

INTRODUCTION

LE DROIT DU COMMERCE INTERNATIONAL, UNE DISCIPLINE DEVENUE INCONTOURNABLE

UN CONTEXTE DE CONCURRENCE ACCRUE ET MONDIALE

Dans le contexte économique actuel de mondialisation, aucun dirigeant, gestionnaire, avocat ou juriste d'entreprise, ne peut nier l'importance du droit du commerce international dans la vie des affaires. L'époque est en effet révolue où une entreprise pouvait circonscrire son activité dans les limites de sa région ou de son pays. L'ouverture progressive des marchés nationaux depuis 1948, à l'instigation d'abord du GATT (Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce), puis, à partir de 1995, de l'OMC (Organisation mondiale du commerce), a entraîné une concurrence internationale qui s'accroît sans cesse entre les entreprises oeuvrant dans des secteurs d'activités identiques ou similaires. Cette nouvelle donne sur le plan concurrentiel, rendue encore plus aiguë depuis le début des années 90, au moment où la mondialisation s'est accélérée, impose une aux entreprises de se positionner si elles veulent survivre. Les gestes qu'elles poseront et les comportements qu'elles adopteront à cet égard seront régis par le droit du commerce international.

Pour faire face à cette concurrence mondiale, l'entreprise dispose de certaines options, qu'elle peut utiliser isolément, mais qu'il lui faudra bien souvent combiner, d'autant que le nouvel environnement concurrentiel impose un ajustement effectué non pas une fois pour toutes, mais qui doit s'opérer au contraire de façon permanente. L'entreprise choisira par exemple de restreindre son activité à un ou des créneaux précis (stratégie de spécialisation ou de *niche*). Elle pourra aussi songer à acquérir le contrôle d'autres entreprises d'ici oeuvrant dans des secteurs d'activités identiques, similaires ou complémentaires. Elle pourra encore fusionner avec elles, immédiatement ou après l'acquisition de leur contrôle, ce qui n'empêchera pas de réaliser de surcroît une stratégie de spécialisation. Lorsque ni la fusion ni l'acquisition du contrôle par entente ne sont possibles, l'entreprise pourra envisager de forcer l'acquisition du contrôle par le lancement d'une offre d'achat hostile, du moins si les actions de l'entreprise convoitée sont cotées en bourse (cas de la société dite « ouverte »), car il est impossible de forcer la vente de titres d'une société non cotée (ou société dite « fermée »).

Quelle que soit la stratégie mise œuvre, il demeure que le marché national desservi par l'entreprise se révèle fréquemment une aire géographique trop restreinte pour l'atteinte d'une rentabilité suffisante. C'est notamment le cas des entreprises manufacturières, dont le marché d'écoulement des produits doit être d'une taille suffisante pour générer des « rendements d'échelle ». C'est aussi celui des entreprises oeuvrant dans des secteurs qui nécessitent d'importants investissements en recherche-développement, comme la conception de logiciels ou le secteur pharmaceutique, qui doivent viser un marché étendu de manière à pouvoir récupérer plus rapidement le montant des investissements réalisés, et ainsi pouvoir générer des profits. C'est pourquoi il est impératif que ces entreprises réalisent des opérations sur les marchés étrangers. Elles y vendront une partie de leur production au moyen d'exportations, en ayant généralement recours à des intermédiaires locaux. Mais elles pourront également s'y implanter,

en créant (implantation-création) des exploitations avec (filiales) ou sans ( tablissements) personnalité juridique. Les filiales pourront aussi être cr ees en ouvrant son capital à un partenaire, le plus souvent local – certains  tats d'implantation l'exigent –, dans le cadre d'un *joint-venture* (implantation-partenariat).

Les marchés étrangers forment cependant un univers très diff rent du marché national sur lequel l'entreprise a l'habitude d'agir. Les relations d'affaires s'y nouent habituellement avec des partenaires inconnus, dans un environnement juridique de surcroît parfois déroutant. Les risques, qu'ils soient de nature politique, commerciale ou financière, sont en outre bien supérieurs à ceux qui ont cours sur le marché national. L'insécurité commerciale et juridique a donc tendance à prédominer dans les opérations du commerce international.

LES STRATÉGIES D'INTERNATIONALISATION

Dans ce contexte, l'entreprise désireuse de faire affaire sur les marchés étrangers doit d'abord opter pour l'une des deux grandes stratégies d'internationalisation qui lui sont ouvertes : une *action vers l'étranger*, telle une simple vente à l'exportation réalisée par l'entremise d'intermédiaires agissant sur place, ou encore une *installation ou implantation à l'étranger*, par exemple lorsque l'entreprise crée un bureau de vente ou une usine de fabrication.

Mais, à l'intérieur même de ces deux stratégies globales se profile toute une gamme de choix plus particuliers, que l'entreprise fera en fonction de ses objectifs spécifiques. Ainsi, lorsque l'entreprise opte pour une action vers l'étranger, elle doit notamment se demander si elle doit agir seule, ou s'il ne serait pas préférable de confier cette tâche à un intermédiaire de son propre pays, comme par exemple une société spécialisée dans l'import-export. Celle-ci pourra agir en tant que mandataire de l'entreprise exportatrice, mais elle pourra devenir elle-même exportatrice, dans l'hypothèse où elle procède à l'acquisition des produits avant de les exporter. L'entreprise exportatrice a encore la possibilité de s'allier, dans le cadre d'accords plus ou moins formels comme ceux donnant naissance à des « centrales » de vente, à des entreprises de son pays, qui exportent déjà ou ont l'intention d'exporter des produits, complémentaires ou non aux siens, sur le marché visé.

Par ailleurs, qui représentera l'entreprise sur le marché étranger? Devra-t-il s'agir de salariés dépêchés spécialement sur les lieux (mobilité internationale)? Ou encore d'un partenaire local (intermédiaire ou agent)? Et, dans ce dernier cas, quels pouvoirs l'entreprise exportatrice devra-t-elle lui accorder? De simple représentation, c'est-à-dire que le partenaire local négociera et conclura les contrats de vente au nom et pour le compte de l'entreprise exportatrice (mandat)? Ou bien lui permettra-t-elle de négocier et conclure valablement les contrats en son propre nom (commissionnaire)?

En revanche, dans l'hypothèse d'une stratégie d'installation à l'étranger, convient-il d'agir isolément en créant une implantation à partir de rien? Ne serait-il pas plus approprié d'acquérir le contrôle d'une société locale oeuvrant dans le même secteur et bien implantée sur son marché, ou même de fusionner avec elle? En cas d'échec des négociations, serait-ce une bonne chose que de tenter d'en acquérir le contrôle par la force, du moins lorsque ses actions sont cotées en bourse? Sinon, ne serait-il pas adéquat de rechercher le concours de cette société, ou encore

d'une autre société oeuvrant sur ce marché, avec laquelle les investissements et la gestion de l'implantation, ainsi que les risques découlant de son exploitation, seront partagés de façon égale dans le cadre d'un *joint-venture*?

En réalité, le choix entre une stratégie d'action vers l'étranger ou d'installation à l'étranger dépend du degré d'internationalisation atteint par l'entreprise. C'est ainsi qu'habituellement, aux premiers stades de ce processus, l'entreprise n'a d'autre alternative que d'opter pour la première stratégie. Ce n'est que plus tard, lorsque qu'elle aura atteint ses objectifs de pénétration du marché visé, qu'elle pourra songer à s'y implanter. De sorte qu'il est loisible d'affirmer que l'option d'une installation immédiate à l'étranger concerne essentiellement la grande entreprise.

LES INSTRUMENTS JURIDIQUES ET FINANCIERS

À chacune des deux grandes stratégies évoquées et des options particulières qu'elles recèlent, vont correspondre des *instruments juridiques*, c'est-à-dire essentiellement des contrats. Ceux-ci formaliseront la stratégie choisie et ses modalités dans un instrument contraignant pour les partenaires.

À ces instruments juridiques vont en outre correspondre des *instruments financiers*, dictés par la nécessité de procéder de manière efficace aux paiements ou transferts de fonds devant permettre l'exécution des contrats, tout en accordant des garanties ainsi que des possibilités de financement aux partenaires.

La négociation de ces différents instruments, tant juridiques que financiers, va mettre en lumière les traits particuliers des transactions internationales. Internationales, d'abord, parce qu'elles interviennent soit entre des partenaires relevant d'États différents, soit entre des partenaires relevant du même État, mais relativement à une opération caractérisée par un élément dit d'« extranéité » que nous définirons un peu plus loin. Internationales, ensuite, parce qu'elles engendrent diverses contraintes : normatives, judiciaires, monétaires, territoriales et fiscales, inconnues des opérations purement internes, et auxquelles les règles du droit du commerce international, en particulier ses instruments juridiques et financiers, doivent apporter des solutions adéquates.

L'IMPORTANCE DE LA LOI APPLICABLE À LA SOCIÉTÉ

L'entreprise, opérateur du commerce international, ordinairement une personne morale de droit privé constituée en société, doit cependant tenir compte, dans sa stratégie d'internationalisation, de la loi qui régit son statut et son fonctionnement (*lex societatis*). Cette dernière, que l'on confond souvent avec la nationalité de la société, est étroitement liée à la localisation de son siège social statutaire. En réalité, la *lex societatis* pose fondamentalement la question de la détermination et du domaine de la loi applicable à la société lorsqu'elle exerce ses droits à l'étranger, non seulement dans l'hypothèse d'une action à l'étranger, mais encore lorsqu'elle s'y implante. Mais son importance se révèle d'une manière toute particulière lorsque l'entreprise doit se restructurer afin de rester concurrentielle tant sur son propre marché que sur

les marchés étrangers, notamment lorsqu'elle procède à cet égard à la création ou au remodelage d'un groupe international de sociétés.

UN DROIT HÉTÉROGÈNE

Le droit du commerce international forme une matière complexe, notamment parce qu'il fait intervenir plusieurs branches du droit, fait appel à des sources formelles multiples (étatiques - ou nationales -, internationales, et, à certains égards, d'origine privée - la *lex mercatoria*), entremêle ainsi le droit public et le droit privé, interne et international. Cette interaction, ce mélange des genres, constitue l'écueil principal du droit du commerce international. L'on se trouve donc devant une matière composite, qui ne possède en vérité qu'une autonomie toute relative par rapport aux autres disciplines juridiques : elle n'est bien souvent, en effet, que la résultante de la combinaison d'une multitude de disciplines juridiques s'inscrivant habituellement dans un cadre national, mais dont la présence d'éléments d'extranéité confère une autre dimension.

Il ne faut cependant pas nier une certaine part d'autonomie ou, plus justement, de traits particuliers, propre au droit du commerce international. Ces caractères originaux se révèlent dans le fait que les règles matérielles de source internationale revêtent une importance sans cesse grandissante par rapport aux règles de conflit, dans la présence d'une source formelle d'origine en partie privée (la *lex mercatoria*), et enfin dans le recours quasi systématique à l'arbitrage comme mode de règlement des différends.

DÉLIMITATION DE LA SPHÈRE DU DROIT DU COMMERCE INTERNATIONAL

Le droit du commerce international, si l'on adopte une conception large, peut en fait être décrit comme une maison à étage. À l'étage, à un niveau que l'on pourrait qualifier de macro-économique, se trouve le *droit international économique*, branche du droit international public. L'une de ses vocations, qui nous concerne plus particulièrement, est la réglementation des échanges économiques internationaux sous leurs aspects globaux. Celle-ci vise à concilier les exigences apparemment contradictoires que sont, d'une part les impératifs de l'ouverture des marchés nationaux, source de richesses accrues - selon la théorie économique - pour les économies nationales, et d'autre part la protection nécessaire de certains secteurs de l'économie nationale.

Le droit international économique ne réglemente cependant pas directement les opérations qui matérialisent les mouvements transfrontaliers des facteurs de productions (biens, personnes, services et capitaux) que permet l'ouverture des économies nationales. C'est là plutôt le domaine, à proprement parler, du *droit du commerce international*, que l'on pourrait situer au rez-de-chaussée de la maison, soit à un niveau micro-économique.

LES SOURCES FORMELLES DU DROIT DU COMMERCE INTERNATIONAL

Comme nous venons de le mentionner, le droit du commerce international, du moins dans sa composante micro-économique, est hétéroclite : il fait appel à différentes branches du droit interne, fait interagir divers systèmes juridiques étatiques, en plus d'être composé de sources internationales proprement dites. Ses sources formelles sont donc nationales et internationales. S'y ajoute une source particulière quoique contestée, à savoir la *lex mercatoria*.

Les sources nationales

Les différents *droits privés étatiques* constituent la source fondamentale du droit du commerce international, un peu comme le socle de la maison qui nous a servi d'image. Il en va d'abord ainsi parce que les systèmes juridiques étatiques comportent parfois des *règles matérielles* (de fond) applicables en tant que telles aux opérations du commerce international¹. Mais le principal apport des droits nationaux réside dans les solutions qu'ils apportent aux *conflits de lois et de juridictions* qu'impliquent la plupart du temps les opérations du commerce international.

Les règles de résolution de ces deux types de conflits forment la substance de la discipline du *droit international privé*, même si les règles matérielles, quoique peu nombreuses en pratique, en font également partie. À la base, le droit international privé est une composante des divers systèmes juridiques étatiques, de sorte qu'il serait plus approprié de parler de « droit privé international », c'est-à-dire de la partie du droit privé étatique dont l'objet principal est la résolution des conflits de lois² et de juridictions³ engendrés notamment par les opérations comportant un élément d'extranéité, qu'il soit à caractère économique ou non (critères objectifs d'internationalité), ou encore qualifiées d'internationales par les parties (critère subjectif d'internationalité).

Les sources internationales

Comme il est nécessaire d'assurer une certaine cohérence dans cet univers souvent disparate de systèmes juridiques étatiques auxquels conduisent les règles de droit international privé relatives aux conflits de lois, il convient de tenter un rapprochement (coordination ou harmonisation), voire une uniformisation (ou unification), de ces systèmes, sinon en ce qui concerne les règles matérielles, du moins au niveau des règles de conflit.

En ce qui touche le droit matériel, ce résultat est d'abord atteint au moyen de l'adoption de conventions internationales de droit uniforme. La question est donc résolue au niveau

¹ Ces règles de droit matériel portent plus proprement le nom de « règles matérielles de droit international privé ». Cela signifie que le juge étatique les applique directement, sans passer par une quelconque règle de conflit de lois, du moment qu'il a qualifiée l'opération litigieuse d'internationale en fonction soit du critère objectif soit du critère subjectif.

² La question à résoudre étant celle de savoir quel système juridique étatique va s'appliquer.

³ Cette fois, la question à résoudre porte sur la compétence des tribunaux étatiques (for) dans le cadre d'un litige à caractère international. Cette compétence comporte deux volets : d'une part la compétence directe, soit celle pour entendre et trancher un litige porté directement devant le tribunal, d'autre part la compétence indirecte, soit celle ayant trait aux conditions auxquelles le tribunal va reconnaître (reconnaissance) et déclarer exécutoire (exécution ou *exequatur*) dans son ordre juridique une décision rendue par un tribunal étranger.

interétatique, soit à l'aide de la source formelle principale du droit international public qu'est le traité (ou convention). Devant être mises en œuvre par les États parties dans leurs ordres juridiques respectifs, ces conventions ont en réalité pour but non pas tant d'*unifier* les règles matérielles étatiques à l'égard d'une opération précise de droit privé envisagée dans un perspective purement interne⁴, comme la vente ou le louage, mais plutôt d'introduire dans l'ordre juridique des États signataires des règles matérielles prenant en compte de manière spécifique l'aspect international de l'opération⁵. En effet, dans la plupart des cas, les règles matérielles des systèmes juridiques étatiques relatives à une opération de droit privé ne prennent en compte que l'aspect interne, ignorant sa perspective internationale. C'est pourquoi les règles matérielles de droit international privé, peu nombreuses au demeurant, sont l'œuvre de la jurisprudence, qu'elle crée afin de pallier les carences du législateur national.

Pour prendre un exemple de convention internationale de droit matériel, mentionnons la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises du 21 avril 1980, élaborée notamment sous les auspices de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI).

Cet organe subsidiaire de l'Assemblée générale joue un rôle majeur sur le plan du droit uniforme. Mais il y a également lieu de souligner celui d'UNIDROIT (Institut international pour l'unification du droit privé), organisation internationale intergouvernementale à part entière, qui est aussi à l'origine de la Convention de Vienne ainsi que d'autres conventions de droit matériel, dont celles d'Ottawa du 28 mai 1988 portant respectivement sur l'affacturage international et le crédit-bail international.

Il faut toutefois reconnaître que, à l'exception de la Convention de Vienne, ces instruments de droit uniforme ont peu de succès sur le plan des signatures et des ratifications étatiques. De plus, sauf pour celles qui concernent le transport international, elles peuvent être écartées, en partie ou en totalité, par les cocontractants. La raison d'une telle liberté est que ces conventions ont été conçues en fonction de l'intérêt des opérateurs du commerce international, intérêt de nature privé dont ils sont encore, selon les États, les meilleurs juges.

Devant le peu de succès et l'efficacité relative des conventions unificatrices de droit matériel, il est nécessaire d'emprunter une voie plus réaliste, à savoir celle de l'*harmonisation* des règles nationales de droit matériel. Pour cela, un instrument plus souple, d'une nature complètement différente de la convention internationale, est utilisé. Il s'agit de la loi type ou modèle, c'est-à-dire un prototype de loi sur une matière spécifique, proposé aux États, qui peuvent ainsi l'adopter, tel quel ou avec modifications, dans leur ordre juridique national.

La CNUDCI est sans conteste le fer de lance en cette matière. Son modèle ayant connu le plus de succès a cependant trait au domaine procédural, à savoir la loi type sur l'arbitrage commercial international du 21 juin 1985, sur laquelle sont basées les dispositions sur l'arbitrage

⁴ Il y a lieu de souligner l'exception que constituent les lois uniformes adoptées dans le cadre de l'OHADA (Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires). Ces lois, qui comportent parfois des dispositions visant les aspects internationaux, unifient le droit matériel interne des seize États membres dans les différentes disciplines comprises communément dans ce qu'on appelle le « droit des affaires ».

⁵ Il est nécessaire de souligner que ces conventions internationales de droit matériel comportent aussi, la plupart du temps, des règles de conflits de lois.

que l'on retrouve aux articles 940 à 951.2 du Code de procédure civile du Québec. Les lois types de droit matériel, telles celles sur les virements internationaux (1992), sur le commerce électronique (1996) ou encore sur l'insolvabilité internationale (1997), connaissent cependant beaucoup moins de succès, même si leur influence sur les législations nationales peut se révéler parfois non négligeable.

Comme l'unification et l'harmonisation des différentes règles étatiques de droit matériel constituent des entreprises semées d'embûches et d'une efficacité restreinte, les États limitent souvent leurs efforts à une tentative d'unification ou d'harmonisation de leurs règles de droit international privé portant sur les conflits de lois et de juridictions. Cela peut se faire au moyen de la conclusion de traités, le plus souvent bilatéraux. Mais, en Europe, dans le cadre particulier de la Communauté européenne (CE), une unification a pu avoir lieu à une échelle multilatérale tant en ce qui concerne les conflits de lois que de juridictions. C'est ainsi que, sur le plan des conflits de lois en matière contractuelle, le droit commun des États de la CE se trouve dans les dispositions de la Convention de Rome du 19 juin 1980⁶. Relativement aux conflits de juridictions, l'unification à l'échelle européenne résulte des dispositions du règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

La *lex mercatoria*

Parmi les sources du droit du commerce international, il y a lieu de souligner l'importance qu'ont les usages (ou pratiques répétées) des opérateurs, qui s'expriment souvent par des contrats types, qu'il s'agisse des usages propres à une communauté déterminée de commerçants ou de ceux qui sont communs à l'ensemble des opérateurs du commerce international. À cet égard, certaines associations privées, représentatives des opérateurs du commerce international, se sont donné entre autres pour mission de procéder, à des fins de clarté et de sécurité juridiques, à la codification de ces usages. Il en va ainsi de la Chambre de commerce internationale (CCI), qui est à l'origine des *Incoterms* ainsi que des *Règles et usances uniformes CCI en matière de crédits documentaires*, que nous étudierons dans le cadre du cours.

Les arbitres du commerce international contribuent, de leur côté, à la formulation de ce que l'on appelle les « principes transnationaux » ou « principes généraux du droit du commerce international ». Ceux-ci sont formés de principes généraux issus soit de la recherche des principes communs aux différents systèmes juridiques étatiques, soit encore de règles matérielles de source internationale, comme celles que l'on retrouve dans les conventions - que celles-ci soient en vigueur ou non - ou les lois types.

Ces principes ont fait l'objet de deux essais de regroupement et de systématisation, à la manière d'une codification, mais qui demeure d'origine privée. La plus importante des deux a été effectuée par UNIDROIT⁷. Il s'agit des *Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international*. Ceux-ci forment une sorte de code du droit des contrats internationaux, issu de la

⁶ Cette convention est présentement dans un processus de transformation en règlement de la Communauté européenne, dit « projet de règlement Rome I ».

⁷ L'autre codification a été l'œuvre d'une commission composée d'universitaires de différents États européens, présidée par le professeur Ole Lando. Elle porte le nom de *Principes pour un droit européen des contrats*. Ceux-ci ont été publiés en trois phases, au cours des années 1995, 1998 et 2002.

combinaison et de la conciliation des règles générales du droit des contrats qui sont communes aux deux systèmes juridiques les plus répandus dans le monde, soit le droit civil (ou système romano-germanique) et la *common law*.

Se pose alors la question de savoir si les usages du commerce international et les principes transnationaux, les deux éléments qui, ensemble, composent ce qu'on dénomme la *lex mercatoria* (ou *jus mercatorum*), forment un ordre juridique - si tant est qu'on puisse parler d'« ordre juridique » - distinct des différents ordres juridiques étatiques. En d'autres mots, un contrat international peut-il être régi uniquement par la *lex mercatoria*, sans faire référence à une quelconque loi étatique? C'est là tout le problème du « contrat sans loi », ou « anational », que nous verrons pendant le cours.

DÉFINITION DE LA MATIÈRE DANS SA COMPOSANTE MICRO-ÉCONOMIQUE

On peut définir schématiquement le droit du commerce international dans sa composante micro-économique, au sens strict et dans une vision traditionnelle, comme l'étude des règles s'appliquant aux opérateurs et aux opérations du commerce international.

Ces dernières peuvent être qualifiées d'internationales de deux manières : soit lorsqu'elles sont rattachées à au moins deux ordres juridiques étatiques sur la base de critères objectifs, qu'ils soient à caractère économique ou non, tels la nationalité des parties, leur domicile ou siège social, ou encore le lieu de conclusion ou d'exécution du contrat; soit également lorsqu'elles sont qualifiées comme telles par les parties dans leur contrat, sans égard à la présence d'éléments objectifs rattachant l'opération à au moins deux ordres juridiques étatiques (critère subjectif).

Toutefois, afin de rendre compte adéquatement du phénomène actuel de mondialisation de l'économie et des affaires, une vision plus large du droit du commerce international s'impose. Elle consiste d'abord à le faire s'épanouir en un *droit des affaires internationales*. Il s'agit alors d'inclure dans son étude non seulement les éléments de droit fiscal (et comptable) pertinents, mais également l'examen de l'importante question des fusions (et opérations assimilées : scissions et apports partiels d'actif) et acquisitions internationales de sociétés; en d'autres mots, des restructurations internationales, qui permettent la création et la recombinaison de groupes internationaux de sociétés de nature financière, c'est-à-dire caractérisés par une participation de contrôle⁸ détenue par une société mère dans le capital de sociétés filiales⁹.

Cet élargissement de la conception de la matière n'est néanmoins pas tout à fait suffisant : l'étude du droit du commerce international doit de surcroît englober celle de questions connexes, dont l'ampleur se révèle à mesure que se déploie le phénomène de mondialisation. Il en va ainsi de la mobilité internationale des salariés de l'entreprise, de sorte que les aspects touchant au *droit du travail* et à la *protection sociale* doivent être pleinement pris en compte.

⁸ Le contrôle est une notion difficile à cerner. Il peut néanmoins être défini comme le pouvoir d'influer sur le cours des activités d'une société et, généralement, de sa vie sociale. La participation de contrôle s'oppose en cela à la participation dite de portefeuille, qui ne constitue qu'un simple placement.

⁹ À l'opposé, les groupes dits contractuels sont le fruit de rapprochements entre sociétés au moyen de la conclusion de contrats qui vont les lier les unes aux autres, soit sur un pied d'égalité (accords de collaboration), comme les *joint-ventures*, soit dans un rapport de dépendance de fait existant en dehors de tout lien de capital (accords d'intégration), comme il en va par exemple de la plupart des accords de distribution.

Une telle amplification du champ d'application de la matière a pour résultat que le droit du commerce international, dans le cadre du cours, sera abordé non seulement dans sa conception traditionnelle, telle que nous l'avons déjà définie, mais plus encore suivant une vision que les auteurs d'un des manuels cités plus bas (Mousseron, Raynard, Fabre et Pierre) qualifient librement de *droit international de l'entreprise*, c'est-à-dire qui intègre tous les aspects juridiques qui interviennent dans le cadre de l'activité internationale de l'entreprise et dont celle-ci doit impérativement tenir compte.

OBJECTIF PÉDAGOGIQUE GÉNÉRAL

L'objectif général du cours revêt deux aspects : il vise d'abord à ce que l'étudiant puisse identifier et comprendre les principales règles juridiques, quelles qu'en soient les sources, relatives tant aux opérateurs qu'aux opérations du commerce international. Il vise également à ce qu'il puisse saisir la manière dont ces différentes règles interagissent lors de la mise en œuvre des diverses modalités qui concrétisent une stratégie globale d'ouverture de l'entreprise vers les marchés internationaux, à savoir en fonction soit d'une action vers l'étranger, soit d'une installation à l'étranger.

OBJECTIFS PÉDAGOGIQUES SPÉCIFIQUES

Au terme de cet enseignement, l'étudiant devrait être en mesure :

- de **connaître**, dans ses grandes lignes, l'histoire et les tendances actuelles du droit du commerce international;
- de **comprendre** sommairement l'organisation juridique globale des échanges commerciaux internationaux issue des accords administrés et mis en œuvre par l'OMC, de même que la place que tiennent, dans ce cadre, les accords régionaux (CE, marché commun du cône sud - MERCOSUR-, accord de libre-échange nord-américain - ALÉNA);
- d'**identifier** les diverses sources du droit du commerce international et leur imbrication;
- de **connaître** les solutions qu'apportent les différents systèmes juridiques étatiques aux problèmes de conflits de lois et de juridictions qui se posent habituellement dans le cadre des opérations du commerce international, ainsi que le rôle et la place des différents instruments internationaux de droit matériel ou conflictuel;
- d'**identifier** les règles juridiques applicables aux opérateurs, surtout privés, du commerce international, et de **saisir** le rôle qu'elles jouent dans le cadre de la création et des recompositions d'un groupe international de sociétés;
- de **comprendre** les implications juridiques qui découlent des contraintes particulières (normatives, judiciaires, monétaires, territoriales et fiscales) avec lesquelles l'entreprise doit composer lorsqu'elle effectue des opérations de commerce international; en ce sens, **saisir** les

diverses manières dont le droit du commerce international, par l'utilisation en particulier de ses instruments à caractère contractuel, permet de résoudre les difficultés que ces contraintes engendrent;

- d'**identifier** les principales règles juridiques, quelles qu'en soient les sources, applicables aux diverses opérations du commerce international, suivant la grande division proprement pédagogique entre instruments juridiques et financiers.

PLAN DU COURS

INTRODUCTION

Section 1 - Histoire et tendances actuelles du droit du commerce international

§ 1 - De la Haute Antiquité à la fin du Moyen Âge : formation du commerce international et de son droit

A - La Haute Antiquité et l'Antiquité : naissance et développement du commerce international

1 - La Haute Antiquité : apparition du commerce international

- a) Babylone : du 4^e millénaire avant J.-C. jusqu'à 539 avant J.-C.
- b) Les Phéniciens : du 2^e millénaire avant J.-C. jusqu'au 4^e siècle avant J.-C.

2 - L'Antiquité : développement du commerce international

- a) La Grèce : de 1 500 avant J.-C. à 323 (mort d'Alexandre le Grand)
- b) Rome : de 753 avant J.-C. à 476 (chute de l'Empire romain d'Occident)

B - Le Moyen Âge : naissance et développement du droit du commerce international

1 - Le Haut Moyen Âge (de 476 à l'an mil) : stagnation du commerce international

2 - Le Bas Moyen Âge (de l'an mil à 1500) : reprise du commerce international et formation d'un droit propre à la communauté des commerçants internationaux

- a) Les croisades
- b) Les foires

§ 2 - De la Renaissance à aujourd'hui : expansion géographique, industrialisation et mondialisation

A - De la Renaissance à la Première Guerre mondiale (de 1500 à 1914) : expansion du commerce international et perfectionnement de son droit devenu national

1 - De la découverte de l'Amérique jusqu'à la Révolution française (de 1492 à 1789)

- a) La découverte de l'Amérique (1492) : élargissement géographique du commerce international
- b) La naissance et la consécration de l'État (traités de Westphalie, 1648) : l'« étatisation » du droit commercial

2 - De la Révolution française jusqu'au premier conflit mondial (de 1789 à 1914)

- a) L'avènement de la souveraineté nationale ou de l'État-nation (1789)
- b) La révolution industrielle et la théorisation des échanges commerciaux internationaux (fin du XVIII^e siècle - début du XIX^e siècle)
- c) Le libre-échange à l'état pur (de 1815 à 1914)

B - L'entre-deux-guerres (1918 à 1939) : l'ère du protectionnisme

C - La période contemporaine (1945 à aujourd'hui) : encadrement juridique du commerce international et mondialisation de l'économie

1 - Les prémices et la première phase de la mondialisation (de 1941 à 1960)

- a) De 1941 à 1948 : établissement des bases de l'ordre international économique contemporain
- b) De 1945 à 1960 : expansion du commerce international sur le fondement du libre-échange désormais encadré

2 - Le visage contemporain de la mondialisation (de 1960 à aujourd'hui)

- a) De 1960 à 1980 : accroissement des flux d'investissement direct et affirmation de la puissance économique des multinationales
- b) De 1980 à aujourd'hui : décloisonnement, « financierisation » de l'économie et débâcle du système

Section 2 - Les notions de commerce international et de droit du commerce international

§ 1 - Le commerce international défini par le caractère international des opérations

A - Le critère subjectif : la volonté des parties (art. 3111 du Code civil du Québec)

B - Les critères objectifs

1 - Les critères à caractère économique :

- a) Le « flux et reflux » par-delà les frontières (arrêt *Pélissier du Besset*, Cour de cassation française, Chambre civile, 17 mai 1927)
- b) Le critère dérivé : la mise en cause des intérêts du commerce international (art. 940.6 du Code de procédure civile du Québec)

2 - La présence d'éléments d'extranéité

§ 2 - Le droit du commerce international

A - La composante macro-économique

B - La composante micro-économique

1 - La définition traditionnelle

2 - La définition élargie

PREMIÈRE PARTIE

LA COMPOSANTE MACRO-ÉCONOMIQUE DU DROIT DU COMMERCE INTERNATIONAL : LE COMMERCE INTERNATIONAL DES BIENS ET SERVICES

TITRE 1

LE CADRE INSTITUTIONNEL

CHAPITRE 1

LE GATT (DU 1^{ER} JANVIER 1948 AU 31 DÉCEMBRE 1994)

Section 1

Les éléments historiques

Section 2

Les fondements du GATT

§ 1 - La théorie économique sous-jacente

§ 2 - Le libre-échange organisé

§ 3 - La consécration du multilatéralisme

A - La liberté des échanges

B - La non-discrimination (ou égalité de traitement)

C - La réciprocité des avantages (concessions) négociés

CHAPITRE 2

L'OMC (DU 1^{ER} JANVIER 1995 À AUJOURD'HUI)

Section 1

L'OMC, cadre institutionnel commun

§ 1 - L'Accord instituant l'OMC : l'appareil institutionnel

A - Les organes intergouvernementaux :

1- La conférence ministérielle

2- Le Conseil général

B - Les organes techniques

1 - Le secrétariat

2 - Le directeur général

§ 2 - Les quatre annexes à l'Accord instituant l'OMC

A - L'annexe 1

1 - L'annexe 1 A : les accords multilatéraux sur le commerce des marchandises

2 - L'annexe 1 B : l'Accord général sur le commerce des services (AGCS ou GATS)

3 - L'annexe 1 C : l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC ou TRIPS)

B - L'annexe 2 : le mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends

C - L'annexe 3 : le mécanisme d'examen des politiques commerciales

D - L'annexe 4 : les accords commerciaux plurilatéraux

1 - L'Accord sur le commerce des aéronefs civils

2 - L'Accord sur les marchés publics

3 - L'Accord international sur le secteur laitier (abrogé le 31 décembre 1997)

4 - L'Accord international sur la viande bovine (abrogé le 31 décembre 1997)

Section 2

L'OMC, enceinte unique des négociations commerciales multilatérales

TITRE 2

LE COMMERCE INTERNATIONAL DES MARCHANDISES : LES PRINCIPES GÉNÉRAUX COMMUNS

CHAPITRE 1

L'ACCÈS AU MARCHÉ

Section 1

Le principe de la protection douanière exclusive (article XI, § 1, du GATT 1994)

§ 1 - Les droits de douane comme instruments uniques de protection des marchés nationaux

§ 2 - L'interdiction de principe des barrières non douanières

Section 2

La non-discrimination

§ 1 - L'égalité de traitement entre les produits étrangers à l'importation : la clause de la nation la plus favorisée inconditionnelle (article I du GATT 1994)

A - Définition et historique

B - Application et portée

§ 2 - L'égalité de traitement entre les produits étrangers à l'importation et les produits nationaux : la clause du traitement national (article III du GATT 1994)

A - Définition

B - Application et portée

CHAPITRE 2

LES RÈGLES MULTILATÉRALES DE DÉFENSE COMMERCIALE

Section 1

La lutte contre une pratique déloyale des entreprises : le *dumping*

§ 1 - Le *dumping* condamnable

§ 2 - L'imposition de droits anti-dumping

Section 2

La lutte contre une pratique déloyale étatique : les subventions

§ 1 - Classification des subventions et différenciation de leur régime juridique

§ 2 - Le recours aux mesures compensatoires

Section 3

La défense liée à la désorganisation des marchés : le recours à des mesures de sauvegarde

§ 1 - La clause de sauvegarde (article XIX du GATT 1994)

§ 2 - L'Accord de 1994 sur les sauvegardes

CHAPITRE 3 LES EXCEPTIONS ET DÉROGATIONS

Section 1

Les exceptions

§ 1 - Les exceptions ayant trait aux niveaux de développement et aux intégrations régionales

A - Le commerce multilatéral et les États en voie de développement

1 - La reconnaissance du principe de non-réciprocité dans les négociations commerciales (Partie IV du GATT 1994)

2 - La légalisation des préférences généralisées (la « clause d'habilitation » de 1979)

B - Le commerce multilatéral et les intégrations économiques régionales (article XXIV du GATT 1994)

1 - Les zones de libre-échange

2 - Les unions douanières

§ 2 - Les exceptions d'ordre général et liées à la sécurité

A - Les exceptions générales (article XX du GATT 1994)

1 - Les produits exclus du commerce international

a) Les produits exclus en raison de leurs liens avec les fonctions souveraines de l'État

- L'importation ou l'exportation de l'or ou de l'argent [art. XX c)]

- Les mesures protectrices des trésors nationaux [art. XX f)]

- Les articles fabriqués dans les prisons [art. XX e)]

b) Les produits exclus en raison de leurs caractéristiques propres

- La conservation des ressources naturelles épuisables [art. XX g)]

- Les produits de base [art. XX h)]

2 - La défense de l'ordre public

a) La licéité des objectifs poursuivis

- La défense de la moralité publique [article XX a)]
 - La protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ainsi que la préservation des végétaux [article XX b)]
 - Le respect des droits de propriété intellectuelle [article XX d)]
 - La protection des consommateurs [article XX d) *in fine*]
- b) Les limites inscrites dans le « chapeau » de l'article XX
- L'absence de discrimination arbitraire ou injustifiée
 - L'absence de restriction déguisée au commerce international : le critère de nécessité

B - Les exceptions concernant la sécurité (article XXI du GATT 1994)

1 - L'exception de sécurité internationale

2 - L'exception de sécurité nationale

Section 2

Les dérogations (article IX, § 3 et 4, de l'Accord instituant l'OMC)

DEUXIÈME PARTIE

LA COMPOSANTE MICRO-ÉCONOMIQUE DU DROIT DU COMMERCE INTERNATIONAL

CHAPITRE INTRODUCTIF

LES SOURCES FORMELLES DU DROIT DU COMMERCE INTERNATIONAL

Section 1 - Les sources nationales

§ 1 - Les règles matérielles posées par la jurisprudence

§ 2 - Les règles de conflits de lois et de juridictions

Section 2 - Les sources internationales

§ 1 - L'élaboration de règles matérielles

A - Les conventions internationales

B - Les lois modèles

§ 2 - L'harmonisation et l'unification des règles de conflit

A - Les traités bilatéraux

B - Le cas particulier de la Communauté européenne

1 - Les conflits de lois : la Convention de Rome de du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles

2 - Les conflits de juridictions : le règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

Section 3 - Une source particulière : la *lex mercatoria*

§ 1 - Le débat autour de l'existence, la nature et l'autonomie de la *lex mercatoria*

§ 2 - Le contenu de la *lex mercatoria*

A - Les usages du commerce international

1 - Les usages communs à l'ensemble de la communauté des commerçants internationaux

2 - Les usages propres à une communauté déterminée de commerçants

B - Les principes généraux du droit du commerce international

1 - Les principes généralement acceptés par la majorité des systèmes juridiques étatiques

2 - Les principes inscrits dans les conventions internationales ou les lois modèles

3 - Les principes figurant dans les codifications privées

4 - Les principes dégagés par la jurisprudence arbitrale

TITRE 1

LES OPÉRATEURS DU COMMERCE INTERNATIONAL

CHAPITRE 1

LES OPÉRATEURS PUBLICS : L'ÉTAT ET SES ÉMANATIONS

Section 1

Le droit des investissements directs étrangers

§ 1 - Le droit applicable aux contrats d'État

A - Perspective théorique

B - Les clauses contractuelles courantes

1 - Les clauses de droit applicable (*electio juris*)

2 - Les clauses d'intangibilité et de stabilisation

3 - Les clauses d'arbitrage

§ 2 - L'encadrement des investissements directs étrangers par les traités bilatéraux et multilatéraux

A - Les traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements

B - Les traités multilatéraux

1 - Les traités multilatéraux à vocation régionale (ALÉNA, protocole de Colonia pour la promotion et la protection réciproque des investissements dans le MERCOSUR)

2 - Les traités multilatéraux à vocation universelle

a) La protection des investissements : le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements - CIRDI (Convention de Washington, 18 mars 1965)

b) La garantie des investissements : l'Agence multilatérale de garantie des investissements (Convention de Séoul, 12 octobre 1985)

Section 2

Les immunités étatiques

§ 1 - Considérations générales

A - Les sources des immunités

B - Le régime procédural des immunités

§ 2 - Les deux types d'immunités

A - L'immunité de juridiction

B - L'Immunité d'exécution

CHAPITRE 2

LES OPÉRATEURS PRIVÉS : LE STATUT INTERNATIONAL DES SOCIÉTÉS

Section 1

La nationalité des sociétés

§ 1 - La détermination de la nationalité

§ 2 - Les fonctions de la nationalité

§ 3 - Le changement volontaire de nationalité

Section 2

La situation des sociétés étrangères

§ 1 - La reconnaissance des sociétés étrangères

§ 2 - La condition des sociétés étrangères

Section 3

Les conflits de lois relatifs aux sociétés

§ 1 - La détermination de la loi applicable à la société (*lex societatis*)

§ 2 - Le domaine de la *lex societatis*

TITRE 2

LES OPÉRATIONS DU COMMERCE INTERNATIONAL

CHAPITRE 1

LES CONTRAINTES DU COMMERCE INTERNATIONAL

Section 1

La contrainte normative

§ 1 - L'application usuelle d'un droit étatique : les conflits de lois

A - La désignation de la loi applicable (*lex contractus*)

1 - En présence d'un choix par les parties

a) La règle générale (art. 3111 C.c.Q.)

b) Les règles spéciales

- Le contrat de consommation (art. 3117 et 3168, 5°, C.c.Q.)
- Le contrat de travail (art. 3118 et 3168, 5°, C.c.Q.)
- Le contrat d'assurance (art. 3119 C.c.Q.)

2 - En l'absence d'un choix par les parties

a) La règle générale (art. 3112 et 3113 C.c.Q.)

b) Les règles spéciales (p. ex., art. 3114 C.c.Q.)

c) La clause d'exception (art. 3082 C.c.Q.)

3 - L'intervention des lois de police (art. 3076 C.c.Q.)

B - L'application de la loi désignée

1 - Le domaine de la loi du contrat

a) La formation du contrat

- Les conditions de fond (art. 3111, 3112 et 3113 C.c.Q.)
- Existence et validité du contrat ou d'une disposition de celui-ci
- Exclusion des règles concernant la capacité des parties (art. 3083 C.c.Q.)
- Les conditions de forme : l'application concurrente d'autres lois (art. 3109 C.c.Q.)

b) L'exécution du contrat

2 - L'éviction de la loi du contrat : l'exception d'ordre public international (art. 3081 C.c.Q.)

§ 2 - L'application exceptionnelle d'un droit de source internationale

A - Le droit matériel

1 - Les conventions de droit matériel

2 - Les lois modèles

B - Le droit conflictuel

1 - Les conventions d'harmonisation ou d'unification des règles de conflits de lois

2 - La Communauté européenne : la Convention de Rome de du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles

§ 3 - L'application d'un droit propre au commerce international : la *lex mercatoria* (vu, *supra*, chapitre introductif, section 3)

Section 2

La contrainte judiciaire

§ 1 - La contrainte subie ou réduite : le juge étatique

A - La contrainte subie : le juge imposé en l'absence de choix par les parties (art. 3134 et 3148 C.c.Q.)

B - La contrainte réduite : le juge choisi par les parties (art. 3148, 1^{er} al., 4^o, et 3168, 5^o, C.c.Q.)

C - Les effets du jugement

1 - Les effets du jugement dans l'État où il est rendu : l'autorité de la chose jugée et la force exécutoire

2 - Les effets du jugements dans les autres États : la reconnaissance et l'exécution (*exequatur*) des jugements rendus à l'étranger (art. 3155 à 3168 C.c.Q.)

§ 2 - La contrainte écartée : l'arbitrage, mode de règlement privilégié des litiges du commerce international

A - Présentation de l'arbitrage

1 - Justice arbitrale et justice étatique

2 - Les types d'arbitrages

a) L'arbitrage institutionnel

b) L'arbitrage *ad hoc*

3 - Les sources du droit de l'arbitrage international

a) Les sources d'origine internationale

- Les conventions internationales

- Les instruments facultatifs : lois types et modèles de règlement d'arbitrage

b) Les sources d'origine nationale

c) Le caractère international de l'arbitrage (art. 940.6 C.p.c.)

B - La compétence du tribunal arbitral

1 - L'appréciation de la compétence arbitrale

a) Le droit pour l'arbitre de se prononcer sur sa compétence (art. 943 à 943.2 C.p.c.)

b) Les conséquences du principe sur l'intervention du juge étatique (art. 940.1 C.p.c.)

2 - Le caractère arbitral du litige

a) La règle générale (art. 2639 C.c.Q.)

b) Les règles spéciales

- Le contrat de consommation (art. 3149 C.c.Q. et 11.1 de la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1¹⁰)
- Le contrat de travail (art. 3149 C.c.Q.)
- Le contrat d'assurance (art. 3150 C.c.Q.)

3 - La condition préalable au recours à l'arbitrage : la convention d'arbitrage (art. 2638 à 2643 C.c.Q.)

- a) La clause compromissoire
- b) Le compromis

C - Le tribunal arbitral et l'instance arbitrale

1 - Les règles de constitution du tribunal arbitral

2 - La détermination des règles de droit applicables à l'instance arbitrale

- a) Les règles applicables à la procédure
 - En présence d'une désignation par les parties (art. 3133 C.c.Q.)
 - En l'absence d'une désignation par les parties (art. 944.1 C.p.c. et 3133 C.c.Q.)
- b) Les règles applicables au fond du litige (art. 944.10 C.p.c.)
 - En présence d'une désignation par les parties
 - En l'absence d'une désignation par les parties

D - La sentence arbitrale et ses suites : effets, exécution et annulation

- 1 - La sentence rendue au Québec (art. 945 à 947.4 C.p.c.)
- 2 - La sentence rendue en dehors du Québec (art. 948 à 951.2 C.p.c.)

Section 3

La contrainte territoriale

§ 1 - Les contraintes relatives aux mouvements de biens, services et personnes

§ 2 - Les contraintes relatives aux mouvements de fonds (paiements courants et mouvements de capitaux)

A - La réglementation des changes

B - La réglementation des investissements directs

Section 4

La contrainte monétaire : la gestion du risque de change de transaction

¹⁰ Cette nouvelle disposition (L.Q., 2006, c. 56, art. 2), entrée en vigueur le 14 décembre 2006, est rédigée comme suit :

« Est interdite la stipulation ayant pour effet soit d'imposer au consommateur l'obligation de soumettre un litige éventuel à l'arbitrage, [...]»

Le consommateur peut, s'il survient un litige après la conclusion du contrat, convenir alors de soumettre ce litige à l'arbitrage. »

§ 1 - La garantie du risque de change

A - La garantie assumée par un tiers : l'assurance du risque de change

B - La garantie assumée par l'une des parties : les clauses contractuelles de garantie de change

1 - La clause « valeur monnaie étrangère »

2 - La clause « monnaie étrangère »

§ 2 - La prévention du risque de change

A - La prévention par le recours à des mécanismes extra-contractuels

1 - La suppression de l'instrument monétaire : les accords de compensation

2 - Le paiement comptant ou la gestion des délais de paiement

3 - Les transactions sur les marchés des changes

B - La prévention par l'insertion de clauses contractuelles : les clauses de variation de change

1 - La clause de franchise de variation

2 - La clause de plafonnement de variation

3 - La clause multidevises (d'option de change ou de change multiple)

4 - La clause de panier de monnaies

Section 5

La contrainte fiscale (examinée dans le cadre du chapitre 2, section 1, § 2)

CHAPITRE 2

LES INSTRUMENTS DU COMMERCE INTERNATIONAL

Section 1

Les instruments juridiques

§ 1 - L'action vers l'étranger

A - Les instruments principaux

1 - Le transfert de biens matériels : la vente internationale de marchandises

a) Le droit applicable (droit conflictuel)

- Le droit commun

- Le droit conventionnel

- La Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels (Belgique, Danemark, Finlande, France, Italie, Niger, Norvège, Suède et Suisse)

- La Convention de La Haye du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises (non encore en vigueur)

b) Le droit matériel

- Le droit commun

- Le droit conventionnel : la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises¹¹

- Le champ d'application de la convention
- La formation du contrat de vente
- Les obligations des parties
- L'inexécution du contrat

- Les Incoterms (*International Commercial Terms*)

- Les ventes au départ (groupes E, F et C)
- Les ventes à l'arrivée (groupe D)

c) Les contrats d'intermédiaires du commerce international

- L'intermédiaire n'acquiert pas la propriété des marchandises exportées

- L'intermédiaire ne représente pas l'exportateur : le courtier

- L'intermédiaire représente l'exportateur

- L'agent intervient au nom du représenté : le mandataire

- L'agent intervient en son propre nom : le commissionnaire

- L'intermédiaire acquiert la propriété des marchandises exportées : la distribution internationale

- Le droit applicable aux contrats de distribution internationale

- La loi applicable

- L'autorité de conflit compétente

- Le droit matériel des contrats de distribution internationale

- Le contrat de distribution agréée

- Le contrat de distribution sélective

- Le contrat de concession

- Le contrat de franchise

- La franchise directe

- (- La franchise par l'intermédiaire d'un établissement ou d'une filiale)

- (- La franchise par l'intermédiaire d'une filiale commune avec un partenaire local)

- La franchise principale (ou *master-franchise*)

2 - Le transfert de biens intellectuels (transfert de techniques)

a) La réservation internationale de biens intellectuels

- La réservation par des mécanismes autres que la propriété : la protection du savoir-faire (*know-how*)

- La réservation par la propriété sur le plan international

- La propriété littéraire et artistique : la Convention - ou Union - de Berne du 9 septembre 1886

- Les propriétés industrielles : la Convention - ou Union - de Paris du 20 mars 1883

- Les dessins et modèles

- Les marques et signes distinctifs

- Les brevets d'invention : la Convention de Washington du 19 juin 1970 - *Patent Cooperation Treaty*

Treaty

- La novation résultant de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC ou TRIPS) de l'Accord instituant l'OMC

¹¹ Les dispositions de la Convention forment le droit commun, au Québec et ailleurs au Canada, en matière de vente internationale de marchandises. La Convention s'applique au Québec en vertu des dispositions de la *Loi concernant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, L.Q. 1991, c. 68.

- La réservation par la propriété dans le cadre européen
 - Les dessins et modèles : le règlement n° 6/2002 du 12 décembre 2001 instituant le dessin et modèle communautaires;
 - Les marques et signes distinctifs : le règlement communautaire n° 40/94 du 20 décembre 1993 instituant la marque communautaire
 - Les brevets d'invention
 - La Convention de Munich du 5 octobre 1973 sur la délivrance du brevet européen
 - La Convention de Luxembourg du 15 décembre 1975 sur le brevet communautaire et ses avatars

b) La commercialisation internationale de biens intellectuels

- Le droit applicable au transfert international de techniques
 - La loi applicable
 - L'autorité de conflit compétente
- Le droit matériel du transfert international de techniques
 - La commercialisation des informations appropriées
 - La commercialisation des informations non appropriées

3 - Le transfert d'employés : le travail international

a) Le droit applicable au travail international

- Les questions préalables
 - Le contrat de travail
 - Le contrat de travail international
- La loi applicable
 - La relation individuelle de travail
 - La relation collective de travail
 - La convention collective
 - Les conflits collectifs (grèves et *lock-out*)
 - La représentation collective
- L'autorité de conflit compétente
 - L'autorité judiciaire
 - L'autorité arbitrale

b) Le droit matériel du travail international

- Le contrat de travail international
 - La clause de mobilité internationale
 - Le contenu du contrat de travail
 - La notion d'employeur

- Les dispositions conventionnelles, législatives et réglementaires conditionnant le travail international
 - L'obtention des visas et permis de travail
 - Le sort des avantages découlant des régimes de protection sociale
 - Le détachement

- L'expatriation
- L'imposition des salaires, traitements et autres rémunérations similaires
 - Le travailleur expatrié (maintien ou transfert de la résidence fiscale)
 - Le travailleur impatrié

4 - Le transfert d'ouvrage : les marchés et la sous-traitance internationaux

a) Le contrat international de construction

- Le droit applicable à l'ouvrage international
 - La loi applicable
 - L'autorité de conflit compétente
- Le droit matériel de l'ouvrage international
 - Les dispositions relatives à l'ouvrage
 - identification physique
 - identification économique (contrats clés en main, produits en main, marché en main, contrats de concession - *build, operate, transfer*)
 - réception
 - garantie
 - Les dispositions relatives au prix
 - les modalités de paiement
 - la sécurité du règlement et de la réalisation de l'ouvrage
 - le financement du contrat

b) La sous-traitance internationale

- La détermination du caractère international de l'opération
- La loi applicable à la sous-traitance internationale
 - Les rapports entre l'entrepreneur principal et les sous-traitants
 - Les rapports entre le maître de l'ouvrage et les sous-traitants
- Le droit matériel de la sous-traitance internationale

B - Les instruments complémentaires

1 - Le transport international

a) Le contrat d'affrètement

- Dispositions générales (art. 2001 à 2006 C.c.Q.)
- Dispositions particulières
 - L'affrètement coque-nue (art. 2007 à 2013 C.c.Q.)
 - L'affrètement à temps (art. 2014 à 2020 C.c.Q.)
 - L'affrètement au voyage (art. 2021 à 2029 C.c.Q.)

b) Le contrat de transport

- Les règles communes aux différentes formes de transport
 - Définition (art. 2030 et 2031 C.c.Q.)
 - La formation du contrat
 - L'exécution du contrat

- L'extinction du contrat
- Les règles spéciales aux différentes formes de transport
- Le transport routier international : la Convention de Genève du 19 mai 1956 sur les transports de marchandises par route
- Le transport ferroviaire international : la Convention de Berne du 9 mai 1980 relative aux transports internationaux ferroviaires
- Le transport maritime international : la Convention de Bruxelles du 25 août 1924 pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement
- Le transport aérien international : la Convention de Varsovie du 12 octobre 1929 et la Convention de Montréal du 28 mai 1999
- Le transport multimodal international : la Convention de Genève du 24 mai 1980 sur le transport multimodal international (non encore en vigueur)

2 - L'assurance internationale

a) Le droit applicable à l'assurance internationale

- La loi applicable
- L'autorité de conflit compétente

b) Le droit matériel de l'assurance internationale

- L'assurance liée à l'exécution du contrat (risques à l'exportation)
- Le risque catastrophique
- Le risque politique
- Le risque commercial
- Le risque de change (déjà examiné au chapitre 1, section 4)
- L'assurance « responsabilité civile produits »

§ 2 - L'installation à l'étranger

A - L'entreprise opte pour une stratégie de déconcentration (ou d'implantation-crétation)

1 - L'entreprise établit à l'étranger une force légère (bureau d'information, antenne)

2 - L'entreprise établit à l'étranger une force lourde : l'établissement international des sociétés

a) L'établissement à titre principal : le transfert international de siège social

b) L'établissement à titre secondaire

- La création d'un établissement (exploitation ou succursale)
- La création d'une filiale

c) L'établissement communautaire des sociétés

- Le fondement conventionnel : les articles. 43 et 48 du traité CE (anciens articles 52 et 58)
- Le champ d'application du traitement national [la différence de traitement entre l'établissement à titre principal et l'établissement à titre secondaire : l'arrêt *Daily Mail* (CJCE, 27 septembre 1988, aff. 81/87)]
- La liberté de choix de l'État d'incorporation : l'arrêt *Centros* (CJCE, 9 mars 1999, aff. C-212/97)
- L'inapplicabilité des lois de police de l'État du siège réel : l'arrêt *Inspire Art Ltd.* (CJCE, 30 septembre 2003, aff. C-167/01)

- L'aptitude des sociétés à la jouissance de leurs droits [l'incompatibilité avec la liberté d'établissement des lois de rattachement des sociétés par le siège réel : l'arrêt *Überseering* (CJCE, 5 novembre 2002, aff. C-208/00)]

3 - Les modes de regroupement international de sociétés (structuration et restructuration d'un groupe international)

- a) La fusion et la scission transfrontalières
- b) La technique parente de la fusion : la filialisation par apport partiel d'actif
- c) La prise de contrôle internationale (acquisition)
 - Les sociétés cibles non cotées
 - Les sociétés cibles cotées sur un ou plusieurs marchés réglementés (bourses de valeurs)

4 - Le traitement international du groupe de sociétés

- a) Le traitement juridique
 - Le rejet d'une approche unitaire utopique
 - Le réalisme d'une approche pluraliste
- b) Le traitement fiscal
 - Le principe de l'imposition séparée des sociétés d'un groupe international
 - Les dispositifs particuliers de lutte contre l'usage abusif des régimes fiscaux privilégiés : la consolidation forcée (imposition extraterritoriale des bénéficiaires)
 - Les mécanismes de correction des prix de transfert entre composantes d'un groupe international

B - L'entreprise opte pour une stratégie de coopération (ou d'implantation-partenariat)

1 - La notion de *joint-venture*

2 - Les composantes de la *joint-venture*

- a) L'accord de base : la nature contractuelle ou sociétaire du support
- b) Les accords satellites
 - Les satellites contractuels
 - Les satellites sociétaires

Section 2

Les instruments financiers

§ 1 - Les instruments élémentaires

A - Le financement de l'opération de commerce international

1 - Le financement des exportations

a) Les crédits à court terme

- Objet et durée
- Le crédit à court terme de préfinancement
- La mobilisation de créances nées à l'étranger

b) Les crédits à moyen et long terme

- Objet et durée
- Les bénéficiaires
- Le crédit à l'exportation (crédit-fournisseur)
- Le crédit à l'importation (crédit-acheteur)

2 - Le financement des investissements par le recours aux marchés internationaux de capitaux (les euro-marchés)

a) L'euro-dépôt et l'euro-crédit

b) L'euro-obligation

c) Les nouveaux instruments financiers internationaux

- Les opérations d'échange de devises et de taux d'intérêt (*swaps*)
- La mobiliérisation ou titrisation (*securitization*) des crédits bancaires internationaux : les euro-effets

B - Le paiement de l'opération de commerce international

1 - Les règlements en espèces

- a) Le virement
- b) Le chèque
- c) La traite

2 - Les règlements en nature : les différentes formes de compensation

C - La garantie de l'opération de commerce international

1 - Le cautionnement

2 - La garantie à première demande (autonome ou indépendante - USA et Canada : lettre de crédit *stand-by* avec fonction de garantie)

a) Les fonctions de la garantie autonome

b) La classification fondée sur l'objet de la garantie

- La garantie de soumission
- La garantie de restitution d'acomptes
- La garantie de dispense de retenue de garantie

- La garantie de bonne fin (ou de bonne exécution)
- La garantie d'entretien
- c) Les intervenants et leurs rapports
 - Les rapports entre l'acheteur-importateur (bénéficiaire) et le vendeur-exportateur (donneur d'ordres)
 - Les rapports entre le garant et le bénéficiaire
 - Les rapports entre le garant et le donneur d'ordres
 - Les rapports entre la banque du donneur d'ordres et celle du bénéficiaire (banque intermédiaire)

3 - La lettre de confort

§ 2 - Les instruments complexes

A - Le crédit documentaire

1 - Les fonctions du crédit documentaire

2 - Les intervenants et leurs rapports

- a) Les rapports entre le vendeur-exportateur (bénéficiaire) et l'acheteur-importateur (donneur d'ordres)
- b) Les rapports entre le donneur d'ordres et son banquier
- c) Les rapports entre le bénéficiaire, d'une part, sa banque (banque intermédiaire) et la banque du donneur d'ordres, d'autre part
- d) Les rapports entre la banque intermédiaire, d'une part, le bénéficiaire et la banque du donneur d'ordres, d'autre part

B - Le crédit-bail international (*leasing*)

- 1 - Description du mécanisme
- 2 - Les intervenants et leurs rapports
- 3 - La question de la loi applicable
- 4 - La Convention d'Ottawa du 28 mai 1988 sur le crédit-bail international

C - L'affacturage international (*factoring*)

- 1 - Description du mécanisme
- 2 - Les intervenants et leurs rapports
- 3 - La question de la loi applicable
- 4 - La Convention d'Ottawa du 28 mai 1988 sur l'affacturage international

CONCLUSION

- Critique du fonctionnement actuel du droit du commerce international, en particulier dans sa composante macro-économique
- Mise en cause des postulats de base
- Liens entre commerce international et valeurs non marchandes
- Comportement éthique des entreprises dans le contexte de la mondialisation : la responsabilité sociale et les codes de conduite

MÉTHODE ET MATÉRIEL PÉDAGOGIQUES

L'enseignement comporte une démarche pédagogique progressive : tout s'enchaîne, du début à la fin. En conséquence, l'étudiant qui entend s'absenter fréquemment doit savoir qu'il sera passablement perdu lors des cours subséquents. Il en viendra, petit à petit, à perdre le fil conducteur, ce qui peut l'amener au découragement.

Livres en réserve

Différents manuels ont été déposés à la réserve de la bibliothèque Paul-Émile-Boulet. En ce qui concerne le droit du commerce international en tant que tel (deuxième partie dans le plan), il s'agit des ouvrages suivants :

BÉGUIN, Jacques et Michel MENJUCQ (sous la dir. de), *Droit du commerce international*, coll. « Traités », Paris, Litec, 2005. Cote : **K3943 D784.2005**.

CACHARD, Olivier, *Droit du commerce international*, coll. « Manuels », Paris, L.G.D.J., 2008. Cote : **K1003 C119 2008**.

KENFACK, Hughes, *Droit du commerce international*, coll. « Mémentos », 2^e éd., Paris, Dalloz, 2006. Cote : **K3943 K33 2006**.

JACQUET, Jean-Michel, Philippe DELEBECQUE et Sabine CORNELOUP, *Droit du commerce international*, coll. « Précis », Paris, Dalloz, 2007. Cote : **K3943 J19 2007**.

MOUSSERON, Jean-Marc (†), Jacques RAYNARD, Régis FABRE et Jean-Luc PIERRE, *Droit du commerce international (Droit international de l'entreprise)*, coll. « Manuels », 3^e éd., Paris, Litec, 2003. Cote : **K3943 D784M933.2003**.

RACINE, Jean-Baptiste et Fabrice SIIRIAINEN, *Droit du commerce international*, coll. « Cours », Paris, Dalloz, 2007. Cote : **K3943 R121 2007**.

En ce qui touche le droit spécifique au système commercial multilatéral issu des accords administrés et mis en œuvre par l'OMC (première partie dans le plan), il s'agit de l'ouvrage de référence qui suit :

CARREAU, Dominique et Patrick JUILLARD, *Droit international économique*, coll. « Précis », 3^e éd., Paris, Dalloz, 2007. Cote : **K3820 C314.2007**.

L'étudiant pourra consulter ces livres pour éclaircir certains aspects de la matière enseignée, et ce au fur et à mesure de la progression du cours, mais plus particulièrement en ce qui concerne la partie postérieure à l'examen de mi-session. Il doit néanmoins savoir que ces livres ne sont pas d'une lecture aisée : la plupart, en effet, sauf ceux de H. Kenfack, J.-B. Racine

et F. Siiriainen, sont destinés aux initiés et aux étudiants ayant déjà obtenu un premier diplôme en droit. Certaines parties se lisent bien, mais d'autres lui apparaîtront incompréhensibles.

Ces ouvrages envisagent le droit du commerce international dans une perspective française et européenne. Il n'existe malheureusement aucun manuel équivalent d'un point de vue canadien et québécois. Le professeur effectuera toutefois les adaptations requises au cours de son enseignement, même s'il mettra un accent tout particulier sur l'action internationale de l'entreprise d'ici qui cherche soit à exporter ses produits et services sur le vaste marché de la CE, soit à s'y implanter.

Recueil de documents

Le professeur a réuni certains documents, en particulier les articles pertinents du Code civil et du Code de procédure civile du Québec, dans un recueil mis en vente à la Coop étudiante.

Plan de cours

Le plan de cours que vous avez entre les mains se trouve également sur le site Internet suivant : www.guglielmi.fr, rubrique 7, « Recherches juridiques », sous-rubrique « Programmes en cours ». Vous pouvez ainsi le télécharger et y intercaler les notes prises pendant le cours.

MODALITÉS D'ÉVALUATION

Elles se composent de deux examens. Ceux-ci compteront chacun pour 50 % de la note globale. L'examen de mi-session aura lieu le lundi 23 février 2009; l'examen final, le lundi 27 avril 2009.

Les précisions relatives aux questions figurant dans l'examen de mi-session et l'examen final seront données lors du cours qui les précédera. Toutefois, dans l'éventualité où le professeur serait dans l'impossibilité de se présenter au cours précédant les examens, il fera afficher une feuille d'instructions sur la porte de son bureau, que l'étudiant pourra aussi obtenir en en faisant la demande par courrier électronique. Par ailleurs, s'il y a une tempête les lundis 23 février ou 27 avril, l'examen aura lieu le lundi suivant.

L'étudiant aura droit à tous documents lors des examens.

Il pourra consulter sa copie corrigée non pas en classe, mais au local que le professeur indiquera, à l'intérieur des heures de disponibilité figurant sur la page de titre du présent document.

Il n'y aura pas de reprise pour les étudiants absents à l'un ou l'autre des deux examens. De surcroît, une preuve écrite justifiant leur absence sera exigée.

La note de passage est de 50 /100.

CONSIGNES

Afin que le cours se déroule dans les meilleures conditions, le professeur prie l'étudiant de respecter les consignes suivantes :

- éteindre son téléphone mobile avant d'entrer dans la salle de cours;
- ne pas poser au professeur, par courrier électronique, de questions de fond sur la matière.