question de stipulation du prix emporte deux observations. D'abord, où le paiement doit-il intervenir ? Le paiement est-il portable ou quérable ? La Convention de Vienne retient une solution plutôt dans la ligne d'un paiement portable. L'article 57 CVIM prévoit que, par principe, le paiement se fait soit à l'établissement du vendeur, soit se fera au lieu de remise des marchandises par le vendeur si les parties l'ont convenu. En droit français, le paiement est quérable.

L'acheteur doit payer le prix à la date fixé par le contrat sans qu'aucune demande particulière n'ait à être requise de la part du vendeur. C'est le principe d'automaticité du paiement.

L'acheteur doit payer le prix convenu au contrat. Or, si l'on prend les articles 14 et 55 de la CVIM, on constate une contrariété rédactionnelle. L'article 14 CVIM prévoit : « une proposition est suffisamment précise lorsqu'elle est fixe le prix ou donne des indications pour le déterminer ». L'article 14 fait de la déterminabilité du prix une condition de la formation du contrat. A contrario, l'article 55 prévoit que le contrat de vente peut être formé sans qu'un prix soit stipulé. Pourtant, l'article 55 CVIM dit que l'acheteur doit payer le prix. Il n'y a pas de solution qui prévale à cette contrariété. Il y a deux manières de lire cette contrariété. La première solution consiste à considérer que la CVIM avec son article 55 déroge au droit français et donc doit recevoir application. La question de la validité du contrat de vente n'est pas du ressort de la CVIM elle-même mais du ressort de la loi applicable telle que désignée par une règle de conflit. Si on est en présence d'un contrat de vente internationale sans prix, on recherche la loi applicable à ce contrat. Une deuxième solution consiste à dire que plutôt que de se reporter à la loi applicable au contrat désignée par la règle de conflit, il faut utiliser les dispositions générales de la CVIM en particulier au regard de l'article 7§2 CVIM. Il dispose : « Les questions concernant les matières régies par la présente Convention et qui ne sont pas expressément tranchées par elle seront réglées selon les principes généraux dont elle s'inspire ou, à défaut de ces principes, conformément à la loi applicable en vertu des règles du droit international privé ». Cet article est lire en le combinant à l'article 9 CVIM qui prévoit que les parties sont liées aux usages dont elles ont l'habitude. L'absence de prix stipulé ne signifie pas forcément invalidité du contrat. En droit du commerce international, les ventes peuvent dépendre de la bourse. Ce débat théorique n'a pas de réelle pertinence pratique.

Le vendeur peut exiger la prise de marchandises et le paiement du prix avec l'esprit de maintenir le contrat. Si l'acheteur ne s'exécute pas, le vendeur peut demander la résolution duc contrat.

### **Section 3 : L'exécution du contrat de vente internationale de marchandises**

Comment sanctionner l'inexécution d'une partie au contrat ? Il y a une gradation des sanctions en cas d'inexécution d'une ou de plusieurs obligations des parties au contrat. La CVIM est attentive à l'aménagement de l'exécution des obligations. Elle met en place des mécanismes préventifs en matière d'inexécution, palliatifs en matière d'inexécution. En dernier recours, il y a la résolution ou résiliation du contrat. Si en droit français cette résiliation nécessite l'intervention du juge, la résiliation est de plein droit dans la CVIM. Tout va être fait pour éviter que cette sanction soit mise en œuvre.

Les articles 71 et 72 de la CVIM permettent d'anticiper le fait qu'une partie risque de ne pas exécuter ses obligations. Une partie pourra différer l'exécution de ses propres obligations lorsque l'autre partie n'exécutera pas elle-même une part essentielle de ses propres obligations en particulier en raison de son insolvabilité ou d'une insuffisance grave dans sa capacité d'exécution. La partie qui diffère l'exécution doit immédiatement en informer l'autre partie. Si l'autre partie lui donne des assurances suffisantes de bonne exécution alors la première a l'obligation de s'exécuter. L'échange d'informations dans le contrat de vente est clé. Il faut des démarches actives des parties au contrat. Dans l'article 72 CVIM, il, est prévu que si une partie va commettre ce que la CVIM appelle une contravention essentielle : lorsqu'une partie ne peut pas exécuter une obligation essentielle au contrat, l'autre partie peut déclarer la résolution unilatérale mais à condition de notifier l'intention de résoudre le contrat à l'autre partie et ce dans des conditions raisonnables. Les articles 71 et 72 sont des éléments préventifs aux sanctions.

Les sanctions interviennent lorsqu'une obligation d'une partie à l'égard d'une autre partie est de nature à lui causer un préjudice. Elles donnent lieu à un droit à réparation.

La CVIM va relativement loin puisqu'elle va clairement donner une définition des préjudices réparables. Elle pose un certain nombre de principes. Le principe c'est que le préjudice est calculé sur la base de la perte subie et du gain manqué sous réserve de ne pas dépasser le montant du dommage initialement prévu. La CVIM a fait le choix de la réparation intégrale du préjudice. Il n'y a pas de mécanisme de sanction prévu par le droit anglo-saxon. La CVIM ne prévoit pas que le dol ou la faute lourde soit de nature à aggraver le quantum des dommages-intérêts.

La CVIM contient, à son article 77, une règle inspirée de la common law. C'est la règle dite de modération des dommages-intérêts. Cet article dispose : « La partie qui invoque la contravention au contrat doit prendre les mesures raisonnables, eu égard aux circonstances, pour limiter la perte, y compris le gain manqué, résultant

de la contravention. Si elle néglige de le faire, la partie en défaut peut demander une réduction des dommages-intérêts égale au montant de la perte qui aurait dû être évité ». Si la victime ne peut pas montrer qu'elle a eu cette démarche, l'auteur du préjudice pourra obtenir une diminution de ces dommages-intérêts.

La CVIM admet un mécanisme d'exonération d'exécution. Elle prévoit les conditions dans lesquelles une partie pourra échapper à l'inexécution de ses obligations. La CVIM emprunte au droit civil et à la common law. **L'article 79 CVIM** dispose : « Une partie n'est pas responsable de l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations si elle prouve que cette inexécution est due à un empêchement indépendant de sa volonté et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre d'elle qu'elle le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'elle le prévienne ou le surmonte ou qu'elle en prévienne ou surmonte les conséquences ». Un événement irrésistible, imprévisible renvoie à la force majeure. La CVIM prévoit que la partie qui est empêchée de remplir son obligation pour ce motif de force majeure doit avertir l'autre partie dans un délai raisonnable de l'empêchement qui est le sien et des conséquences de cet empêchement sur l'exécution du contrat. Pour pouvoir prétendre à une sorte d'immunité de l'inexécution de son obligation, la partie doit prouver les critères de la force majeure et informer le créancier de l'obligation inexécutée. C'est cette double condition qui permet le jeu de l'article 79 CVIM. L'obligation d'information est souvent oubliée par les opérateurs du commerce international.

Si ces éléments ne jouent pas et si la contravention est bien essentielle, alors la CVIM permet une résolution unilatérale de ce contrat par la partie qui y a intérêt. Comme toute résolution, elle conduit à un anéantissement rétroactif du contrat, chaque partie étant appelé à restituer à l'autre ce qu'elle avait déjà reçu. Parce qu'elle suppose des restitutions, elle est rarement mise en œuvre d'autant plus dans un contexte international.

## TITRE 3 :

# L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL

---

On envisagera en introduction la coexistence des sources internes et internationales. Le droit français de l'arbitrage international tel qu'abordé par le décret du 13 janvier 2011 constitue une référence chez les spécialistes du règlement des litiges : le droit français de l'arbitrage est un modèle dans l'ordre international. Les juristes français sont les meilleurs spécialistes de l'arbitrage international. Paris est l'une des 4 grandes places de l'arbitrage international avec Hong Kong, Genève et Londres. La CCI de Paris est très prisée.

### I. La notion d' « arbitrage commercial international »

① « Arbitrage » : il n'y a pas de définition claire et précise acceptée par tous de ce qu'est l'arbitrage. La doctrine a dégagé une définition. **Charles Jarosson** le définit comme « *une institution par laquelle un tiers règle un différend qui oppose deux ou plusieurs parties en exerçant une mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celle-ci* ». Cette définition permet d'opérer une synthèse entre deux courants : le courant juridictionnel et le courant conventionnel.

- **Courant juridictionnel** : Jarosson insiste sur le fait que l'arbitrage est un mode juridictionnel de règlement du litige. Ce n'est pas un mode alternatif comme la médiation, la négociation, etc.
- **Courant conventionnel** : ce courant insiste sur le fait que ce qui fait l'arbitrage c'est la convention des parties au litige. Selon ce courant, il n'y a de mission juridictionnelle que parce qu'il y a un contrat. La mission serait « confiée à un tiers par les parties ».

**Quels sont les enjeux de cette distinction ?** – L'une des conditions de l'exercice de l'arbitrage c'est l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre. Sous l'angle du courant juridictionnel, on analyse ces conditions à l'aune des conditions qui sont faites au juge étatique. On se réfère alors au CPC qui fixe les cas de récusation du juge. Le droit positif insiste aujourd'hui davantage sur l'aspect contractuel de l'arbitral. Il existe un contrat entre les parties et l'arbitre. L'élément clé c'est alors les vices du consentement. On rattache alors les conditions d'impartialité et d'indépendance au consentement des parties et à l'obligation d'information pesant sur l'arbitre. L'arbitre est obligé de signaler aux parties tout élément qui serait de nature à altérer l'une de ces conditions. Ce débat n'est donc pas qu'un débat dogmatique : il a des enjeux pratiques.

② « Commercial » : il faut prendre ce terme au sens large et ne pas l'appréhender en opposition avec la notion « civil ». On pourrait utiliser le terme « affaire ». Relèvera de l'arbitrage commercial tout litige susceptible de soulever des problèmes du commerce international. Cela rejaille avec certaines appréhensions à la limite de la commercialité par exemple parce que les entités publiques sont présentes.

③ « International » : on prend également ce terme au sens large. La conception de l'internationalité qu'on se fait est plus économique que juridique (doctrine Matter). L'**article 1504 CPC** dispose qu' « est internationale l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international ». Cette question n'est pas qu'une question de qualification entre interne et international. Il faut faire **deux observations** :

- **La qualification d'interne ou d'international en matière d'arbitrage** – Cette question est décisive notamment en droit français qui connaît un système dualiste. En droit français, il y a un droit français de l'arbitrage interne et un droit français de l'arbitrage international. Il y a de nettes différences entre les deux (arbitrabilité, procédure contre les sentences arbitrales). Le critère de l'internationalité est donc essentiel en ce qu'il permet de dire si on est dans un arbitrage interne ou international. D'autres pays ont fait le choix d'un système moniste où le droit interne et international de l'arbitrage est le même (Algérie, Allemagne). Le système français d'arbitrage international procède néanmoins à un renvoi à l'arbitrage interne français. [Ex : **CA Paris, 17 février 2015 – Bernard Tapis c. CDR** : peut-on obtenir la révision de l'une des sentences prononcées par un tribunal arbitral ? L'arbitrage est-il interne ou international ? La procédure de révision existe dans les deux systèmes mais en arbitrage interne, la

procédure est portée devant le juge étatique. En matière internationale, la révision se fait devant le tribunal arbitral lui-même. La CA de Paris a considéré que l'arbitrage était interne quand bien même l'arbitrage mettait en évidence une personne morale de droit français (CDR) et une personne morale de droit allemand (BT AMDH). Selon elle, il y a eu des « flux financiers » mais ceux-ci se concentraient sur le territoire français].

- **La caractérisation de l'internationalité** – [Cass, 1<sup>ère</sup> civ, 26 janvier 2011](#) + [Cass, 1<sup>ère</sup> civ 20 novembre 2013](#) : le caractère interne ou international de l'arbitrage ne dépend pas de la procédure, de la question du droit applicable mais de la « nature de l'opération économique qui est à l'origine du litige ». La qualification interne ou internationale d'un arbitrage est déterminée en fonction de la nature des relations économiques à l'origine du litige et ne dépend pas de la volonté des parties. Cette opération de qualification ne dépend pas des parties, du tribunal arbitral en lui-même mais en réalité du juge étatique qui, en dernière analyse, sera le gardien de cette qualification et devra restituer à l'arbitrage sa nature exacte.

## II. Les avantages et inconvénients de l'arbitrage commercial international

### A. Les tempéraments à l'arbitrage commercial international

L'arbitrage international est le mode de règlement privilégié des litiges du commerce international. Cette affirmation doit être nuancée. D'une part, à côté de l'arbitrage des modes amiables ou alternatifs de règlement des litiges se développent (conciliation, médiation, expertise, transaction). Les mutations du droit du commerce international emportent des mutations du règlement des litiges. Par exemple, l'arrivée des opérateurs du sud-est asiatique a conduit à l'augmentation du recours au mode amiable parce que c'est la tradition des opérateurs de ce pays. [Ex : Au Vietnam, la loi prévoit l'obligation de recourir à la conciliation ou la médiation lorsqu'il y a un problème d'exécution du contrat. Ce n'est qu'en cas d'échec de ces modes que l'on peut recourir à l'arbitrage]. Les acteurs français ont encore beaucoup de mal à comprendre la place du règlement amiable qu'ils considèrent « folklore ».

**L'élaboration d'outils de conflit de juridiction (Bruxelles 1 et Bruxelles 2)** a simplifié le recours au juge étatique dans le commerce « régionale ». Les solutions qu'apportent le maniement de ces outils est parfois largement préférable à l'arbitrage commercial international. En contentieux intra-européen, le règlement Bruxelles 1 a supplanté le recours à l'arbitrage commercial international. Pour le reste des litiges du commerce international, l'arbitrage constitue un mode habituel de règlement des litiges. En raison de sa nature juridictionnelle, l'arbitrage offre une sécurité certaine dans la mesure où il débouche sur une solution définitive (sentence arbitrale) qui est un acte juridictionnel auquel est attachée l'autorité de la chose jugée. C'est ce caractère définitif de la sentence qui fait primer l'arbitrage commercial international sur la conciliation ou la médiation.

### B. Les avantages de l'arbitrage commercial international

Le juge étatique est très favorable à l'arbitrage. Il rend des arrêts exprimant le principe de faveur à l'arbitrage. Entre deux interprétations, le juge fait souvent faveur à celle de l'arbitrage en le consolidant.

① **La confidentialité** – L'arbitrage repose sur un principe de confidentialité (≠ secret) souvent recherchée par les opérateurs du commerce international. En recourant à l'arbitrage, les opérateurs privilégient une logique de confidentialité : l'arbitrage n'est connu que des parties, de leurs conseils et des arbitres. Les conseils et arbitres sont tenus par une obligation de secret sur l'existence de la procédure et sur la solution. L'arbitrage se déroule dans une logique de huis-clos à l'opposé de la justice publique. Le recours au juge étatique met à mal cette confidentialité.

② **Une juridiction spécialisée** – Les parties choisissent l'arbitre et constituent le tribunal arbitral en fonction de caractéristiques techniques et linguistiques liées au litige. Les parties peuvent constituer un tribunal arbitral de haute expertise sur un sujet déterminé.

③ **La célérité de la procédure** – L'arbitrage est rapide, efficace là où le juge étatique met parfois plusieurs années. Cet avantage est difficile à établir du fait du comportement des parties ou de l'arbitre, des distances et autres qui peuvent prolonger la procédure. [Ex : La langue officielle de la CIETAC en Chine est le



mandarin. Un opérateur étranger devra tout traduire du mandarin]. [Ex: L'affaire NIOC a commencé en 1976 et n'est toujours pas terminée en 2016].

### C. Les inconvénients de l'arbitrage commercial international

① **Le coût** – L'arbitrage est une juridiction qui a un coût puisqu'il faut rémunérer les experts, les conseils et l'arbitre. En droit anglo-saxon, le coût de l'arbitrage est un avantage parce que c'est moins cher que la procédure de discovery devant le juge étatique. Aujourd'hui, l'arbitrage tend de plus en plus à être présenté comme un avantage.

Certains modes de règlement d'arbitrage ne sont pas adaptés aux modalités de litiges auxquels le contrat peut donner naissance. [Ex: Contrat d'ingénierie conclu entre une PME française et une société indienne. Le versement de licence annuelle est de 25.000 euros. La PME n'a pas fait attention à la clause de règlement de litige prévoyant un arbitrage CCI. La société française enclenche la procédure avec un avocat qui n'y connaît rien. La CCI demande 140.000 euros avant de commencer la procédure (5 ou 6 années de chiffre d'affaire). Une fois la clause compromissoire signée, celle-ci devient obligatoire. ].

② **L'absence de force contraignante** – L'arbitrage n'est pas une justice aussi contraignante que celle de l'Etat. Seule la justice de l'Etat peut être assortie de ce caractère exécutoire. Si la partie ne s'exécute pas, on passera par la procédure d'exequatur.

Arbitrage institutionnel et arbitrage ad hoc : Pour sécuriser l'arbitrage, se sont créées des institutions de droit privé organisant des procédures d'arbitrages (CCI). L'arbitrage ad hoc est un arbitrage organisé par les parties elles-mêmes. Quel arbitrage faut-il privilégier ?

## III. Les sources du droit de l'arbitrage international

### A. Les sources étatiques

#### 1) Les sources textuelles

Les articles 1504 à 1527 CPC procèdent de la réforme de 2011 et constituent le cœur des règles de l'arbitrage international en France. Certaines règles relatives à l'arbitrage interne ont vocation à s'appliquer à l'arbitrage international notamment par le biais de l'article 1506 CPC qui procède à un renvoi. Si l'arbitrage international est soumis à la loi française pour ce qui est de la procédure alors c'est 1504 à 1527 + les règles internes de 1506.

Les articles 2059 à 2061 du Code civil contiennent des dispositions sur les conventions d'arbitrage aussi bien en arbitrage interne qu'international. Les articles 2060 et 2061 ne sont pas interprétés de la même manière par le Conseil d'Etat et la Cour de cassation. Ils sont aujourd'hui en discussion dans le cadre du projet de loi « justice pour 21ème siècle ». Le nouveau Garde des Sceaux a exprimé des réserves à l'égard de ce projet.

#### 2) Les sources jurisprudentielles

Ces sources jurisprudentielles sont constitutives de règles matérielles de droit international privé. Elles posent le principe d'aptitude de droit international public.

### B. Les sources intra-étatiques

La Convention de New-York du 10 juin 1958 relative à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales. Cette convention lie près de 150 Etats parties. Cette convention assure les conditions de la réception des sentences arbitrales étrangères sur le territoire national. La Convention a été édictée en 1958 avec l'idée de faciliter l'accueil des sentences en limitant les conditions d'exequatur de ces sentences. L'idée était le principe

d'exequatur de plein droit des sentences. Toute sentence étrangère peut à priori être exécutée sauf à ce que le défendeur démontre que certains motifs de l'article 5 de la Convention s'opposent à cette exécution. Lorsque se pose la question du recours à l'arbitrage, le réflexe est de savoir si la décision sera exécutée et donc de regarder la liste des Etats parties à la Convention de New-York. En France, il faut attendre les arrêts Munzer et Bachir pour qu'une décision étrangère puisse produire ses effets en France.

La Convention de Washington du 18 mars 1965 réunit 160 pays dans le Monde. Elle s'applique à tout litige arbitral s'intéressant à l'investissement opposant un Etat à une personne privée. Elle a entraîné la création d'un centre d'arbitrage pour les litiges de la CIRDI. Elle connaît un franc succès parce que la plupart des traités bilatéraux d'investissement (TBI) renvoie à la Convention de Washington et à la CIRDI. Si le TBI UE-Etats-Unis se concrétise, le recours à la CIRDI disparaîtrait au profit d'une cour euro-américaine.

La CNUDCI est à l'origine de droit source de l'arbitrage avec la loi CNUDCI sur l'arbitrage et le règlement d'arbitrage qui sont des outils non-contraignants dont la raison d'être est de fournir aux Etats ou aux parties à l'arbitrage des éléments d'inspiration pour mener à bien les procédures. La loi CNUDCI a servi de modèle à des pays différents comme l'Algérie et l'Allemagne qui sont identiques. A l'inverse, la France et la Suisse ont une vraie tradition de l'arbitrage internationale et ont conservé leurs propres modèles d'arbitrage. La loi CNUDCI est un modèle mis à disposition des parties.

### **C. Les sources extra-étatiques**

Elaboration d'un règlement d'arbitrage qui est une source non négligeable de l'arbitrage mais aussi de textes émanant de chambres professionnelles conduisant à l'élaboration de CC type pouvant être source d'inspiration pour les acteurs de l'arbitrage.

C'est une conséquence du « marché de l'arbitrage ». On a une mise en concurrence des arbitrages. Une question posée est celle de l'impartialité et de l'indépendance des arbitrages. Certains centres d'arbitrages ont posé une règle impérative selon laquelle le tiers arbitre est forcément d'une nationalité autre que celle des parties au litige. Cette règle est née à Stockholm et s'est vite répandue. Certains centres ont mis en place des mécanismes de récusation des arbitres. Jusqu'à une date récente, on n'expliquait pas la raison de la récusation. Plus récemment, des centres ont donné les raisons de la récusation de certains arbitres. De bonnes pratiques d'arbitrage sont en train de se développer.

Chapitre 1 – La convention d'arbitrage

Chapitre 2 – La procédure d'arbitrage

Chapitre 3 – Le contrôle étatique de la sentence arbitrale

## **CHAPITRE 1 :**

### **LA CONVENTION D'ARBITRAGE**

Jusqu'à la réforme du droit de l'arbitrage international de janvier 2011, le droit français distinguait la clause compromissoire et le compromis :

- La **clause compromissoire** : convention conclue par les parties **avant** la naissance de tout litige ;
- Le **compromis** : convention conclue **après** la naissance d'un litige.

Le régime de ces deux instruments n'était pas le même. Le CPC admettait aisément le recours au compromis. Il avait des réserves quant à l'admissibilité des clauses compromissoires (notamment en termes d'opposabilité). En pratique, le recours à la clause compromissoire était plus fréquent que le recours au compromis. Par conséquent, le **décret de 2011** a fait converger ces deux éléments. Il a substitué aux notions de « clause compromissoire » et de « compromis » le terme de « convention d'arbitrage ». Le décret a unifié le régime.

Au principe d'autonomie de la clause compromissoire (Section 1) est associé des conditions de fond (Section 2) et des conditions de forme (Section 3) de la clause pour qu'elle produise ses effets (Section 4).

#### **Section 1 : Le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage**

Quelle est la place de la clause compromissoire dans le contrat qui le contient ? Est-ce que la clause compromissoire doit suivre intégralement le régime sur contrat dans laquelle elle est stipulée ? Par exemple, est-ce que la nullité du contrat emporte la nullité de la clause ?

La solution de principe à ce problème a été dégagée par la jurisprudence. **Cass, 1963 – Gosset** : la Cour de cassation consacre le principe de la clause compromissoire en ces termes : « *En matière d'arbitrage international, l'accord compromissoire, qu'il soit conclu séparément ou qu'il soit inclus dans l'acte juridique auquel il a trait, présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles, une complète autonomie juridique excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de cet acte* ».

##### **Observations :**

- La Cour de cassation utilise le terme « accord compromissoire » : il y a déjà la volonté de traiter de la même manière les clauses compromissoires et les compromis ;
- La Cour de cassation vise aussi bien des clauses comprises dans le contrat ou hors du contrat. L'idée est que toute clause d'arbitrage (dedans ou dehors) soit soumise au principe d'autonomie ;
- La Cour de cassation utilise la formule « présente toujours une complète autonomie » avec une réserve exprimée par le juge « sauf circonstances exceptionnelles » : toute exception est d'interprétation stricte ce qui renforce l'autonomie de la clause.

⇒ La clause « vit sa propre vie » par rapport au contrat principal. La clause est séparée du contrat principal. Par conséquent, les vices qui affecteraient le contrat principal sont sans incidence sur la convention d'arbitrage.

Cette solution jurisprudentielle a été formellement consacrée par l'**article 1447 CPC** : « La convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte. Elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci ».

Cette solution s'explique par des **considérations pratiques** :

**Autonomie par rapport au contrat** - La finalité de la convention d'arbitrage est de régler un litige né de l'inexécution ou de la mauvaise exécution d'un contrat. L'objet de la convention d'arbitrage est donc processuel. Elle a un objet spécifique qui n'a de sens que par rapport au contrat. Elle permet de statuer sur le destin du contrat principal et sur son inefficacité. Dès lors, la clause ne peut pas suivre l'inefficacité du contrat principal. La convention d'arbitrage est un contrat dans le contrat avec un objet spécifique. Si le contrat est nul, la clause n'est pas nécessairement nulle. Cette solution est aujourd'hui devenue universelle. Dans la loi type CNUDCI a une disposition similaire à celle de l'article 1447 CPC.

**Autonomie par rapport à la loi étatique** – Le principe d'autonomie a une seconde signification. L'autonomie de la clause n'est pas que par rapport au contrat mais également par rapport à la loi étatique. C'est la jurisprudence qui a explicité cette séparabilité. **Cass, 1993 – Dalico** : « *En vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence. Son existence et son efficacité s'apprécient sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international d'après la commune volonté des parties sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique* ». **Cass, 1999 – Zanzi** : la Cour de cassation tire toutes les conséquences du principe d'autonomie et de la séparabilité de clause d'arbitrage y compris quant à la validité et l'efficacité de cette clause. La Cour de cassation considère que l'autonomie signifie que la clause ne suit pas le sort du contrat notamment en termes de lois applicables. L'autonomie se comprend aussi sur le terrain de la loi applicable. L'efficacité de la convention d'arbitrage ne passe pas par la détermination d'une quelconque loi applicable. Les mécanismes de conflit de lois sont à oublier en matière de conventions d'arbitrage. On ne se pose pas la question de savoir quelle est la loi applicable à la clause compromissoire. Rome 1 exclut par ailleurs le domaine de l'arbitrage.

Dans Dalico et Zanzi, la Cour de cassation décide que l'efficacité et l'existence de la clause d'arbitrage ne s'apprécient que par rapport à une règle matérielle qui est la commune volonté de parties. Dès lors de la clause compromissoire traduit la commune volonté des parties, cette clause est valable. Par exception, les règles impératives du droit français et l'ordre public international ne peuvent être heurtés par cette convention.

Le principe de validité de la clause compromissoire a été précisé. Le juge a dû se prononcer sur les dispositions impératives du droit français et les dispositions d'ordre public international opposables à clause. Cela a permis de construire un véritable régime de la clause d'arbitrage. Avec Dalico et Zanzi, le principe est la validité et l'exception est la nullité qui peut procéder de trois points : l'absence de volonté de partie, la clause heurte l'ordre public international, la clause heurte des dispositions impératives du droit français. La Cour de cassation a retiré l'hypothèse de la contrariété aux règles impératives du droit français des causes de nullité de clause. Elle a soulevé que les dispositions impératives ne jouent pas dans l'ordre international. Elle dit « *L'article 2061 du Code civil est sans application dans l'ordre international* ». Le juge devra s'assurer qu'il y a volonté commune des parties et que la convention n'est pas contraire à l'ordre public international pour juger de sa validité.

**Est-il possible de prévoir un règlement arbitral du litige du travail ?** Une grande partie de la doctrine s'y est opposée arguant du déséquilibre qu'il existerait entre l'employeur et le salarié mais relevant également que le contentieux du travail relève des prud'hommes. La Cour de cassation n'a pas suivi ce raisonnement. **Cass, soc, 16 février 1999** : la Cour de cassation ouvre la possibilité de recourir à l'arbitrage en cas de litige né d'un contrat de travail international. La Cour de cassation adopte une solution en demi-teinte. Là où la jurisprudence Zanzi pose un principe de validité de la clause compromissoire, la chambre sociale pose un principe d'opposabilité de la convention d'arbitrage. Elle a clairement énoncé que la convention d'arbitrage n'est pas nulle mais elle est inopposable au salarié. Seul le salarié pourra déclencher la procédure d'arbitrage. L'employeur ne peut pas imposer le recours à la procédure d'arbitrage. S'ils sont d'accord, on rentre dans une logique de compromis où les parties recourent à l'arbitrage une fois le litige né.

**Est-il possible de prévoir un règlement arbitral dans un litige né d'un contrat de consommation ?** **Cass, 1997 – Jaguar** (sur les contrats de consommation) : face au non-paiement du consommateur des sommes dues, le professionnel peut-il enclencher la procédure d'arbitrage ? La Cour de cassation répond que dès lors qu'il y a un consentement des parties sur le recours à l'arbitrage, aucune règle d'ordre public international ne s'oppose à cette procédure, peu importe qu'on soit en présence d'un contrat de consommation. Cet arrêt a été très controversé. Certains auteurs ont dit que cette solution n'était que factuelle, le consommateur ayant acheté une voiture de collection pour quelques millions de livres sterling (pas courant). Il reste que cette solution n'a depuis pas été remise en cause.

## Section 2 : Les conditions de fond de la convention d'arbitrage

### I. La question de l'aptitude à compromettre

Le pouvoir de compromettre renvoie aux opérateurs personnes privées. **Cass, 1<sup>ère</sup> civ, 8 juillet 2009** : plus de recourir à telle ou telle loi applicable pour apprécier l'engagement d'une société de recourir à l'arbitrage,

ce sont les principes de volonté commune de bonne foi et de croyance légitime qui doivent être appréciés par le juge. **Cass, 1966 – Galakis** : cet arrêt pose une règle matérielle de droit international privé selon laquelle les dispositions de l'article 2060 n'ont pas vocation à s'appliquer dans l'ordre international. La prohibition de compromettre concernant les personnes morales de droit public n'est pas applicable à un contrat international.

## II. La question de l'arbitrabilité

Que ce soit dans l'ordre interne ou dans l'ordre international, le principe c'est que la convention d'arbitrage n'est valable au fond que pour autant que le litige est arbitral. Cette arbitrabilité peut être définie comme « l'aptitude d'une question litigieuse à faire d'un arbitrage ». En d'autres termes, l'idée est que l'arbitre n'a pas une compétence universelle au sens propre du terme : il ne peut pas connaître de n'importe quel litige. L'article 2059 du Code civil et la jurisprudence posent le principe selon lequel ne peuvent être objet d'arbitrage que des litiges intéressant des droits dont les parties ont la libre disposition. Le Code civil pose l'interdiction de recourir à l'arbitrage pour les questions d'Etat et de capacité des personnes, les questions relatives au divorce et à la séparation de corps ou plus généralement toutes les matières qui intéressent l'ordre public. L'arbitrabilité procéderait de la libre disposition des droits et de l'exclusion des matières qui intéressent l'ordre public.

La Cour de cassation s'extrait progressivement des règles du Code civil. Elle pose une règle matérielle du droit international. Elle a dessiné un contenu de l'arbitrabilité qui conduit à considérer qu'un litige n'est pas inarbitrable du seul fait qu'une réglementation d'ordre public est applicable. **Cass, 1<sup>ère</sup> civ, 8 juillet 2010** : « *le recours à l'arbitrage n'est pas exclu du seul fait que des dispositions impératives, fussent-elles constitutives d'une loi de police, sont applicable* ». La Cour de cassation va dans le sens d'une conception large de l'arbitrabilité. Ceci explique que des matières qu'on pouvait considérer comme devant échapper à l'arbitrage sont finalement arbitrables : le droit de la propriété intellectuelle, le droit de la concurrence (**Cass, 1993 – Labinal**), les procédures collectives, etc.

Le fait que la matière intéresse l'ordre public n'est plus un obstacle à l'arbitrage. Lorsque la Cour de cassation ouvre une matière à l'arbitrage, un message très clair est adressé à l'arbitre : il lui appartient de respecter l'ordre public dans la sentence qu'il prononce. Il appartient, le cas échéant, au juge étatique, saisi d'un recours contre la sentence (recours en annulation, exequatur) de vérifier si l'exécution de la sentence ne contrevient pas à l'ordre public. D'un côté, on demande à l'arbitre d'aller sur des terrains de l'ordre public et d'un autre côté, on a une jurisprudence qui limite les hypothèses où le juge étatique peut contrôler cet ordre public notamment à cause du principe de non révision au fond des sentences arbitrales. On aboutit à des solutions dommageables. Des litiges intéressant l'ordre public sont mal arbitrés et conduisent à des violations manifestes de l'ordre public. La Cour d'appel de Paris a posé une question à la CJUE parce qu'elle n'a pas le pouvoir de bloquer des sentences contraires à l'ordre public en matière de droit de la concurrence à cause de la jurisprudence de la Cour de cassation. Il est souhaitable que la CJUE intervienne.

### Section 3 : Les conditions de forme de la convention d'arbitrage

Le droit français de l'arbitrage est limpide, en particulier depuis la réforme de 2011. L'**article 1507 CPC** dispose : « *La convention d'arbitrage n'est soumise à aucune condition de forme* ». Il n'y a donc pas de condition de forme écrite. Un simple échange verbal pourrait impliquer un recours arbitral. Cette liberté est un trompe-l'œil. Les conventions d'arbitrage sont formalisées. L'exigence de l'écrit est indirectement confirmé par l'**article 1515 alinéa 1 CPC** qui prévoit les conditions dans lesquelles on peut obtenir l'exequatur de la sentence. Pour pouvoir obtenir cet exequatur, il faut produire la sentence et la convention d'arbitrage à l'origine de la sentence. En d'autres termes, on sous-entend que la convention est nécessairement un écrit.

L'idée prévaut que la forme ne peut pas être un obstacle au déroulé du recours à l'arbitrage. Les parties à une convention d'arbitrage ne doivent pas pouvoir échapper aux effets attachés à la convention d'arbitrage pour des arguments de pure forme.

### Section 4 : Les effets de la convention d'arbitrage

La convention d'arbitrage a un effet obligatoire : elle lie les parties avec pour conséquence qu'ils ne peuvent soumettre leur litige à un juge étatique sauf à y renoncer d'un commun accord. Le premier effet est

donc l'incompétence de principe du juge étatique. Si une partie saisissait un juge étatique en violation de la convention d'arbitrage, il appartiendra à l'autre de partie de soulever immédiatement l'incompétence (in limine litis). Le **principe compétence-compétence** découle de l'effet obligatoire de la convention d'arbitrage. Par la convention d'arbitrage, les parties ont entendu donner compétence à l'arbitre et seul l'arbitre peut apprécier sa compétence ou son incompétence. Par conséquent, le juge étatique saisi du fond d'un litige pour lequel était prévu un recours à l'arbitrage doit se déclarer incompétent et renvoyer les parties devant un futur tribunal arbitral. Il ne lui appartient pas d'apprécier la validité et l'efficacité de la convention d'arbitrage.

L'**article 1448 CPC** pose une exception : principe compétence-compétence sauf si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou inapplicable. La clause est manifestement nulle lorsqu'il y a absence de consentement ou que la clause heurte l'ordre public.

La convention d'arbitrage ne lie que les parties qui l'ont conclue. Elle n'oblige pas les tiers. C'est le principe de l'**effet relatif des conventions**. Il n'est pas possible d'attirer à une procédure d'arbitrage des personnes qui ne sont pas parties à la convention d'arbitrage. Cette conséquence pose des difficultés notamment parce que l'exécution du contrat principal peut rendre souhaitable d'attirer des opérateurs du commerce international qui n'y sont pas parties. La question s'est posée en présence de groupes de sociétés. Lorsqu'une filiale conclue un contrat avec une société. La filiale connaît des difficultés financières. Elle s'adresse à la société mère ou à d'autres sociétés du groupe. L'existence d'un groupe de société ne peut pas en lui-même suffire pour étendre à toutes ces sociétés les effets de la clause. La jurisprudence, dans un arrêt du 27 mars 2007, a proposé une solution dont l'objet est de permettre d'amener à l'arbitrage des tiers qui auraient un intérêt. La Cour de cassation énonce que l'effet d'une clause d'arbitrage internationale s'étend aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et les litiges pouvant en résulter.

La jurisprudence a organisé la circulation des conventions d'arbitrages, la transmission de la convention d'arbitrage. Est-ce que la cession du contrat s'entend aussi du transfert de la convention d'arbitrage ? Cette question est d'autant plus importante que la jurisprudence a consacré le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage. La Cour de cassation considère (bizarrement) que la clause d'arbitrage se transmet avec le contrat **Cass, 1<sup>ère</sup> civ, 27 mars 2007** : « dans une chaîne de contrats translatifs de propriété, la clause compromissoire est transmise de façon automatique en tant qu'accessoire du droit d'action, lui-même accessoire du droit substantiel transmis, sans incidence du caractère homogène ou hétérogène de la chaîne ». Selon le professeur, il y a une contradiction flagrante ! Les conséquences de cette pratique sont importantes.

## **CHAPITRE 2 :**

### **LA PROCEDURE D'ARBITRAGE**

#### **Section 1 : La constitution du tribunal arbitral**

A la base de l'arbitrage, il y a une convention porteuse de la volonté des parties. L'arbitrage est une justice élue, choisie. De même que les parties sont libres de choisir de recourir à l'arbitrage, elles sont libres de choisir l'arbitre. Elles sont libres de fixer des conditions que l'arbitre doit remplir. Cette liberté ne connaît d'autres limites que d'éventuelles discriminations. Les parties peuvent dire qu'elles ne veulent pas d'un arbitre qui a la nationalité d'une des parties. Peut-on avoir des arbitres de sexe masculin ou féminin ? Cette condition de sexe est prévue dans certains textes notamment dans les pays appliquant la charia (pas de capacité juridique pour les femmes).

Cette liberté va jusqu'à mettre à l'écart une règle d'ordre public interne : règle de l'imparité du tribunal (**article 1551 CPC**). Le tribunal arbitral, en droit français, est nécessairement composé d'un nombre impair d'arbitre. Cette règle n'est pas reprise en matière internationale. On peut parfaitement composer un tribunal arbitral pair.

Qui peuvent être les arbitres ? Il n'existe pas de conditions particulières en droit international français de l'arbitrage pour être désigné arbitre. La seule condition c'est de jouir de l'ensemble de ses droits. L'article **1456 CPC**, règle de l'arbitrage interne à laquelle renvoie le dispositif de l'arbitrage international, insiste sur le fait que l'arbitre doit révéler « toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité ». S'il n'existe pas de condition particulière pour être arbitre, il existe une condition spéciale qui est la condition d'indépendance et d'impartialité.

Il appartient à l'arbitre de révéler aux parties toute circonstance qui ne présenterait pas un caractère notoire et qui « serait de nature à légitimement faire douter une partie de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre ». Si cette question en amont de l'instance, les parties peuvent écarter l'arbitre. Si elle surgit au cours de l'instance arbitrale, les parties ont la faculté de révoquer cet arbitre. Cette question de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre est au cœur d'un fort contentieux. Presque tout litige portant sur l'arbitrage traite de la question. Les conditions de recours contre les sentences arbitrales étant strictement appréciées, le motif souvent avancé pour faire tomber la sentence est tiré d'un défaut d'impartialité du juge. La jurisprudence caractérise peu fréquemment de telles partialités. Depuis 2011, le droit de récusation s'exerce dans un certain délai. L'**article 1456 CPC** prévoit que la partie peut s'en prévaloir dans un délai d'un mois à partir de la prise de connaissance de la cause de récusation.

L'arbitre dans la constitution d'un tribunal arbitral. Selon le CPC, le tribunal arbitral est formé dès lors que tous les arbitres ont accepté leur mission. Soit, en présence d'un arbitrage ad hoc, la constitution passe par la signature d'un acte de mission. Soit la constitution découle de l'acte d'arbitrage, de la clause compromissoire elle-même.

Le juge d'appui est un juge étatique (souvent le président du TGI de Paris) dont la mission est de trancher tout différend relatif au déroulement de l'instance arbitral et à la constitution du tribunal arbitral. Dès lors qu'un tribunal arbitral siège en France ou dès lors que la loi française a été choisie pour gouverner la procédure d'arbitrage, en cas de difficulté, les parties ou les arbitres pourront saisir le président du TGI de Paris pour débloquer la situation. L'**article 1505 CPC** reprend l'arrêt **Cass, 2005 – Nioc**. Cet arrêt illustre les difficultés de la constitution d'un tribunal arbitral. Un contrat de fourniture de gaz est conclu entre l'Etat d'Israël et une société iranienne à la fin des années 1960. Le contrat stipule une clause compromissoire prévoyant que tout litige issu du contrat sera soumis à arbitrage et que si les deux arbitres désignés par les parties n'arrivent pas à se mettre d'accord sur la désignation du président du tribunal, c'est le président de la Chambre Internationale de Commerce de Paris qui nommera ce président. Un litige survient. La société iranienne nomme un arbitre. Israël refuse de nommer un arbitre. La société iranienne va chercher à contraindre Israël à choisir un arbitre en saisissant ses juridictions internes. Israël oppose son immunité de juridiction. La société iranienne saisit alors les juridictions israéliennes mais celles-ci disent que la procédure est irrecevable (en raison d'un embargo). La société iranienne saisit alors le président de la CCI de Paris. Guérilla procédurale. Dans l'arrêt Nioc, la **Cour de cassation considère que le président de la CCI de Paris est bien le juge d'appui et peut désigner un arbitre à la**

**place de l'Etat d'Israël.** Elle dit « *l'impossibilité pour une partie d'accéder au juge, fût-il arbitral, chargé de statuer sur sa prétention, à l'exclusion de toute juridiction étatique, et d'exercer ainsi un droit qui relève de l'ordre public international consacré par les principes de l'arbitrage international et l'article 6. 1, de la Convention européenne des droits de l'homme, constitue un déni de justice qui fonde la compétence internationale du président du tribunal de grande instance de Paris* ». En d'autres termes, **le président du TGI de Paris a vocation universelle à mettre fin en matière d'arbitrage international à mettre fin au déni de justice.** Pour la Cour de cassation, le simple fait que la clause compromissoire se réfère au rôle susceptible d'être joué par le président de la CCI de Paris, il y a un rattachement avec le territoire français. Le président du TGI peut intervenir en matière d'arbitrage international dès lors qu'il y a un rattachement avec le territoire français.

#### Observations :

- Dans l'affaire, le problème de désignation d'un co-arbitre. On peut être étonné de ce « rattachement avec le territoire français ». L'élément de rattachement est douteux. Est-ce que le simple fait que la clause compromissoire soit rédigée en français vaut rattachement avec la France ?
- L'attendu se réfère aux principes de l'arbitrage international (jamais entendu avant), à l'article 6§1 Convention EDH. Qu'est-ce que la Convention EDH vient faire dans cette histoire ? Cet article s'intéresse aux garanties du procès équitable devant un juge étatique mais seulement d'un Etat partie à la Convention EDH.
- Le contrat de fourniture avait été conclu en 1968. Aujourd'hui le conflit opposant Israël à l'Iran n'est toujours pas réglé. Tous les présidents du tribunal arbitral proposés par le président du TGI de Paris ont été refusés par les arbitres finalement désignés par les parties.

→ Monsieur Nourissat considère que cette solution est très critiquable

## Section 2 : Le droit applicable au fond du litige

En arbitrage international, il n'existe pas de règle de conflit de lois. L'**article 1511 CPC** prévoit que le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies. Ce sont les parties au litige qui fixent le droit applicable au fond. Si les parties n'ont pas fait de choix de droit applicable alors il appartiendra au tribunal arbitral de trancher le litige conformément aux règles de droit qu'il estime appropriées.

Le CPC ne raisonne pas en termes de loi applicable mais en termes de règle de droit. Cette règle n'est pas forcément étatique (lex mercatoria, etc.). Si les parties n'ont pas choisi de droit applicable, le tribunal arbitral choisit le droit qu'il souhaite appliquer. Le choix de droit du tribunal arbitral est insusceptible de contrôle. L'arbitre peut encore statuer en équité si les parties lui en ont confié la mission. Si l'arbitre statue en droit, on peut aller devant la Cour de cassation pour essayer un recours en annulation. Si l'arbitre statue en amiable composition, le juge étatique peut contrôler seulement si le droit français est le plus approprié.

## Section 3 : Les règles de procédure applicables à l'arbitrage

L'acceptation de la mission d'arbitrage revient souvent à définir le droit applicable à la procédure. Les parties choisissent rarement la loi applicable et il revient donc à l'arbitre de déterminer les règles de procédure applicables. Les parties choisissent souvent un arbitrage institutionnel : les règles de procédure seront donc les règles de l'institution d'arbitrage. Les règles du CPC en matière d'arbitrage international ont une vocation subsidiaire et supplétive de la volonté des parties.

La **règle de direction de l'instance** – L'arbitrage juge et dirige l'instance procédurale. L'arbitre assure l'instance conformément au principe de direction. Or, ce principe de direction est limité par quelques principes fondamentaux contenus à l'article 1510 CPC et, par renvoi, à l'article 1564 CPC. **Article 1510 CPC** : « le tribunal arbitral **garantit l'égalité des parties** et respecte le **principe de la contradiction** ». Les parties et les arbitres doivent **agir avec célérité** dans la conduite de la procédure. Les arbitres doivent respecter et faire respecter **l'obligation de loyauté**.



De ces principes découlent une série de règles tenant notamment à la question du délai. En arbitrage international, il n'y a pas de délai particulier pour rendre la sentence arbitrale. Ce délai est laissé à l'appréciation de l'arbitre et des parties. A contrario, en arbitrage interne, le délai est de 6 mois.

Ces principes s'appliquent aussi à la langue de l'arbitrage international. Le droit français ne prévoit rien en matière linguistique. En droit interne, la justice française est rendue en français. En arbitrage international, les parties et la convention d'arbitrage détermine la langue d'arbitrage. On peut prévoir que l'instance se mènera en français mais que la sentence sera rendue en anglais. A défaut de choix par les parties, c'est le tribunal arbitral qui définit les conditions linguistiques.

La loi applicable à la procédure détermine les modes et l'administration des preuves et le pouvoir d'instruction reconnu à l'arbitre. Avant 2011, le pouvoir d'instruction découlait de la convention d'arbitrage. Depuis 2011, l'**article 1467 CPC** reconnaît un véritable pouvoir d'instruction conduisant à admettre que le tribunal arbitral puisse enjoindre une partie à la communication de pièces « au besoin, à peine d'astreinte ». Le décret de 2011 renforce le pouvoir du tribunal arbitral par rapport aux parties puisque désormais, selon l'**article 1468 CPC**, le tribunal arbitral peut ordonner toute mesure conservatoire ou toute mesure provisoire qu'il juge opportune sous réserve des mesures provisoires ne relevant que du juge étatique (sûreté judiciaire).

Au cours de l'instance, toute situation de blocage peut être portée devant le juge étatique. Les arbitres n'ont pas l'imperium. On met souvent en avant le fait que la loi d'un Etat est un facteur d'attraction. La dimension du recours au juge d'appui est un atout. Par exemple, si on a besoin de l'intervention du juge d'appui algérien, il faut attendre 24 mois pour obtenir une décision de sa part contre 8 jours en France. L'arbitrage ne se construit pas contre le juge étatique, il se développe avec lui.

## **CHAPITRE 3 :**

### **LE CONTROLE ETATIQUE DE LA SENTENCE ARBITRALE**

Une fois les audiences arbitrales tenues, le tribunal arbitral rentre en délibéré. Le fruit du délibéré s'appelle la sentence arbitrale. Cette sentence, le cas échéant, peut faire l'objet de voies de recours devant le juge étatique.

#### **Section 1 : La sentence arbitrale**

La sentence arbitrale est un acte juridictionnel. Elle tranche la contestation portée devant le tribunal.

Le tribunal arbitral rend une sentence mais peut également rendre d'autres décisions notamment des ordonnances de procédure. L'enjeu est décisif puisque seule la sentence arbitrale peut faire l'objet d'une contestation. Il est nécessaire de dégager une définition de la sentence arbitrale sachant qu'aucun texte ne s'est essayé à donner une définition de la sentence arbitrale. C'est donc la jurisprudence qui a esquissé cette définition. La Cour de cassation considère aujourd'hui que sont des sentences arbitrales « les **actes des arbitres qui tranchent de manière définitive**, en tout ou partie, **le litige** qui leurs est soumis que ce soit sur le fond, sur la compétence ou sur un moyen de procédure ».

Il peut y avoir plusieurs sentences : les sentences partielles, les sentences intérimaires, les sentences finales, etc.

Parfois la sentence ne tranche rien : c'est l'hypothèse des **sentences d'accord parties**. A la faveur de l'instruction de l'arbitrage, les parties trouvent un accord sur le fond du litige. Elles ont la possibilité de demander au tribunal arbitral de couler dans la sentence cet accord. En d'autres termes, la sentence reprend les termes de cet accord.

La sentence est le fruit du délibéré. La sentence est acquise soit à la majorité des voix soit, à défaut de majorité, à la voix du seul président du tribunal arbitral (**article 1513 CPC**). L'**article 1469 CPC** pose la règle selon laquelle le délibéré est secret. La sentence ne répond à aucune forme particulière sauf d'être écrite. Elle est signée par le ou les arbitres. Cette sentence doit être motivée à moins que les parties ne libèrent les arbitres de cette exigence de motivation. En pratique, la motivation permet aux parties de commencer à se creuser la tête pour d'éventuels motifs d'annulation de la sentence.

Les **effets de la sentence** – La sentence rendue bénéficie de l'**autorité de la chose jugée**. De ce fait, il n'est pas possible de saisir un autre arbitre ou juge étatique pour juger de la même affaire. Dès que la sentence arbitrale est prononcée, le **tribunal arbitral est dessaisi** de la contestation : l'arbitre n'est plus arbitre. La mission de l'arbitre est temporaire. Le principe de la perte de qualité d'arbitre connaît une exception s'il apparaît qu'il faut rectifier ou compléter la sentence. La seule solution pour rectifier la sentence c'est de reconstituer le tribunal arbitral. La sentence qui a autorité de la chose jugée présuppose une **exécution spontanée par les parties**. C'est toute la différence entre une sentence arbitrale et une décision étatique. La sentence arbitrale n'est pas exécutoire de plein droit. Le principe est l'idée d'une exécution spontanée.

Il existe un dispositif efficace d'exécution forcée des sentences : l'**exequatur**. Attention ! A bon entendeur pour l'examen : on dit « un exequatur ». L'exequatur est gouverné par la Convention de New York du 10 juin 1968. L'obtention de l'exequatur est facile et rapide en France. Lorsque l'on veut obtenir en France un exequatur, on s'adresse au TGI territorialement compétent ou au TGI de Paris lorsque la sentence a été prononcée à l'étranger. C'est une procédure sur ordonnance passant par un dépôt de requête. Si l'exequatur est accordée, on apposera quelque chose sur la sentence. Contrôle en cas d'exequatur très succinct : d'abord le juge vérifie que la sentence arbitrale existe et ensuite, il s'assure que l'exécution de la sentence n'est pas manifestement contraire à l'ordre public international. Ce n'est pas tellement la sentence qui est contrôlée mais l'exécution de la sentence. Le contrôle est relativement restreint. On se réfère à l'ordre public international, beaucoup plus restreint que l'ordre public interne. Les hypothèses où le juge français de l'exequatur refuse d'accorder cet exequatur sont parfaitement exceptionnelles.

## Section 2 : Les voies de recours

Le système des voies de recours est assez complexe. Il est dicté par des dispositions impératives. Le Code de procédure civile prévoit qu'en matière d'arbitrage international, le seul recours possible est le recours en annulation et contrairement à l'arbitrage interne, les parties ne peuvent pas prévoir d'appel. En arbitrage international, les parties peuvent décider de supprimer les voies de recours c'est-à-dire le recours en annulation.

Les voies de recours s'organisent selon une distinction : voies de recours contre les sentences françaises (plusieurs voies de recours) et voies de recours contre les sentences étrangères (une voie de recours).

### I. Les voies de recours contre les sentences rendues en France

Le principe en matière internationale c'est la prohibition de l'appel. Une sentence rendue en France, en matière internationale, ne peut faire l'objet que d'un recours en annulation. D'autres voies de recours peuvent jouer tout de même. Ce sont des voies de recours extraordinaires comme notamment le recours en révision. Ce recours est ouvert devant un tribunal arbitral et non pas devant un juge étatique (Affaire Bernard Tapis). Le recours en annulation est, quant à lui, porté devant la Cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence a été prononcée. Ce recours est engagé dans le mois de la notification de la sentence arbitrale. Ce recours en annulation n'a pas d'effets suspensifs. Le recours en annulation est laissé aux parties dans la mesure où, depuis 2011, les parties peuvent par convention spéciale renoncer expressément au recours en annulation. Le tribunal arbitral peut siéger en dernier ressort sans qu'il n'y ait aucune voie de recours contre la sentence sauf la révision. La pratique montre une certaine tendance à la renonciation du recours en annulation.

Les cas d'ouverture du recours en annulation sont expressément et limitativement prévus. L'**article 1520 CPC** énonce les 5 cas d'ouverture du recours en annulation. Ces cinq cas d'ouverture supposent une interprétation stricte. Selon la Cour de cassation, le recours en annulation doit se conjuguer avec l'interdiction de la révision au fond. Les 5 cas sont les suivants :

- Le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent : selon le principe compétence-compétence, seul le tribunal arbitral est en droit de statuer sur sa compétence dans un litige. Les hypothèses où l'annulation prospère sur ces cas d'ouverture sont exceptionnelles ;
- Le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué : ce cas donne lieu à beaucoup de recours parce que c'est également la voie permettant de contester l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre ;
- Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée : à la base de l'arbitrage il y a un contrat qui débouche sur une mission juridictionnelle pour les arbitres. Sous couvert de ce cas d'ouverture, on s'assure que le tribunal n'a pas statué ultra petita ;
- Le non-respect du principe de la contradiction : il y a deux principes clés dans la procédure d'arbitrage qui sont l'égalité des armes et la contradiction. Le non-respect de la contradiction donne lieu à un recours en annulation.
- La reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international : cette notion d'ordre public international, la Cour de cassation a du mal à la saisir. Elle a pu dire que ce n'était pas l'ordre public interne, qu'il pouvait être un ordre public processuel comme de fond. Plus généralement, l'ordre public international renverrait aux principes fondamentaux de l'ordre juridique français et aux lois de police (droit des pratiques anti-concurrentielles).

**Cass, 2008 – SNF** : la Cour de cassation retient une conception très étroite de l'office du juge en matière d'ordre public international. Pour qu'une sentence arbitrale internationale soit annulée au titre de l'ordre public international, il faut que l'exécution ou la reconnaissance viole cet ordre public international de manière flagrante, effective et concrète.

La doctrine a pu dire que cette jurisprudence n'était pas possible et notamment le caractère de « flagrance ». La Cour d'appel de Paris a interrogé la CJUE à ce titre-là.

## II. Les voies de recours contre les sentences rendues à l'étranger

Si on ne peut pas agir en annulation, c'est qu'on est en présence d'une sentence rendue à l'étranger. Le recours portera alors contre l'ordonnance d'exequatur. L'article 1525 CPC aligne l'appel de l'ordonnance d'exequatur sur les cas d'ouverture de l'article 1520 CPC concernant les recours en annulation des sentences prononcées en France. Que les 5 cas de l'article 1520 CPC. Il est rare d'obtenir l'appel de l'ordonnance d'exequatur accordée à une sentence arbitrale prononcée à l'étranger. Ceci permet de comprendre la solution retenue par la Cour de cassation [Cass, 1994 – Hill Marton](#) rappelée par [Cass, 2007 – Coutrabaly \(orthographe ?\)](#) puis [Cass, 2013 – Ryanair](#) : une sentence internationale est une décision de justice internationale renvoyant à l'idée que cette sentence n'est rattachée à aucun ordre juridique particulier et que ça n'est que si, la question de l'exécution de la sentence surgit qu'alors les ordres juridiques étatiques peuvent réagir.

### **Examen :**

- Epreuve écrite 3 heures ;
- Commentaire d'arrêt ;
- Ne pas faire un roman !!! Aller à l'essentiel ! Analyser le problème de droit. Se demander pourquoi le professeur nous a donné tel arrêt !