

Cours de Droit du Commerce International : Le recours aux juridictions étatiques

 ivoire-juriste.com/2021/11/cours-de-droit-du-commerce-international-le-recours-aux-juridictions-etatiques.html



Cette partie portant sur les techniques juridiques du commerce international constitue la première partie du cours. Pour voir la deuxième (2) partie, cliquez [ICI](#).

PREMIÈRE PARTIE : LES TECHNIQUES JURIDIQUES DU COMMERCE INTERNATIONAL

Le commerce international se fait par diverses techniques juridiques. Il s'agit des techniques d'intégration directe ou d'intégration indirecte dans le circuit économique international.

L'intégration directe s'effectue par l'implantation sur le marché extérieur. L'opérateur économique crée sur place des structures commerciales lui permettant de réaliser directement ses affaires à l'étranger. Ces structures sont généralement les sociétés commerciales classiques ou les groupements d'intérêt économique.

Mais la mise en place de ces structures à l'étranger, pour leur faisabilité ou leur efficacité, nécessite bien souvent que l'opérateur s'associe avec des partenaires locaux, dans le cadre d'accords d'entreprise ou d'opération commune ou encore d'accords de joint venture selon la terminologie anglo-saxonne.

Le partenariat international s'opère aussi par des conventions d'investissement qui se matérialisent par des prises de participation dans des sociétés étrangères, des conventions de transfert de connaissances par des accords portant sur l'utilisation de droits de propriété intellectuelle. Ces partenariats peuvent également se réaliser par des accords de sous traitance.

Mais dans la généralité des cas, le commerce international se fait par la technique de l'intégration indirecte qui consiste pour l'opérateur économique tout en demeurant dans son pays d'installation, de conclure avec des partenaires à l'étranger des contrats d'exportation et d'importation de biens et ou de services. L'intégration indirecte se réalise, donc par le mécanisme du contrat international, lequel fait naître en Droit du Commerce International l'épineuse question des conflits de lois dans l'espace.

CHAPITRE I - LE CONTRAT INTERNATIONAL

L'intégration indirecte se fait par l'exportation ou l'importation lesquelles se réalisent par la conclusion de contrat d'échange international portant sur un bien ou un service.

Les règles de droit étant différentes d'un Etat à un autre, on peut envisager de s'en remettre à un corps de règles spécifiques, dès lors que l'échange est international. Ce droit international du commerce existe. Il s'est créé par l'intervention des Etats, sous la forme de conventions internationales, lorsqu'il s'agit de conventions portant loi uniforme.

On désigne ainsi les conventions qui créent des règles matérielles, susceptibles de régir directement une situation juridique : Exemples, les conventions de Genève de 1930 et 1931, relatives aux effets de commerce et aux chèques, ou plus récemment, la convention de Vienne de 1980 sur la vente commerciale internationale, et dans le cadre Africain, les actes Uniforme du traité OHADA.

Les échanges commerciaux internationaux imposent souvent le recours à des règles particulières qui reflètent les différents aspects de l'activité contractuelle, dès lors qu'elle se déroule en milieu international.

L'opération la plus courante et qui permet la mise en œuvre de ces règles, est la vente. On peut la considérer comme le pivot de l'ensemble des opérations juridiques du commerce international, autour de laquelle pourront se greffer d'autres contrats, notamment le contrat de transport, le contrat d'assurance, etc.

La question s'est posée de savoir comment et pourquoi distinguer le contrat interne du contrat international.

La nécessité de différencier le contrat interne du contrat international se fait sentir dans deux séries de circonstances. Tantôt il s'agit de savoir si la règle de conflit de lois entre en jeu. Tantôt il s'agit de savoir si le contrat international peut directement relever de certaines règles qui lui sont propres. Dans un cas comme dans l'autre la définition présente donc un caractère fonctionnel.

Sur cette question de l'identification du contrat international, les solutions vont varier selon que l'on applique les règles de droit commun propres à chaque pays ou les dispositions d'une convention internationale.

SECTION I - LE CARACTÈRE INTERNATIONAL DU CONTRAT EN DROIT COMMUN

Dans, un arrêt en date du 19 Janvier 19764 la Cour de Cassation française a posé le principe selon lequel le caractère international du contrat est la condition nécessaire pour que les parties aient la faculté de désigner la loi à laquelle il sera soumis.

Pour bénéficier d'une telle opportunité, il faut savoir distinguer le contrat interne du contrat international.

La jurisprudence a dégagé des critères permettant de définir le contrat international.

PAR I - LE CRITÈRE JURIDIQUE

Suivant ce critère, le contrat international est celui qui se rattache à des normes juridiques émanant d'Etats différents. C'est donc celui qui soulève un conflit de lois. En effet, en considérant le moment de la formation du contrat ou l'exécution des différentes obligations des parties, on constate qu'il s'agit d'un acte qui a des liens avec les lois de plusieurs Etats.

Le recours à la notion de contrat international qui résulte de cette définition conduit donc à recenser les différents éléments d'extranéité qui se présentent, sans distinguer selon que ceux-ci sont relatifs à la personne des contractants ou à la formation ou à l'exécution du contrat lui-même.

D'après ce critère, il suffit en principe qu'un élément d'extranéité apparaisse pour que le contrat soit considéré comme international. Mais ce rattachement à plusieurs systèmes juridiques ne doit pas être artificiel, ni inspiré par le seul désir de réaliser une fraude.

La question qui se pose sous l'angle de ce critère est de savoir si l'on peut-on tenir tous les éléments d'extranéité pour équivalents ?

Ainsi doit-on considérer que le commerçant mauritanien du quartier installé depuis des années à Abidjan conclut avec sa clientèle habituelle des contrats internationaux ?

On constate que cette opération se déroule dans la sphère d'un seul pays, la Côte d'Ivoire. La nationalité n'a aucune incidence sur le caractère des rapports en cause. Ce qui le met en dehors du champ d'application du droit du commerce international.

Il ne suffit donc pas qu'un ou plusieurs éléments d'un contrat échappent à la souveraineté d'un seul Etat pour en déduire que le contrat est international.

La différence de nationalités des parties, ou le lieu de conclusion différent du lieu d'exécution ne suffit pas pour donner un aspect international au contrat.

Ainsi, lorsque par exemple un ivoirien, résidant à Marseille achète un véhicule d'occasion à un Algérien, domicilié à Aix-en-Provence, le contrat de vente reste un contrat interne.

De même, si deux industriels ivoiriens se rencontrent à l'aéroport de Dakar et concluent un contrat de fourniture de services, intéressant leurs deux sociétés, dont les sièges sociaux sont en Côte d'Ivoire, le contrat n'est pas international. En l'espèce, le lieu de conclusion du contrat est fortuit et ne suffit pas à faire échapper l'engagement au droit ivoirien.

Il faut dans ces cas, faire appel au critère économique pour distinguer la fausse internationalité résultant de la pluralité de liens avec différents pays, de la véritable internationalité qui dépend du critère économique qui est la mise en jeu des intérêts du commerce international.

PAR II- LE CRITÈRE ÉCONOMIQUE

Suivant ce critère, l'opération est internationale quand elle ne se déroule pas entièrement dans la sphère économique d'un seul Etat. Le critère économique est adopté par la jurisprudence Matter.

Pour être international, le contrat doit produire un mouvement de flux et de reflux au-dessus des frontières, des conséquences réciproques dans un pays et dans l'autre et, par exemple faire l'objet d'un règlement international ; c'est le contrat de vente qui fait passer des marchandises d'un pays à l'autre et ensuite le montant du prix des marchés du second dans le premier.

Les éléments juridiques ne sont pas pris en compte peu importe la nationalité des parties.

Pour que l'opération soit internationale, il faut que l'opération litigieuse intéresse par ses aspects économiques plus d'un Etat. Il faut que l'affaire implique un mouvement de biens, de services ou de règlements à travers les frontières.

À plusieurs reprises, les juridictions du fond ont repris cette solution, mais elles ont aussi admis une conception plus souple de ce critère économique, en considérant comme international le contrat dépassant le cadre de l'économie interne, ou celui qui met en jeu les intérêts du commerce international.

La précision limitée d'un tel critère a conduit les Etats à adopter des solutions à l'occasion de certaines conventions internationales.

SECTION II - LE CARACTÈRE INTERNATIONAL DU CONTRAT EN DROIT CONVENTIONNEL

Plusieurs conventions internationales comportent des dispositions sur la question du caractère international du contrat. Bien que ces conventions soient d'un apport très limité en droit ivoirien, on peut tirer quelques enseignements de leur contenu.

D'abord, la Convention de Rome du 19 Juin 1980, dispose en son article premier alinéa 1er que la Convention régit les situations contractuelles « comportant un conflit de lois ».

Ensuite, la convention de Vienne du 11 Avril 1980, portant loi uniforme en matière de vente internationale de marchandises prévoit, dans son article premier, que la vente est internationale dès lors que l'établissement du vendeur et celui de l'acheteur sont dans des Etats différents.

Enfin, la Convention du 22 Décembre 1986, relative aux contrats de vente internationale de marchandises dispose en son article premier que la vente internationale est celle dont les parties ont leurs établissements dans des Etats différents.

Est également internationale, la vente qui donne lieu à un conflit de lois, pourvu que ce rattachement aux lois d'Etats différents ne soit pas artificiellement créé par les parties.

On constate que ces conventions se réfèrent aux solutions déjà acquises en droit commun, et ne suppriment pas les conflits de lois relatifs au contrat international.

CHAPITRE II - LE RÈGLEMENT DES CONFLITS DE LOIS

Lorsqu'un contrat comporte un élément d'extranéité, cela peut susciter des conflits de lois, lorsqu'il est question de déterminer sa validité, son régime et les conditions de sa résiliation par exemple, en vertu de quelle loi devra-t-on apprécier la validité et la régularité des actes posés en exécution du contrat international ?

Pour résoudre les problèmes que soulèvent ces questions, deux méthodes d'approche sont théoriquement concevables : la méthode dite conflictuelle et celle dite de l'élaboration de règles substantielles matérielles.

Selon la méthode conflictuelle, on part des différents éléments du contrat susceptibles de le rattacher à tel ou tel ordre juridique : nationalité des parties, lieu d'établissement du contrat, lieu de formation, lieu d'exécution des contrats etc.

Sur cette base, des règles dites de conflits de lois sont élaborées, au nombre desquelles on a d'une part celles qui sont issues de l'article 3 du Code Civil, à savoir : 1° les lois de police et de sûreté sont d'application territoriale, 2° les immeubles sont régis par la loi de leur lieu de situation et 3° l'état et la capacité des personnes sont régis par leur loi nationale ; et d'autre part celles établies par la jurisprudence à partir de l'article 3 du Code Civil et dont les principales, applicables en droit du commerce international sont :

1° les contrats sont soumis à la loi d'autonomie,

2° la forme des actes est régie par la loi du lieu de leur accomplissement (règle locus regit actum) et

3° les biens sont régis par la loi de leur lieu de situation.

Selon la méthode dite des règles matérielles, on part de l'idée que la méthode conflictuelle conduisant à la désignation d'une loi étatique qui peut se révéler inadaptée aux besoins et aux intérêts du commerce international, il faut élaborer pour la résolution des problèmes internationaux, certaines règles dites matérielles substantielles qui sont des règles spécifiques au commerce international.

Cette méthode conduit à appliquer directement aux problèmes internationaux, des normes spécialement conçues pour les régir.

On les appelle « règles matérielles de droit international privé ». Elles peuvent être de source interne, c'est-à-dire élaborées par un Etat pour régir les questions de droit international privé, ou de source internationale, lorsqu'elles résultent des conventions internationales. C'est le cas des Actes Uniformes OHADA.

SECTION I - LE RECOURS A LA MÉTHODE CONFLICTUELLE

La méthode conflictuelle est la solution de droit commun. Cette méthode de résolution des conflits de lois, relatifs au contrat International conduit à mettre en œuvre la règle de conflit relative à cette question, à savoir la règle selon laquelle « les contrats sont soumis à la loi d'autonomie ». Dans cette méthode, la connaissance de la loi applicable dépend du choix opéré par les parties.

Le fait de s'en remettre aux parties peut faire surgir deux difficultés : la liberté de choix, permet-elle de désigner n'importe quelle loi ? Comment déterminer la loi applicable, si les parties ont négligé de désigner une loi ?

PAR I - LA LOI D'AUTONOMIE

Le principe est que, dans une situation contractuelle comportant un conflit de lois, les contractants peuvent choisir librement la loi qui régira leur contrat.

Dans la mise en œuvre de cette solution, la jurisprudence avait, par passé, adopté une idée de Batiffol, qui prône une conception objectiviste de la solution. Selon cette conception, les contractants ne décident pas exactement de la loi applicable, mais plutôt de la localisation de leur contrat, et le juge en déduit la loi applicable.

Les objectivistes pensent que les parties ne peuvent que localiser leur contrat, en choisissant son lieu de formation ou d'exécution.

Il appartient au juge de déduire de cette localisation la loi applicable. Dans la volonté des parties, leur choix n'est qu'un indice de localisation, indice certes fort important, mais qui peut être remis en question par le juge. La loi ne peut être l'objet de stipulations contractuelles, les parties étant soumises à la loi. Ce n'est pas leur rôle de la déterminer. Ce rôle appartient au juge seul.

Ce détour à la localisation traduisait chez les objectivistes, une réticence à admettre que les contractants puissent choisir leur loi. Cette conception a fait long feu en jurisprudence."

Aujourd'hui, dans une conception subjectiviste de la question, on admet que les parties choisissent la loi applicable tout comme elles fixent le contenu de leur accord. Ce choix n'est pas nécessairement exprès. Il peut être implicite, pourvu qu'il résulte de façon suffisamment certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause.

Plusieurs conséquences se dégagent de ce subjectivisme.

1° Les parties peuvent choisir une loi qui n'a aucun lien avec leur opération. Ce choix ne doit cependant pas être arbitraire ou capricieux. Mais quand le contrat est véritablement international aucune des lois étatiques des pays avec lesquels il a des liens n'a de vocation inéluctable à le régir. S'il est possible d'écarter chacune au profit de l'une

quelconque des autres, il doit être possible aussi de les écarter toutes au profit d'une loi tierce.

2° En choisissant la loi applicable, les parties peuvent exclure toutes dispositions nouvelles de cette loi. Il en est ainsi quand une entreprise privée contracte avec un état étranger, elle s'efforce d'insérer dans le contrat une clause de stabilisation de la loi. Cette clause est destinée à mettre les contrats à l'abri des fluctuations législatives susceptibles d'avoir lieu dans l'Etat du contractant qui risqueraient de modifier l'accord, son équilibre ou de l'annuler.

3° Les parties peuvent exclure les dispositions impératives de la loi applicable, car ces dispositions impératives si elles sont imposées dans les contrats internes, elles ne sont que proposées aux contrats internationaux. En effet, les dispositions impératives ne sont conçues que pour un milieu social déterminé. Le contrat international qui ne se place pas dans ce milieu peut échapper aux dispositions impératives de la loi choisie.

4° Les parties peuvent soumettre leur contrat à plusieurs lois applicables. Ainsi, elles peuvent faire le choix d'une loi applicable pour une partie du contrat seulement et soumettre l'autre partie à une autre loi. C'est le phénomène du dépeçage du contrat.

5° Les contractants peuvent à tout moment, à condition évidemment d'être d'accord, modifier leur choix primitif.

Mais, selon la jurisprudence, les parties au contrat international ne sont pas libres de « ne pas soumettre leur contrat à une loi ». Le contrat, dit on, ne peut pas se passer d'une loi. La jurisprudence proscrit en effet les « contrats sans lois » Celle-ci est nécessaire pour définir au moins ce qu'est un contrat et pour combler ses lacunes et aussi pour protéger les tiers.

Même dans les cas où les parties préfèrent régler leur litige par l'arbitrage et non par les tribunaux étatiques, il leur faut, pour s'assurer l'exécution de la sentence arbitrale s'adresser au juge étatique pour obtenir l'exequatur.

Par II - L'ABSENCE DE CHOIX

Si les parties n'ont pas expressément choisi la loi de rattachement, c'est au Juge qu'il appartient de localiser le contrat c'est-à-dire de déterminer quelle est la sphère juridique où la convention qui lui est soumise paraît se placer. Selon la doctrine classique, à défaut d'un choix exprès, le Juge doit rechercher quelle avait été la volonté des parties et, si aucune volonté implicite ne peut être dégagée, découvrir la volonté hypothétique des parties.

Dans la détermination de la loi applicable en pareil cas, la jurisprudence se réfère à des indices de rattachement pour déceler la volonté implicite, voire hypothétique des parties. Ces indices sont de deux ordres : des indices abstraits et des indices analytiques.

A- LES INDICES ABSTRAITS

Ils sont ainsi appelés par ce qu'ils ne se réfèrent à aucun élément concret tiré du contrat international litigieux, mais plutôt de considérations générales qui président à la conclusion de tout contrat. Les solutions proposées ici sont abstraites parce qu'elles procèdent de la mise en œuvre de critères généraux de rattachement. Les indices abstraits sont au nombre de deux : le lieu de formation du contrat et le lieu de son exécution.

- Le lieu de formation du contrat

La jurisprudence se réfère à cet élément général de rattachement tiré du lieu de conclusion du contrat comme indice déterminant la volonté des parties. On estime que les parties ont entendu soumettre leur contrat à la loi du lieu où elles ont formalisé leur accord de volonté. C'est la solution classique de la "lex loci conclusionis".

Ce rattachement est conforme à la règle traditionnelle, locus régit actum. Il présente une présomption selon laquelle, sous réserve de la preuve contraire, la volonté des parties se dégage normalement vers la loi locale. Cette loi a le mérite d'être connue par les parties et de régir la forme du contrat.

Mais, de nombreux auteurs reprochent à ce rattachement son inefficacité dans plusieurs domaines. En effet, le lieu de conclusion d'un contrat international est souvent fortuit ou accidentel par rapport aux intérêts à régir. D'un autre côté, ce rattachement se trouve compromis dans le cas des contrats par correspondance. Le lieu de formation du contrat ne constitue donc pas une présomption qui justifie un rattachement stable.

• Le lieu d'exécution du contrat

Cet élément de rattachement est lié aux intérêts des parties. C'est au lieu d'exécution du contrat que le résultat de l'opération qui donne au contrat sa valeur sera obtenu et devra être exigé en cas de litige.

En l'absence de choix exprès de la loi applicable, on suppose que les parties ont voulu implicitement voir appliquer à leur contrat la loi applicable en ce lieu d'exécution.

Cet avantage ne supprime cependant pas les inconvénients de ce rattachement. En effet, la solution devient impraticable dans le cas où l'exécution du contrat se fait en plusieurs endroits. Pour contourner la difficulté, la jurisprudence a tendance à rechercher le lieu principal de l'exécution, ce qui amène à déterminer la prestation caractéristique de l'opération contractuelle.

C'est ainsi qu'en matière de vente, c'est le lieu de la livraison de la marchandise et non le lieu de la formation du contrat qui détermine la loi applicable.

Parfois, le lieu de la formation du contrat et celui de son exécution ne permettent pas de déterminer avec certitude la loi applicable. Aussi, se réfère-t-on à d'autres indices tirés de l'analyse des contrats.

B - LES INDICES ANALYTIQUES

Ces indices conduisent à des solutions concrètes, obtenus au cas par cas, par une approche analytique de chaque contrat ou type de contrat. Le critère de rattachement n'est pas fixé une fois pour toutes. C'est au juge de déterminer le centre de gravité du contrat en vue de fixer la loi qui convient le mieux au contrat. Ce sera la loi qui a les liens les plus étroits avec le contrat en cause. C'est le système de la « PROPER LAW OF THE CONTRACT ».

Certains des indices analytiques tiennent à la teneur du contrat, ce sont les indices intrinsèques au contrat ; d'autres tiennent aux lois en conflit et à l'attitude des parties postérieurement à la conclusion du contrat.

Ce sont les indices dits extrinsèques au contrat,

- Les indices tirés du contenu du contrat

Ces indices peuvent tenir à la personne des contractants, à l'objet du contrat ou à la forme de sa conclusion.

Il y a d'abord la nationalité des contractants ;

Mais, la jurisprudence admet difficilement la référence à la nationalité comme critère de l'internationalité d'un contrat entre des parties ayant la même nationalité. En effet, la nationalité commune des parties comme facteur unique de rattachement a été contestée, car la nationalité est étrangère à la relation patrimoniale.

À défaut de nationalité commune, le domicile commun des parties n'échappe pas non plus à la critique. Les deux parties peuvent avoir un domicile commun mais le contrat peut devoir être exécuté dans un autre pays ou le contrat peut avoir pour objet un bien immobilier qui se situe dans un pays différent du domicile.

Il y a ensuite l'objet du contrat qui peut fournir un indice de rattachement. Par exemple, dans les contrats portant sur un bien immeuble, il y a prévalence du statut réel sur le droit contractuel. Le problème se pose également dans le cas des groupes de contrats liés entre eux par l'objet. C'est le cas des contrats de sous-traitance. La jurisprudence rattache les différents contrats à la loi du contrat principal.

Dans certains cas, le Juge prend en considération la forme notariée ou consulaire du contrat. On suppose en effet que les parties qui ont suivi une forme officielle ont entendu se référer à la loi de l'Officier rédacteur de l'acte.

D'un autre côté, le choix d'une langue ne signifie pas forcément que les parties ont voulu établir un lien quelconque avec le pays où la langue est parlée. Mais, la langue utilisée dans la rédaction du contrat peut constituer un indice important pour le Juge dans le cas où les parties n'ont pas la même langue.

Sans pour autant être décisif, le choix d'une monnaie peut guider le juge dans la détermination de la loi applicable. La "lex pecuniae" est certes parfois due à la confiance dans la stabilité de la monnaie de compte, d'où la possibilité d'appliquer la législation monétaire correspondante, mais elle peut avoir été celle qui exprime le mieux les aspirations des parties contractantes.

Les clauses attributives de juridiction et les clauses compromissaires constituent également des indices en faveur de la loi du for ou des arbitres choisis, bien qu'il n'y ait pas de lien nécessaire entre la compétence juridictionnelle et la compétence législative.

On admet généralement que si l'une des lois en conflit annule le contrat, c'est celle qui le valide qui est choisie par les parties, car il est invraisemblable que les parties aient choisi une loi qui anéantit leur volonté.

L'attitude des parties postérieurement à la conclusion du contrat peut également constituer un indice de rattachement. Par exemple, la loi par rapport à laquelle une demande en justice a été formulée est dans le silence des parties au moment de la conclusion du contrat, compétente pour régir celui-ci.

PAR III - LIMITES DE LA LOI D'AUTONOMIE

La relation contractuelle est un ensemble juridique complexe dont les éléments ne sont pas tous nécessairement soumis à la loi désignée par les parties ou par la règle de conflit supplétive. Parce que certaines questions peuvent relever d'autres catégories de rattachement que le contrat, la loi qui gouverne celui-ci sera écartée pour laisser place à la loi désignée par une autre règle de conflit.

Est du domaine de la loi contractuelle, tout ce qui touche à la formation et aux effets du contrat.

La connaissance du droit interne des contrats suffit pour déterminer les questions qui relèvent de cette loi. Quels sont les éléments auxquels on pourra appliquer une loi autre que la loi du contrat ?

A- LES MESURES DE POLICE ET DE SÛRETÉ

Il y a dans tous les systèmes juridiques, des situations contractuelles qui, partiellement ou totalement, échappent, au mécanisme du conflit de lois bien qu'elles naissent d'un contrat international.

C'est le cas des lois dites « d'application immédiate », parfois appelées « lois de police contractuelle ». En effet, chaque Etat considère qu'une partie de la législation doit s'appliquer à toute situation juridique, même internationale, qui développe ses effets sur son territoire, et cela, sans tenir compte de la loi qui lui serait normalement applicable.

Les parties à un contrat international ne peuvent donc échapper à certaines règles qui sont d'application immédiate, c'est-à-dire appliquée sans le détour par la règle de conflit. Ainsi, un contrat international de travail qui s'exécute en Côte d'Ivoire, sera soumis pour l'essentiel à la loi ivoirienne, même si, les parties avaient choisi de le soumettre à une autre loi.

B - LA CAPACITÉ DES PARTIES

La capacité des parties, peut-elle être appréciée en vertu d'une loi qu'elles auront librement choisie ? Ce serait le cas si la capacité dépendait de la loi applicable au contrat. Ce n'est pas la solution du droit ivoirien, ni celle de nombreux systèmes juridiques étrangers, qui s'en remettent à la loi personnelle de chaque contractant, c'est-à-dire sa loi nationale ou celle du domicile.

Afin de protéger l'un des contractants contre une nullité fondée sur l'incapacité de l'autre, la jurisprudence française admet depuis longtemps l'excuse d'ignorance légitime de cette incapacité. On retrouve une solution équivalente dans l'article 11 de la Convention de Rome.

C - LE TRANSFERT DES DROITS RÉELS

Dans toute vente, il y a transfert de la propriété d'un bien. La loi applicable au contrat ne régit pas nécessairement la question du transfert du droit réel, que le bien soit un meuble ou un immeuble. La loi de situation du bien interviendra en raison de sa force d'attraction particulière à l'égard des biens et de son rôle essentiel pour la protection des tiers.

On avait envisagé de distinguer les effets du contrat entre les parties, des effets à l'égard des tiers pour soumettre les premiers à la loi du contrat et les seconds à la loi de situation. Renonçant à cette solution qui introduit une distinction, source de complication et d'incertitude, on préfère s'en remettre à la loi de situation du bien, pour l'ensemble du contrat.

Cette solution ne présente pas de difficultés particulières pour les immeubles, d'autant moins que souvent, la loi d'autonomie se confondra avec la loi réelle. En revanche, à l'égard des meubles, susceptibles de déplacement d'un pays à un autre, la complexité peut être plus grande, principalement en raison de la particularité de certains droits étrangers comme ceux du Sénégal et de l'Allemagne.

En effet, dans une vente d'un bien meuble situé en Allemagne, le transfert de la propriété s'opérera selon les solutions du droit allemand, même si le contrat est soumis à la loi française adoptant le transfert solo consensus. L'échange des consentements ne suffira

pas à transférer la propriété, il faudra procéder aux formalités de tradition¹ prévues par le droit allemand.

Pour la vente d'un bien meuble situé en France, le transfert de la propriété s'opérera selon les règles françaises, donc au moment de l'échange des consentements, même si le contrat est soumis à la loi allemande.

La difficulté à régler cette Question explique que, dans les diverses conventions concernant la vente, on ait renoncé à prendre position. Seul le problème du transfert des risques, souvent lié à l'usage d'un INCOTERM, est envisagé dans la Convention de Vienne.

L'inadaptation aux relations commerciales internationales des solutions en faveur de l'application d'une loi étatique telle que tirée de la méthode conflictuelle, a conduit au recours aux règles matérielles, régissant directement le fond du droit, comme les Incoterms en offrent les modèles les plus significatifs.

SECTION II - LE RECOURS AUX RÈGLES MATÉRIELLES : LES INCOTERMS.

Le contrat de vente est souvent établi de manière très rudimentaire. Il y a pourtant des points sur lesquels les parties doivent être d'accord, car ils déterminent l'étendue de leurs engagements dans les diverses phases de l'exécution du contrat, et en particulier dans la phase du transport. Il est indispensable que chacun sache à quoi il s'engage, ce qui lui permet non seulement de s'exécuter, mais aussi de s'assurer contre les risques pouvant surgir dans les différentes phases d'exécution du contrat.

Par une terminologie simple, constituant les « termes du commerce international ou selon la terminologie et l'abréviation anglaise « INCOTERMS », mise au point par la chambre de commerce internationale, on a établi les différentes obligations du vendeur et de l'acheteur en répartissant entre eux les risques et les coûts. Ces INCOTERMS constituent un des aspects de la Lex mercatoria.

Par I - L'INSTITUTION DES INCOTERMS

La mise en place des incoterms qui s'est opérée dans les années 1920 n'a pas abouti à une réglementation figée. Plusieurs révisions de ces termes ont eu lieu, la plus récente est celle de 2010, entrée en vigueur en janvier 2011, qui a permis de réduire leur nombre, de mieux préciser leur portée et de faciliter leur compréhension, et donc leur utilisation, en introduisant une systématisation de leur présentation.

La nouvelle nomenclature des incoterms comprend des termes rangés en quatre catégories. Pour faciliter l'exposé des obligations de chaque partie, on les a classées en 10 rubriques, classés de A1 à A10 pour le vendeur et B1 à B10 pour l'acheteur.

En plus de l'obligation principale (A1 et B1) pesant sur chacun d'eux qui est de fournir une marchandise conforme pour le vendeur et d'en payer le prix pour l'acheteur, chaque

INCOTERM permet de répartir les autres obligations à savoir fournir les licences, autorisations, et accomplir les formalités, prendre en charge le transport et l'assurance, modalités de la livraison, transfert des risques, la répartition des frais, les avis à donner à l'autre partie, la preuve de la livraison, les documents de transport ou les données informatiques équivalentes ; la vérification, les emballages, le marquage, l'inspection de la marchandises et autres obligations.

A- LES DIFFERENTS GROUPES D'INCOTERMS

Jusqu'à 1990, il n'existait pas un classement précis des incoterms. On se consentait de les regrouper en fonction des obligations qui pesaient sur l'une ou l'autre partie, ce qui conduisait à opposer ceux qui paraissaient plus favorables au vendeur de ceux qui semblaient profiter à l'acheteur. Depuis 1990, on distingue quatre groupes utilisant la première lettre de chaque incoterm pour déterminer son groupe : groupe E, F, C, et D. Dans le premier groupe, « E », il n'y a qu'un seul terme commercial, tandis qu'on en trouve aujourd'hui trois pour « F », quatre pour « C » et trois pour « D ».

Les Incoterms sont une norme admise dans le monde entier, à ce titre, comme toutes les normes (industrie, qualité, pollution), leur appellation ne souffre aucune divergence.

Les incoterms visent à uniformiser les termes commerciaux les plus utilisés dans le commerce international en définissant par un terme unique, interprétable d'une façon identique de par le monde, une relation donnée entre un client et un fournisseur. Ils représentent un langage commun à la disposition des commerçants de langues et de pratiques commerciales différentes.

Ils ont pour but de régler : La répartition des frais liés au transport des marchandises ; Le transfert des risques au cours du transport des marchandises. Les incoterms sont définis par des sigles répartis en trois catégories : les incoterms de vente au départ (familles des E, C ou F) où les charges et les risques liés au transport principal sont supportés par l'acheteur; Les incoterms de vente à l'arrivée (famille des D) où les charges et les risques liés au transport principal sont supportés par le vendeur; L'incoterm DAF, où le vendeur supporte les frais et les risques de transport jusqu'à une frontière donnée, au-delà de laquelle l'acheteur prend le relais.

Le choix d'un incoterm résulte de la négociation commerciale, mais aussi des capacités organisationnelles de l'entreprise et des facteurs extérieurs tels que les habitudes de marchés et les pratiques des entreprises concurrentes.

Ce choix conditionnant le montant du contrat de transport, il est important de respecter certaines recommandations. Avant d'envisager un transport de marchandises à l'international, il faut répondre à cette question importante : à quel moment, les risques et les frais sont-ils transférés à l'acheteur ?

Libellé Anglais

Libellé Français

Code	Descriptif	Descriptif	Code
EXW	EX Works... Name place -	Usine (EN), usine, (à l') lieu convenu	ENU
FCA	Free Carrier Name place	Franco Transporteur lieu convenu	FCT
FAS	Free Alongside ship named port of shipment	Franco le Long du navire port d'embarquement convenu	FLB ;
FOB	Free On Board named port of shipment	Chargé A Bord... port d'embarquement convenu	CAB
CFR	Cost and Freight named port of destination	Coût et Fret... port de destination convenu	CFR ; ..
CPT	Carriage Paid To named port of destination	Port Payé jusqu'à port de destination convenu	POP
CIF	Cost, Insurance, Freight... named port of destination	Coût, Assurance et Fret... port de destination convenu	CAF
CIP	Carriage and Insurance Paid to. Named place of destination	Port et Assurance Payés, port de destination convenu	PAP
DAT	Delivered At Terminal... Named port of destination	Rendu au Terminal... port de destination convenu	RPD
DAP	Delivered at Place named port of destination	Rendu au... lieu de destination convenu	RLD

DDP	Delivered Duty Paid... named place of destination	Rendu Droits Acquittés... lieu de destination convenu	RDA
-----	--	---	-----

B- LES OBLIGATIONS DANS CHAQUE GROUPE

a) Le terme EXW

Ce terme implique l'obligation minimale pour le vendeur, qui doit mettre à la disposition de l'acheteur, dans son établissement, une marchandise individualisée à la date et au lieu convenu, si rien n'est stipulé sur ce point on se réfère à l'usage et à la détermination d'un délai raisonnable.

Dès ce moment, il y a transfert des risques, même si l'acheteur ne prend pas livraison. En effet, l'acheteur doit prendre livraison et procéder à ses frais à l'acheminement de la marchandise à destination.

Pour cela, il doit être prévenu, dans un délai raisonnable, du moment et du lieu de la mise à disposition de la marchandise et doit bénéficier du concours du vendeur pour obtenir toutes les informations nécessaires pour l'assurance ou l'expédition de la marchandise.

b) Les termes des groupes F et C :

Dans ces termes, on prend position sur la prise en charge du transport, des frais et des risques. L'opération d'exportation est souvent accompagnée d'un transport combiné, multimodal, avec un transport principal, souvent effectué par mer, e: des transports d'approche. Cela permet d'apposer les termes en « F » à ceux en « C ». Dans les termes en F le transport principal n'est pas acquitté par le vendeur. Un point est convenu pour la livraison de la marchandise par le vendeur.

Il s'agit généralement de la remise au transporteur désigné par l'acheteur qui se chargera du transport principal. Jusqu'à ce point, le vendeur doit organiser et prendre en charge les frais et risques du pré-acheminement de la marchandise. Le terme « FCA » sera utilisé pour un transport terrestre, fluvial ou aérien, encore un transport maritime multimodal, dans lequel il ne s'agit pas de livrer à bord ou le long du quai.

Lorsque le transport se fait par la voie maritime, on peut adopter l'un des deux autres termes prévus dans ce groupe : FAS ou FOB. Le terme « FAS », est un terme, propre au transport maritime ou fluvial, qui n'est pas très contraignant pour le vendeur, qui doit livrer la marchandise le long du navire désigné par l'acheteur soit à quai, soit sur les allèges, à la date convenue.

Dans le terme « FOB », utilisable en matière maritime ou fluvial, bien que les incoterms 2010 n'en fassent plus expressément référence, le bastingage, c'est à dire le passage de l'aplomb des limites du navire, joue un rôle pratique important. Dans ce cas, la livraison est effectuée dès lors que la marchandise est à bord. Elle est considérée comme à bord, dès le bastingage.

Le vendeur doit prendre en charge tout ce qui précède ce moment : transport jusqu'au navire, dédouanement de la marchandise, licence d'exportation, frais et taxes éventuellement dus pour l'exportation. En ce qui concerne le chargement, on détermine la participation du vendeur et de l'acheteur en fonction des usages du port, d'où l'intérêt de les connaître. On déduit de ces différentes situations que la livraison n'est possible que si le transporteur principal est connu du vendeur.

Il est de l'obligation de l'acheteur de désigner ce transporteur et d'en informer le vendeur dans un délai raisonnable. Il peut arriver que, suivant le contrat ou l'usage, le vendeur conclut le contrat de transport, mais ce sera toujours aux frais et risques de l'acheteur.

Faute de désignation d'un transporteur dans le délai prévu pour la livraison, le vendeur peut prendre l'initiative de conclure le contrat pour le compte de l'acheteur et à ses frais. Si aucun transporteur n'est disponible, les risques passeront à l'acheteur au jour prévu pour la remise de la marchandise au transporteur. Dans les termes « C », le transport principal est acquitté par le vendeur.

Cela ne signifie pas pour autant qu'il assume les risques jusqu'au terme du transport. Pour éviter toute confusion entre les termes « C » et « D » :

Il faut retenir la distinction entre la charge des risques et l'acquiescement du prix du transport avec dans certains cas le coût de l'assurance. Dans les termes « C » même si le vendeur paie le transport principal et parfois l'assurance, cela n'empêche pas que son obligation de livraison soit exécutée avant que le transport principal ne commence, par la remise de la marchandise au transporteur.

Le transfère des risques se situe au moment où la marchandise est embarquée.

Parmi les termes « C », on peut établir deux catégories :

Les termes relatifs au transport maritime : CFR et CIF et les termes relatifs à tous les modes de transports : CPT et CIP.

Si les deux termes du premier groupe sont réservés au transport maritime, c'est essentiellement parce qu'ils imposent au vendeur de fournir à l'acheteur un document qui n'existe qu'en matière maritime : le connaissement ou une lettre de transport maritime.

Dans tous les cas, CFR et CIF, où le vendeur doit fournir un connaissement, il doit s'agir d'un connaissement net, c'est-à-dire ne comportant aucune clause surajoutée par celui qui prend en charge la marchandise et qui constaterait le mauvais état de cette

marchandise ou de son emballage. Sauf disposition contraire, il doit également s'agir d'un connaissement négociable, qui permet de vendre la marchandise pendant le transport.

Si dans l'un de ces INCOTERMS en « C » apparaît la lettre « I », cela signifie que le vendeur prend en charge l'assurance.

• Les termes du groupe « D »

Pour la plupart des produits manufacturés, il existe une préférence pour ces termes, l'acheteur peut ainsi comparer le prix entre le produit importé et le produit qu'il trouve sur place.

Lorsque l'on choisit un terme en « D », il faut savoir comment déterminer celui qui convient le mieux à la marchandise que l'on doit transporter. Trois éléments seront pris en considération :

- Le mode de transport
- La répartition des risques et des coûts liés au déchargement des marchandises destination ;
- La répartition des tâches relatives au dédouanement à l'importation.

Les termes DDP, DAT et DAP intéressent tous types de transports. Ils doivent être utilisés avec prudence par le vendeur, puisqu'ils retardent la livraison et donc le transfert des risques, jusqu'à l'arrivée à un point convenu, dans le pays de l'acheteur. S'il s'agit de vendre dans un pays où les règles et formalités d'importation sont imprécises, aléatoires ou très variables, le vendeur doit éviter ces termes.

Voici que nous arrivons au terme de cette première partie de ce cours de Droit du Commerce International. Pour voir la deuxième (2) partie, cliquez [ICI](#).