PR. DANIEL MAINGUY

UNIVERSITÉ PARIS 1
PANTHÉON SORBONNE

DROIT DU COMMERCE INTERNATIONAL
– COURS –

Table des matières

Introduction....7
I. Définition(s)....7
II. – Les enjeux....8
III. – Les origines....10
A – L'Antiquité....10
1. La Grèce....10
2. Rome....11
B – Le Haut Moyen Âge : (re)naissance du commerce international....11
1. Les croisades....12
2. Le développement des foires....12
3. La religion chrétienne....12
C – De la fin du Moyen Âge à la période contemporaine....13
D – La période actuelle....13
Chapitre 1. Droit du commerce international : institutions, normes et acteurs....14
Section 1. Les institutions du droit du commerce international....14
I – L'objectif de liberté internationale du commerce : le General Agreement on Tariffs and Trade et l'Organisation mondiale du commerce....14
A – Le General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)....14
B – L'Organisation mondiale du commerce (OMC)....15
1 – Les structures de l'OMC....15
2. – Le règlement des différends....16
II. – Les autres organisations internationales....20
A – Les organisations à vocation universelle....20
1 – Commerce international en général et contrats du commerce international....20
2 – Finances....23
3 – Transport international....24
4 – Propriété intellectuelle....25
5 – Travail....25
B – Les organisations à vocation régionale....25
1 – L'Afrique....26
2 – L'Amérique....27
3 – L'Asie....27
4 – L'Europe....27
5 – La Zone Caraïbe....28
III.– La mise en œuvre de la liberté internationale du commerce....29
A. La liberté de circulation des marchandises....29
1. Le principe de non-discrimination....29
2. La protection par les droits de douane et leur consolidation....30
3. La protection par des obstacle non-tarifaires....31
4. Les pratiques commerciales déloyales....31
B. La liberté de circulation des services....32
1. le GATS ou AGCS....33
2. Les droits de propriété intellectuelle liés au commerce....33
3. Les investissements liés au commerce....34
IV.– Les obstacles : le désordre du droit international....34
A. L'origine du désordre....34

1. Le désordre du droit international public 34
2. Le désordre du droit international privé et public 38
a. Les éléments d'explications 38
i. L'arbitrage, technique éventuelle et subsidiaire de résolution des conflits internationaux , éventuellement armés. 38
b. Le flou de l'appréciation d'une agression : l'imprécision des notions de « guerre » ou de « litige de guerre ». 41
3. La « gestion » du désordre 44
a. L'extraterritorialité de normes internes 44
b. Les sanctions économiques 52
Section 2 les normes du droit du commerce international 60
I.– La coexistence de règles d'origine variées 60
A. Le droit de source étatique 60
1. Les règles de sources étatiques générales 60
a – La loi matérielle d'un État comme *lex contractus* 60
b. Les règles de droit étatique interne relatives au commerce international 61
i. Règles relatives au commerce extérieur 62
ii. Règles matérielles interne du droit du commerce international 62
iii. Les règles d'ordre public 63
2. Le droit de l'Union européenne 64
a. Droit matériel de l'UE 64
b. Droit international privé 65
c. Relations interétatiques 66
3. Le droit conventionnel uniforme matériel 66
a. Domaine du droit uniforme 67
b. Contenu du droit uniforme 67
c. Applicabilité du droit uniforme 68
d. Interprétation du droit uniforme 69
II.– Les sources non-étatiques 70
A. Les opérations contractuelles 70
1. Le contrat international, source originale 70
2. Les pratiques et modèles contractuels 70
3. Les clauses contractuelles 71
B – Les usages du commerce international 71
1. Le développement des usages du commerce international 71
2. Les usages du commerce international, *usages conventionnels* et *usages règles* 72
3. Applicabilité des usages du commerce international 73
C. Les principes généraux du droit du commerce international 74
1. Identification des principes généraux du droit du commerce international 74
2. Application des principes généraux du droit du commerce international 75
a. Conditions d'application des principes généraux 75
b. Types de principes généraux 75
c. Fonction des principes généraux 76
D – La question de la lex mercatoria 76
E – les règles transnationales et les tentatives d'unification des règles matérielles du commerce international 78
1. Notion de règle transnationale 78
2. Catégories de règles transnationales 78
a. Règles transnationales découlant d'une codification 78
b. Règles transnationales résultant de la modélisation 78
3. Exemple : les « principes relatifs aux contrats du commerce international » dits « Principes Unidroit » 79
Chapitre 2 les acteurs du commerce international 82
Section 1 L'État et ses émanations 82
I – L'état opérateur du commerce international 82
A. Les lois de l'Etat 82
B. Les juridictions de l'État 82
C. Les activités de l'Etat 83
1. Les activités de l'Etat en matière de commerce extérieur 83
2 – L'immunité de juridiction 84
3 – L'immunité d'exécution 92

Section 2 Les opérateurs privés, les sociétés commerciales 98
I. Les sociétés indépendantes ou isolées : la loi applicable aux sociétés 98
A – La détermination de la loi applicable aux sociétés indépendantes, la *lex societatis* 98
1. L'incorporation 98
2. Le critère du siège réel 99
2. Les règles issues de conventions internationales 100
B. – Le domaine de la lex societatis 101
1 – La constitution de la société 101
2 – Le fonctionnement de la société 101
3 – La dissolution et la liquidation de la société 102
4. Lois de police 102
II. Les sociétés dans un contexte international 103
A. – La nationalité des sociétés 103
1 – Intérêts de la détermination de la nationalité des sociétés 104
2 – Les critères de détermination de la nationalité 104
2 – Le changement de nationalité 107
B. – L'activité internationale des sociétés 109
1. – La reconnaissance en France des sociétés étrangères 109
2. Etablissement et mobilité d'une société étrangère 110
III. Les sociétés transnationales, les groupes internationaux de sociétés 113
A. La constitution du groupe transnational de sociétés 113
1. Notion de groupe 113
2. Principaux modes de constitution 114
a. La fusion transfrontalière 114
b. Les prises de contrôle internationales 115
B. régime du groupe transnational de sociétés 117
1. Statut du groupe 117
2. Réalité pratique du groupe de sociétés 120
IV. – La défaillance internationale des sociétés 123
A. – Le droit commun de la faillite internationale 124
1. – Les compétences juridictionnelle et législative 124
2. – Les effets en France du jugement étranger de faillite 125
B. – Le droit européen de la faillite internationale 125
1. – Domaine 126
2. – Contenu 127
V. La société européenne (SE) 132
A. – Les principales règles de la société européenne proprement dite 132
1. – Dispositions générales 132
2. – Constitution de la SE 133
3. – Structures de la SE 134
4. – Comptes annuels et comptes consolidés 134
5. – Fin de la SE 134
B. – La participation des travailleurs à la société européenne 134
Chapitre 3 Les opérations du commerce international 136
Section 1. Les contrats internationaux 137
Sous-section 1 La détermination du droit applicable aux contrats internationaux 137
§ 1 – Les sources de la détermination du droit applicable 138
§ 2 – Le choix de la loi applicable 140
A. – Convention de Rome 140
B. – Règlement Rome I 141
§ 3 – La loi applicable à défaut de choix 142
A. – Convention de Rome 142
1. – La solution générale : l'importance de la prestation caractéristique 142
2. – La clause d'exception : la mise à l'écart de la présomption et le retour à la solution générale 143
3. – Les solutions propres à certains contrats 143
B. – Règlement Rome I 145
1 – Les rattachements principaux : l'adoption de règles plus directes 146
a – Ventes en général 146
2. – Prestation de service en général 146
3. – Contrats de distribution 147
4. – Contrats portant sur des immeubles 147

5. – Contrats de transport 148
C. – Les rattachements subsidiaires : le maintien d'une dose de proximité 148
§ 4 – Les règles de protection des parties faibles 149
A. – Les contrats de consommation (art. 6) 149
B. – Les contrats d'assurance (art. 7) 150
C. – Les contrats individuels de travail (art. 8) 150
§ 5 – Le domaine de la loi du contrat 151
A. – La faveur à la validité pour la forme des actes juridiques (Règl. Rome I, art. 11 et Conv. Rome art. 9) 151
B. – La formation du contrat (Règl. Rome I, art. 10 et Conv. Rome, art. 8) 152
C. – Les effets du contrat (Règl., art. 12 et Conv., art. 10) 152
§ 6 – L'incidence des lois de police 153
A. – La qualification des lois de police 153
1. – La loi se prononce elle-même sur son caractère de loi de police 154
2. – La loi est silencieuse sur sa nature 154
B. – L'application des lois de police 156
1. Loi de police du for 156
2. Loi de police « étrangère » 156
Sous-section 2 Questions pratiques relatives aux contrats internationaux 157
I. Questions communes aux contrats internationaux 158
A. – Conclusion du contrat 158
1. – Consentement des parties 159
2. Capacité des parties 162
3. Contenu du contrat 163
5. Forme du contrat 165
B. Effets du contrat 167
1. Détermination des obligations contractuelles. 168
2. Force des obligations contractuelles 170
C. Exécution du contrat 172
1. Exécution 172
2. Inexécution 175
Section 2 Les contrats spéciaux du commerce international 180
Sous-section 1. La vente internationale 180
I. Le droit matériel de la vente internationale 180
A. – La Convention de Vienne 181
1. – Domaine d'application de la Convention 182
2. – Formation du contrat 186
3. – Effets de la vente 188
B. – Les International Commercial Terms 197
1. – Version précédente des Incoterms 197
2. – Version actuelle des Incoterms 198
II. – Le droit « conflictuel » de la vente internationale 199
A. – La convention de La Haye du 15 juin 1955 199
1. – Domaine de la convention 199
2. – Détermination de la loi applicable 199
3. – Domaine de la loi applicable 200
B. – La convention de La Haye du 22 décembre 1986 200
1. – Domaine de la convention 200
2. – Détermination de la loi applicable 200
3. – Domaine de la loi applicable 201
Sous-section 3 Les contrats liés à la vente internationale : transport et assurance 202
I. Les transports internationaux 202
A. – Le transport maritime international 203
1. – Le contrat d'affrètement maritime 203
2. – Le contrat de transport maritime 204
B. – Le transport routier international 207
1. – Convention internationale et règlement sur les droits des passagers 207
2. – Responsabilité du transporteur routier 207
C. – Le transport ferroviaire international 209
1. – Conventions internationales et règlement sur les droits des passagers 210
2. – Responsabilité du transporteur ferroviaire 210

D. – Le transport aérien international 211
1. – Convention internationale et règlement sur les droits des passagers 211
2. – Responsabilité du transporteur aérien 214
D. – Le transport multimodal international 215
II. – L'assurance internationale 216
A. – Juridiction compétente et loi applicable 216
1. – Juridiction compétente 216
2. – Loi applicable 217
B. – Les risques couverts 218
1. – L'assurance prospection 218
2. – L'assurance crédit 218
3. – L'assurance change contrat 218
4. – L'assurance investissement 219
Sous-section 4 Les autres contrats du commerce international 219
I. – Les contrats de financement et de garantie 219
A.– Les principaux contrats de financement et de garantie 220
1. – Juridiction compétente et loi applicable 220
2. – Le crédit documentaire 221
2. – Mécanisme 224
3. – La garantie à première demande 228
B. – Les autres contrats de financement et de garantie 231
1. – Le crédit fournisseur 231
2. – Le crédit acheteur 231
3. – La mobilisation des créances nées sur l'étranger 232
4. – Le crédit-bail international 232
5. – L'affacturage international 235
II. – Les contrats d'intermédiaires du commerce international 237
A. – L'agent commercial 237
1. – Présentation 237
2. – Juridiction compétente 237
3. – Loi applicable 238
4. – Droit matériel 239
B. – Les autres catégories d'intermédiaires 239
1. – Le sponsor 239
2. – Le courtier 240
3. – Le commissionnaire 240
III.– Les contrats de distribution 240
A. – La concession exclusive internationale 241
B. – La franchise internationale 242
C. – La distribution sélective internationale 245
IV.– Les contrats de transfert de techniques 245
A. – Le contrat de communication de savoir-faire (ou de *know how*) 245
B. – Le contrat d'assistance technique 246
V.– Les contrats relatifs aux marchés de construction 246
A. – Le marché principal 246
B. – La sous-traitance internationale 247
Chapitre 4 Le règlement des litiges du commerce international 249
Section 1 Le recours aux juridictions étatiques 249
I. – L'absence de texte européen 249
B. – La compétence en l'absence d'une clause attributive de juridiction 250
C. – L'effet en France des jugements étrangers 253
1. – La compétence indirecte du tribunal étranger 253
2. – La conformité à l'ordre public international 254
3. – L'absence de la fraude à la loi 254
II. – Le régime des Règlements (et de la Convention) de Bruxelles 254
A. – La compétence en matière contractuelle 257
1. – La clause attributive de juridiction (art. 23 Bruxelles I et 25 Bruxelles I bis) 258
2. – L'absence de clause attributive de juridiction (art. 2 et 5-1 Bruxelles et art. 4 et 7-1 Bruxelles I bis) 264
B. – La compétence en matière délictuelle et quasi délictuelle (art.2 et 5-3 Bruxelles I, 4 et 7-2 Bruxelles I bis) 266

C. – La compétence dans les litiges relatifs à l'exploitation d'une succursale (art.2 et 5-5 Bruxelles I ou 4 et 7-5 Bruxelles I bis) 268
D. – Autres compétences pouvant intéresser le droit du commerce international 268
E. – L'effet en France des jugements rendus dans un État membre 270
1. – Régime du règlement Bruxelles I 270
2. – Régime issu du Règlement Bruxelles I bis 270
Section 2 L'arbitrage commercial international 271
I. – Présentation générale 273
A. – La nature et les types d'arbitrages 273
1. – La nature de l'arbitrage 273
2. – Les types d'arbitrage 273
B. – La pluralité des sources 274
1. – Les sources d'origine nationale 274
2. – Les sources internationales 274
C. – L'arbitrabilité du litige 275
II. – Déroulement 279
A. – La convention d'arbitrage 279
1. – Contenu de la clause 279
2. – Caractéristiques de la clause 281
3. – Validité et efficacité de la clause 282
B. – La procédure d'arbitrage 285
1. – Le déroulement de la procédure 285
b. – L'indépendance des arbitres 285
2. – Le dénouement de la procédure 288

INTRODUCTION

I. Définition(s)

Le droit du commerce international, ou droit des affaires internationales est une branche du droit qui encadre les relations des opérateurs divers qui participent aux échanges internationaux, dits commerce international.

Ces acteurs peuvent être des entreprises qui vendent ou achètent, des prestataires de services, des banques, des entreprises d'assurance, des entreprises de transport, des Etats, des entreprises privées ou étatiques, etc.

Cette branche du droit s'inscrit au carrefour de bien d'autres, comme les règles du droit international privé, celles du droit international économique qui est une branche du droit international public, au droit de l'arbitrage international ou du droit processuel international, du droit pénal international, du droit des investissements étrangers, etc.

Son originalité est tout à la fois d'être international, en ce sens que ces règles ne s'occupent pas des échanges ou relations internes à un Etat et en même temps d'être national, chaque fois que des règles spécifiques ne sont pas organisées sous la forme de normes internationales.

La notion d'internationalité, elle-même, est appréciée selon des critères nationaux, qui peuvent varier, et qui peuvent être des critères économiques ou des critères juridiques empruntés au droit international privé appliqués aux contrats internationaux.

Les premiers ont deux variantes. L'une, classique, issue de la jurisprudence *Matter*, décide que « pour être qualifié (d'international), il faut que le contrat produise comme un mouvement de flux et de reflux au-dessus des frontières, des conséquences réciproques dans un pays et dans un autre » (Civ., 17 mai 1927, *Pélissier du Besset*, *DP* 1928, I, p. 25, note H. Capitant, concl. P. Matter). L'autre, moderne, décide qu'est international, le contrat qui met en jeu les intérêts du commerce international (Civ., 19 févr. 1930 et 27 janv. 1931, *Mardelé* et *Dambricourt, S*. 1933, I, p. 41, note J.-P. Niboyet. Comp. Civ. 1re, 24 févr. 2016, n° 15-10.639, *CCC* 2016, chron. 3, obs. F. Leclerc).

Le second est juridique et qualifie d'international le contrat qui se rattache à des normes juridiques émanant de plusieurs États (v. en partie l'affaire *Hecht*, Paris, 19 juin 1970, *JDI* 1971, p. 833, note B. Oppetit). Le critère juridique le plus couramment retenu de l'internationalité est la présence d'un « élément d'extranéité ». Une combinaison de critères économiques et juridiques est possible.

Le droit du commerce international est international par son objet. Une réalité n'est pas discutable, l'existence du commerce international et d'un droit qui l'accompagne : le droit du commerce international, peu important sa source. Il s'agit du droit relatif aux relations « commerciales », et peut-être plus largement des « activités économiques » comportant un élément d'extranéité suffisant, ayant des « attaches » avec plusieurs États et qualifiées d'internationales. Il a pour objet d'exposer l'ensemble des règles juridiques relatives aux acteurs du commerce international dont les intérêts sont situés dans les États différents. Il est constitué par des règles régissant non seulement les opérateurs du commerce international mais aussi les opérations du commerce international. Il a des rapports avec

le droit international privé, mais il présente plusieurs caractéristiques originales qui justifient une étude propre. Il contribue à fournir les règles qui doivent s'appliquer aux activités économiques internationales.

II. – Les enjeux

Observer le phénomène de la « mondialisation » est un truisme. Ce n'est d'ailleurs pas la première fois. Une première mondialisation avait été constatée à la fin du XIXème siècle, sans commune mesure cependant avec celle existant depuis, au moins, 1945, fortement accélérée dans les années 1970.
Il suffit de constater ce phénomène pour en induire l'importance des échanges, de nature forme diverses, qui en assure l'existence et qui établisse la réalité du commerce international. Tous les domaines, ou à peu près sont concernés, matières premières, alimentaires ou non alimentaires, énergétiques, minerais, etc., produits manufacturés ou services divers, ainsi que les éléments nécessaires à ces échanges, financements, assurances, transports, contrats, comptabilité, fiscalité, normes juridiques elles-mêmes.

En termes économiques, cette importance est mesurable, par une croissance élevée de ces relations, de l'ordre de 30.000 milliards de dollars pour ces dernières années.

En termes politiques et géopolitiques, il en résulte des conséquences considérables, l'irruption de la Chine sur la scène internationale, accompagnée désormais d'ambition quasi-impérialistes et agressives, le fait que cette interconnexion majeure emporte que tous les pays, USA et Chine compris, voient leur politiques internes indexées sur ces échanges, à travers la mesure de leur balance commerciale, la comparaison de leur croissance, leur PIB, leur PIB par habitants, etc. Il en résulte une forme de nécessité : l'adoption de stratégies politiques sinon communes du moins compatibles à cette interconnexion, réduisant d'autant les marges de manœuvres internes. Le surgissement de de sociétés dites multinationales ou transnationales, voire « anationales » pour certaines en ce qu'elles seraient estimées détachées de tout lien avec un Etat quelconque, la globalisation de la finance internationale rendent très complexes, et peut-être mineure, les possibilités d'actions des Etats, du moins ceux qui veulent, et peuvent jouer le jeu du commerce international. Il en résulte également la nécessité de traiter certaines questions, environnementales, de concurrence, fiscales, sociales, sanitaires, militaires même, etc., à un niveau international, à travers des institutions elles-mêmes internationales, l'ONU, assez peu, l'OMC, le FMI, la banque mondiale, etc. Ce traitement s'est effectué par la promotion du libre-échange, la lutte corrélative contre toute forme de protectionnisme, non sans calculs et naïveté parfois, notamment au sein de l'Union européenne

Globalement paisible jusqu'à ces dernières années, la guerre en Ukraine, cumulée à la montée des exigences chinoises, l'éveil de l'Iran, conduisent certains à considérer qu'une forme de « démondialisation » s'opère, à tout le moins d'une forme de « bimondialisation » : la Russie, la Chine, l'Iran, d'autres pays encore subissent des sanctions économiques visant à les affaiblir économiquement, sanctions générales ou spécifiques, et réciproquement, dans une forme de surenchère qui affecte, mécaniquement, les logiques du commerce international.

A supposer que cette bimondialisation se renforce, ou au contraire diminue, il reste que deux contraintes s'opposent désormais. D'un côté, au moins du côté des Etats continuant de jouer le jeu du commerce international « traditionnel », la promotion des outils du commerce international : respect des engagements contractuel et du principe de

l'autonomie de la volonté, mobilité des sociétés et des salariés, liberté d'action des société y compris dans la constitution de groupes transnationaux, promotion de règles de droit uniforme et de la *Soft Law,* du règlement amiable ou par arbitrage des litiges internationaux purement commerciaux ou impliquant un Etat, traitement en commun des difficulté snouvelles (RSE, respect des droits humains, etc.) ; de l'autre, d'autres formes d'organisation, et, entre les deux, des mesures agressives sous forme de règles à vocation extraterritoriales, de sanctions économiques, voire de mesures plus grossières, d'espionnage économique, de cyber attaques, de campagne de manipulation de l'information, voire d'agressions armées contre des intérêts de « l'autre camp ».

Le résultat est, incontestablement, le retour des Etats sur le devant de la scène, voire des regroupements d'Etats, régionaux (comme l'Union Européenne, l'OHADA, la ligue arabe, BRICS, etc.) ou internationaux (CNUDCI, G 7+, etc.) moins dociles contre les divers mésusages du commerce international, tenant compte du comportement de ses acteurs proprement dits, mais aussi d'acteurs tiers, groupes criminels ou mafieux, narcotrafiquants, trafiquants d'être humains, etc., et donc lutte contre la corruption et ses pratiques illicites dérivés de formes de délinquance financière variées, promotion de comportements responsables (RSE, *compliance*).

Cet ensemble permet d'identifier la persistance des règles du droit du commerce international, dont l'objet est principalement d'offrir des outils juridiques facilitant les opérations commerciales entre opérateurs privées, et le retour d'une forme de droit international plus étatique, dit souvent *droit international économique*, permettant d'identifier des règles permettant le développement harmonieux des précédentes.

Un autre enjeu, plus juridique, est le développement de règles normatives internationales allant au-delà de conventions internationales en termes de conflits de lois ou de juridictions mais établissant des règles internationales matérielles, globalement peu nombreuses, sinon de source privée, et sans instrument international cadre fixant les bornes du droit du commerce international, tel que la France, par exemple l'avait proposé en 1970, en vain (Cf. B. Oppetit, *Droit* du *commerce international Textes et documents,* PUF, 1977, p. 30), sans doute parce qu'il est très difficile de rapprocher des droits distincts reposant sur des cultures, juridiques ou non juridiques, très différentes. En revanche, des règles régionales existent, le modèle étant celui de l'Union européenne, mais également celui de l'OHADA.

Il reste donc une part, non négligeable, de droit international privé au sens classique du terme, dans la mise en œuvre des règles du droit du commerce international. Les deux partagent une forme d'émancipation des règles domestiques, par la considération du caractère international, non national donc, de telle situation juridique, un contrat ou un litige par exemple. Mais les deux partagent alors l'idée que le point de vue adopté, le droit international privé ou le droit du commerce international vue du point de vue du droit français ou du droit américain, ou autre, se présente de manière différente. EN conséquence, l'émancipation, rêvée parfois, du droit du commerce international du droit international privé est loin d'être réalisé : il demeure un ensemble hétérodoxe fait de règles de source nationale ou internationales, sur la base de conventions internationales diverses, régionales, multilatérales (comme la Convention de Vienne sur la Vente Internationale de Marchandises, CVIM) ou bilatérales, comme les traités bilatéraux d'investissements (TBI) ou les conventions fiscales de double-imposition, mais aussi de règles à vocation internationales de source privée.

Il reste également que le socle du droit du commerce international est constitué de deux grands ensembles, le droit des contrats internationaux et le droit de l'arbitrage international (ou des modes internationaux de règlement des litiges), assorti de règles qui les permettent, le droit des transports et notamment le droit maritime, le droit du financement et de l'assurance, mais aussi de manière décalée, le droit des investissements étrangers, à cheval entre les règles du droit *privé* du commerce international et celles du droit *public* économique international.

III. – Les origines

Il est très difficile de proposer une « histoire du droit du commerce international » qui suppose, par hypothèse que le caractère « international » de relation existe, ce qui n'est apparu qu'avec Louis XIV et la conception « westphalienne » du droit et la reconnaissance des Etats dans leur capacité à conclure des traités (et non plus un accord entre chefs d'Etats), qui n'a véritablement donné sa pleine mesure que dans le courant du XIXème siècle. L'aperçu historique rapidement présenté ici a pour seul objectif de faciliter la compréhension de la situation actuelle et ainsi éclairer les différents aspects du droit du commerce « international ». Avant ce caractère, des relations larges étaient établies, à l'œuvre pour établir de nouveaux concepts juridiques.

A – L'Antiquité

A fortiori donc, imaginer un commerce « international » antique n'a pas de sens, sauf à conférer aux relations qi y apparaissaient un caractère anachronique. Le Code d'Hammourabi décrit par exemple les conditions du prêt à intérêt sous la forme de prêts de semence et les briques de Warka seraient la comptabilité d'une maison de commerce fonctionnant en société, de même que les prémisses de l'arbitrage y aurait été connus.

Les Phéniciens, grands navigateurs, ont constitué la première véritable civilisation commerciale, à travers des comptoirs servant de relais sur les rives de la Méditerrainée. Les juristes Phéniciens sont à l'origine de techniques encore utilisées aujourd'hui en droit maritime comme celle de « l'avarie commune » : si le capitaine d'un navire était obligé de sacrifier une partie de la cargaison pour sauver le navire, l'armateur et les chargeurs participaient à la perte. Ce mécanisme a été décrit par la *Lex rhodia de Jactu* car l'avarie commune jouait surtout lorsque le capitaine allégeait le navire en péril en jetant une partie de la cargaison à la mer.

Carthage, ville phénicienne, se heurtera assez vite à Rome dont la puissance commençait à naître en Italie. Carthaginois et Romains se sont disputé le commerce méditerranéen occidental. Ils conclurent autour des années 348-308 avant J.-C. un traité relatif au partage de secteurs commerciaux. Il s'agirait là, historiquement, du premier grand traité de commerce international.

1. La Grèce

La Grèce pris la suite de la civilisation phénicienne déclinante. La civilisation Grecque se traduit par une communauté de langue et de mœurs caractérisant des cités qui ont chacune son gouvernement et sa législation (Athènes, Rhodes, Delos), ce qui a favorisé le caractère « international » des opérations. Même si les Grecs sont considérés comme de mauvais juristes (de droit privé) et n'ont pas véritablement élaboré un corps cohérent de règles régissant le commerce international, le caractère « international » du commerce s'est

accentué. Les mécanismes juridiques et institutions qui prennent naissance en Grèce semblent avoir été élaborés par les besoins du commerce international, par exemple, l'opération de prêt à la « grosse aventure » pratiquée dans le commerce maritime du blé ou encore le *nauticum foenus*, prêt d'argent à un armateur ou un négociant exportateur. Mais le droit grec n'est pas vraiment élaboré, comme le sera le droit romain.

2. Rome

Les Romains ont, en revanche, élaboré une véritable organisation du commerce, même s'ils ont surtout été préoccupés par le droit civil. Le droit romain proposait une distinction entre le *jus civile* (droit des citoyens romains) et le *jus gentium* (droit des non-citoyens romains) qui préfigurait la distinction moderne entre droit civil et droit commercial. Ainsi, existait un préteur pour les citoyens romains (le préteur urbain) et un autre pour les « étrangers » (le préteur pérégrin).

Le *jus civile* était réservé aux citoyens romains. Le *jus gentium* n'est pas propre aux relations commerciales et pouvait s'appliquer aussi aux pérégrins (« étrangers » des pays conquis ayant la condition d'hommes libres, mais pas la citoyenneté romaine). Le *jus gentium* était un droit élaboré pour les besoins du commerce avec les non-citoyens romains même si progressivement il s'est étendu aux rapports entre citoyens eux-mêmes grâce à l'action du préteur. Il était plus souple, moins formaliste et ouvert à toutes les innovations de la pratique. C'était un droit « international » considéré comme une des premières tentatives de résolution des rapports de commerce entre les différents peuples par le jeu de règles de droit matériel. Le droit romain réglementait les opérations de banque dont une des principales était l'opération de change car de nombreux pays conquis disposait d'une multitude de monnaies.

De nombreuses routes commerciales millénaires ont été tracées et de nombreux produits exotiques y transitaient, la soie, les parfums, les épices mais aussi de nouvelles idées, religions, usages et règles de droit commercial « international ».

L'effondrement de l'Empire romain et les invasions barbares à compter du VIIème siècle ont marqué la décadence, sinon la fin, de ces formes de commerce « international ». Toute activité commerciale a été suspendue et chaque vivait en circuit fermé, dans la peur, la violence, les invasions et la guerre jusqu'au XIème siècle environ.

B – Le Haut Moyen Âge : (re)naissance du commerce international

Les commercialistes situent au haut Moyen Âge la naissance d'un corps de règles qualifié de droit commercial voire de droit du commerce international. À partir du XI^{e} siècle, le commerce renaît. Les grands pôles du commerce européen sont les républiques marchandes de l'Italie du Nord (Venise, Pise, Gêne, et plus tard Florence) et les Flandres (Bruges, Anvers et Amsterdam). Les premiers monopolisent le commerce du monde méditerranéen et instaurent entre leurs villes un réseau d'échanges commerciaux nécessairement international, qui entraîne des questions de compétence judiciaire et législative. Ces villes sont à l'origine des premiers tribunaux commerciaux spécialisés, compétents pour juger également les commerçants étrangers. Les plus célèbres sont les *Consules mercatorum* de Florence, le *Tribunal de la Rote* de Gênes. Ce sont également les juristes de ces villes qui élaborent la théorie des conflits de lois sous la forme de la célèbre « théorie des statuts ». Elles sont considérées comme le berceau du droit commercial et du droit international privé. Les secondes, en raison des invasions dont elles ont été l'objet et

des brassages des populations, ont accentué le développement des échanges commerciaux internationaux. Les rapports entre ces deux pôles d'attraction principaux, auxquels s'ajoutent les principaux pays d'Europe occidentale, ont donné au commerce simplement « régional » à l'origine un caractère international, d'abord européen, mais qui va progressivement s'étendre aux pays plus éloignés pour donner naissance à un véritable droit du commerce international. À l'origine de ce droit du commerce international se trouvent principalement trois facteurs importants : les croisades, les foires et la chrétienté.

1. Les croisades

Elles ont été à l'origine de la renaissance au Moyen Âge du grand commerce international. Elles créent une route commerciale internationale ouest/est, de l'occident méditerranéen vers les lieux saints, à l'est de la Méditerranée. Un tel mouvement s'accompagne de transports divers (hommes, chevaux, armes, etc.), de mécanisme financiers (transport de l'or et de l'argent) avec les échanges commerciaux qui les accompagnent et l'apparition de nouveaux banquiers qui jouent un rôle international se prolongeant dans plusieurs pays.
C'est d'ailleurs au cours de l'un de ces déplacements qu'un exemplaire d'un Code civil (théodosien ou justinien), totalement oublié depuis la chute de l'empire romain, fut retrouvé à Amalfi et diffusé ensuite pour promouvoir un nouvel ensemble de règles, dont certaines particulièrement adaptées aux contrats et aux opérations commerciales, par contraste avec les règles, essentiellement d'origine religieuses, fiscales ou pénales, qui prévalaient dans les pays européens.

2. Le développement des foires

Les « foires » étaient des regroupements périodiques de marchands provenant d'horizons divers en Allemagne (Francfort, Leipzig), dans les Flandres (Bruges) et en Champagne (Troyes, Lagny, Provins, Bar-sur-Aube). Ces lieux de rencontre, à date fixe, entraînaient une mobilité de marchands. Elles ont joué un rôle fondamental dans la mise au point du droit du commerce international. D'une part, la diversité des opérateurs a introduit un élément aujourd'hui qualifié d'extranéité et la plupart des opérations avaient un caractère « international ». D'autre part, on y réglait certaines opérations relatives au transport maritime, essentiellement international. Le développement des transactions commerciales entraînait celui des opérations de change des monnaies d'où naissaient des techniques de droit bancaire et du droit comptable. Ces foires marquaient l'apparition d'un monde nouveau, le monde des marchands. Ces derniers recherchaient un droit qui leur soit propre, moralement neutre, efficace et uniforme et s'imposant à tous les participants quelle que soit le lieu de la foire. C'est ainsi qu'est né le *jus mercatorum* ou *lex mercatoria*. Ce droit avait plusieurs caractères. C'est un droit :

– « international » au sens où l'avait été le *jus gentium* romain d'avant les invasions. Ce droit des foires était identique en Champagne, Italie ou Allemagne. Il préfigurait par ses caractères, l'unification des législations dans les États de la Communauté et même au-delà le droit commercial moderne des principaux États ;

– efficace et rapide car il fallait régler pendant la durée de la foire tous les éventuels litiges, par exemple en provoquant la vente forcée de marchandises ;

– rigoureux, avec notamment l'apparition de la faillite.

3. La religion chrétienne

En essayant de moraliser certaines opérations, l'Église catholique a contribué de façon indirecte à la formation d'un droit commercial uniforme commun aux pays de la chrétienté mais aussi à susciter le caractère « international » de certaines opérations. Ainsi, la prohibition du prêt à intérêt que respectaient les chrétiens ne s'appliquait ni aux juifs, ni aux Italiens du Nord (les Lombards) qui n'étaient pas chrétiens. Ces derniers pouvaient donc effectuer ces prêts et cette opération avait ainsi un élément d'extranéité.

À la fin du Moyen Âge, il n'existait pas un corps complet de règles qualifiées de droit du commerce international, mais elles étaient suffisamment complètes pour régir les principales opérations du commerce international de l'époque. Le Moyen Âge a vu apparaître la première « loi marchande internationale » et son apport est considérable pour le droit du commerce, interne et international. Ce caractère international va s'estomper à la fin du Moyen Âge.

C – De la fin du Moyen Âge à la période contemporaine

Plusieurs sous-périodes se succèdent alors : les temps modernes (à compte de la « découverte » de l'Amérique jusqu'aux Révolutions américaine et française ; la période contemporaine, de la Révolution française à la seconde guerre mondiale, avec, notamment, la période des Empires (anglais, français, russes, américains, allemands, austro-hongrois, japonais) jusqu'à la première guerre mondiale et que l'on considère souvent comme celle de la « première mondialisation ».
Leur trait caractéristique est le déclin du caractère international du droit du commerce. On assiste à une « nationalisation » du droit commercial. Ainsi, les cités italiennes ont leur droit commercial, les cours anglaises élaborent un droit commercial propre. En France, plusieurs ordonnances (Commerce, Marine), puis le Code de commerce de 1807 posent des règles propres au droit commercial et au droit maritime français. Cela a pour résultat la mise à l'écart du *jus mercatorum* en faveur d'un retour de la méthode des conflits de lois ou de coutumes.

D – La période actuelle

Après la seconde guerre mondiale, le commerce international renaît et le droit du commerce international reprend son envol. Les techniques du commerce international se diversifient. Le droit matériel prend sa revanche sur le droit conflictuel.

Commerce de marchandises à l'origine, les services sont aujourd'hui concernés par le commerce international et le XXI^e^ siècle semble devoir être marqué par la revanche de l'immatériel sur le matériel avec l'importance du commerce électronique.

Aujourd'hui, la mondialisation des échanges est une amplification majeure de la situation connue durant la première mondialisation. Le « droit du commerce international » traduit l'évolution liée à l'intervention des États dans le commerce international, y compris lorsque ces Etats concluent des conventions internationales, et surtout l'importance des organisations internationales et des entreprises multinationales ou transnationales.

L'ensemble sera analyse à travers trois chapitres, les institutions et normes du droit du commerce international (Chapitre 1), le règlement des litiges du commerce international (chapitre 2), les acteurs (Chapitre 3) et les opérations (Chapitre 3) du commerce international.

CHAPITRE 1. DROIT DU COMMERCE INTERNATIONAL : INSTITUTIONS, NORMES ET ACTEURS

SECTION 1. LES INSTITUTIONS DU DROIT DU COMMERCE INTERNATIONAL

Depuis 1947, le droit du commerce international a été organisé par des institutions comme le GATT, puis l'OM à compter de 1994, le droit de l'Union européenne ou d'autres organisations voisines, à telle enseigne que l'ordre mondial globalement accepté pendant près de cinquante ans, est apparu comme une sorte d'horizon indépassable.

Or celui-ci est aujourd'hui largement altéré, depuis 2014 et 2022, et le jaillissement des sanctions économiques internationales.

I – L'objectif de liberté internationale du commerce : le General Agreement on Tariffs and Trade et l'Organisation mondiale du commerce

A – Le General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)

Le GATT ou, en français, *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce* a précédé l'Organisation mondiale du commerce. Il n'est pas une organisation internationale mais simplement un accord signé à Genève le 30 octobre 1947 et entré en vigueur le 1er janvier 1948.

Accord à l'origine provisoire (qui a duré jusqu'en 1995), le GATT est une instance administrant le traité. Il tente de régler les différends commerciaux qui surgissent entre les « membres », en réalité les « hautes parties contractantes ». Il a instauré une dynamique qui allait s'exprimer dans différentes négociations entre « États membres ». En principe permanentes, ces négociations s'intensifient lors de « rounds ». De nombreux rounds ont eu lieu, notamment (et concernant exclusivement le domaine tarifaire) Genève (1947), Annecy (1949), Torquay (1951), Genève (1956), Dillon Round (1962). Le Kennedy Round (1963-1973) a été un des plus importants car il comportait le premier Code antidumping et les premières réductions douanières relatives aux produits agricoles. Le Tokyo Round (1973-1979) a permis d'obtenir un abaissement plus important des droits de douane et a élargi la négociation aux restrictions non tarifaires.

Le plus important est l'Uruguay Round (1986-1994). Il a eu des résultats importants sur deux plans :

– le plan normatif. Il a élargi le domaine de la négociation aux services avec le GATS (*General agreement on trade and services*) et à la propriété intellectuelle avec le TRIPS (*Trade related intellectual property rights*). Il prévoit également un accord multilatéral sur les biens qui couvre le domaine traditionnel du GATT ;

– le plan institutionnel. Il permet un accord multilatéral créant l'organisation mondiale du commerce, qualifiée de « cadre institutionnel commun pour la conduite des relations commerciales » (Accord de Marrakech du 15 avr. 1994).

B – L'Organisation mondiale du commerce (OMC)

Dotée de la personnalité juridique, l'Organisation mondiale du commerce (OMC) est une véritable organisation internationale et fonctionnelle depuis le 1er janvier 1995. Son siège est en Suisse et elle compte 164 membres (au 29 juill. 2016). C'est un « système commercial multilatéral et intégré qui englobe le GATT, les résultats des efforts de libéralisation du commerce entrepris dans le passé et tous les résultats des négociations communes multilatérales du cycle d'Uruguay ».

1 – Les structures de l'OMC

Elle a deux principaux organes auxquels il convient d'ajouter un secrétariat, dirigé par un directeur général.

a – La conférence ministérielle

Elle définit la politique générale de l'organisation et prend toutes les décisions relatives aux accords commerciaux multilatéraux. Elle détient, avec le Conseil général, le pouvoir exclusif d'adopter les interprétations authentiques du droit de l'OMC, celui d'accorder à un État membre une dérogation et même celui de se prononcer sur l'accession de nouveaux États membres.

Organe plénier, elle se réunit au moins une fois tous les deux ans et est composée des ministres du Commerce de tous les États membres. Chaque État membre a une voix.

Depuis sa création, l'OMC a connu plusieurs conférences ministérielles :

– Singapour (9-13 déc. 1996) ;
– Genève (18-20 mai 1998) ;
– Seattle (30 nov.-3 déc. 1999) ; une des plus médiatisées avec pour résultat un échec. Elle avait pour objectif d'ouvrir un nouveau cycle de négociations sur la concurrence, l'investissement, les marchés publics, l'environnement ou l'épineuse question des normes sociales ;
– Doha (10-14 nov. 2001) totalement éclipsée par la guerre en Afghanistan. Pendant cette conférence, un des points de désaccords était les subventions à l'agriculture. Des thèmes importants comme les normes sociales, l'environnement, l'investissement et la sécurité intérieure ont été évités. Elle a toutefois permis le lancement d'un cycle de négociations dit du *Millenium Round* sur, notamment, l'agriculture, les médicaments. L'adhésion de la Chine est un de ses éléments importants ;
– Cancun (10-14 sept. 2003) : elle a surtout été marquée par la confirmation de nombreuses divergences entre pays développés et pays en voie de développement, entre les États-Unis et l'Union européenne sur l'agriculture. Elle s'achève sans position commune ;
– Hong Kong (13-18 déc. 2005) ;
– Genève (21-25 juill. 2008) : elle a abouti sur un échec des négociations ;
– Genève (30 nov-2 déc. 2009) ;
– Genève (15-17 déc. 2011) : accession de la Russie ;

– Bali (3-6 déc. 2013) ;
– Nairobi (15-18 déc. 2015) ;
– Buenos Aires, (10-13 déc. 2017).

b – Le conseil général

Organe permanent composé de délégations des États membres, il se substitue à la conférence ministérielle lorsque celle-ci ne siège pas.

Il exerce également les fonctions d'organe d'examen des politiques commerciales (OEPC) et d'organe de règlement des différends (ORD).

Dans certains domaines de compétence existent des conseils spécialisés :

– le conseil du commerce des marchandises ;
– le conseil du commerce des services ;
– le conseil des aspects de droit de propriété intellectuelle relatifs au commerce (conseil des ADPIC).

Des comités à finalité particulière ont également été institués par l'accord d'origine : le comité du commerce et du développement, le comité des restrictions appliquées à des fins de balance de paiements et le comité du budget, des finances et de l'administration. À côté de ces comités, la Conférence ministérielle a créé des groupes de travail chargés de certaines questions (par exemple les liens entre le commerce et l'investissement) alors que le Conseil général a créé le comité du commerce et de l'environnement et le comité des accords régionaux.

c – Le secrétariat

C'est en principe un organe purement administratif. Il est dirigé par un directeur général nommé par la conférence ministérielle qui détermine ses pouvoirs et attributions. Sa nomination est devenue un enjeu politique important.

2. – Le règlement des différends

C'est la principale innovation de l'OMC par rapport au GATT. La procédure est plus formelle et encadrée dans des délais précis. Dans la majorité des cas, un différend naît lorsqu'un État adopte une mesure commerciale (ou d'autre nature) qui est considérée par un ou plusieurs autres membres de l'OMC comme un manquement aux obligations ou une violation au Code commercial de l'OMC.

a – Le mécanisme de règlement des différends

L'organe de règlement des différends (ORD) est compétent pour connaître tous les litiges nés des accords administrés par l'OMC. Il est seul compétent pour établir les « groupes spéciaux » composés d'experts chargés d'examiner l'affaire, et pour adopter et rejeter les conclusions des groupes spéciaux ou les résultats de la procédure

d'appel. Il surveille la mise en œuvre des recommandations. Il autorise des mesures de rétorsion si nécessaire.

Le règlement des litiges se fait en trois principales étapes :

i. Première étape : les consultations (jusqu'à 60 jours)

Les parties en différend négocient entre elles pour essayer de parvenir à une entente. Si les discussions n'aboutissent pas, elles peuvent aussi demander au directeur général de l'OMC d'intervenir comme médiateur ou de toute autre manière.

ii. Deuxième étape : le groupe spécial

Si les consultations n'aboutissent pas, l'État plaignant peut demander la formation d'un groupe spécial établi par l'organe de règlement des différends. Le délai prévu pour cet établissement est de 45 jours et le groupe a 6 mois pour achever ses travaux. Le pays mis en cause peut empêcher cet établissement une première fois, mais il ne le peut plus lors d'une deuxième réunion.

Le groupe spécial a officiellement pour tâche d'aider l'organe de règlement des différends à énoncer ses décisions ou recommandations. Son rapport ne peut être rejeté que par consensus à l'organe de règlement des différends.

En principe, son rapport doit être communiqué aux parties dans un délai de six mois, sauf dans le cas d'un produit périssable où ce délai est ramené à trois mois. Les principales étapes du travail du groupe spécial sont contenues dans un mémorandum d'accord. Il s'agit :

– avant la première réunion : l'exposé écrit des arguments au groupe spécial ;
– première réunion : les arguments du pays plaignant et de celui ou ceux mis en cause ;
– les réfutations : les pays concernés présentent les réfutations écrites et des arguments oraux à la deuxième réunion du groupe spécial ;
– recours possible à des experts ;
– avant-projet de rapport remis aux deux parties, sans les constatations et conclusions ;
– rapport intérimaire comprenant les constatations et conclusions remis aux parties.

Elles ont un délai d'une semaine pour demander un réexamen ;

– réexamen : il ne doit pas dépasser deux semaines ;
– rapport final : il est transmis aux parties et trois semaines plus tard, il est communiqué à tous les membres ;
– enfin, le rapport devient une décision ou une recommandation de l'organe de règlement des différends, sauf s'il y a consensus pour le rejeter.

b. L'appel

Chaque partie peut faire appel de la décision du groupe spécial et parfois les deux parties font appel. Il doit être fondé sur des questions de droit. Il est jugé par trois des sept membres d'un organe d'appel permanent constitué par l'organe de règlement des différends.

La durée de la procédure ne doit pas dépasser en principe 60 jours et en aucun cas 90 jours.

Une fois que l'appel a abouti à la confirmation, à l'infirmation ou à la modification des conclusions juridiques du groupe de travail, l'organe de règlement des différends doit accepter ou rejeter le rapport de l'organe d'appel dans un délai de 30 jours. Seul le consensus permet le rejet.

À la fin de la procédure, l'État condamné doit réparer sa « faute » ou offrir une compensation. À défaut, il s'expose à des sanctions par exemple la suspension par l'État victime vis-à-vis de l'autre de l'application des concessions ou d'autres obligations, ces mesures doivent être autorisées par l'organe de règlement des différends et être limitées. Les délais ne sont pas toujours respectés.

c – Les questions de procédure

Même si l'organe de règlement des différends n'est pas un véritable tribunal au sens classique, les questions de procédure y prennent une plus grande importance et concernent essentiellement :

– Les parties à la procédure

La procédure de règlement des litiges ne concerne en principe que les États. Si les personnes privées peuvent y participer en tant que conseillers juridiques privés des États, leur participation en tant que tiers est discutée.

– L'intérêt à agir

Pour agir, il n'est pas nécessaire d'avoir subi un préjudice commercial. Il suffit d'avoir un intérêt potentiel.

– La charge de la preuve

En principe, il incombe au plaignant de prouver la violation de l'accord allégué et au défendeur de réfuter soit par la preuve contraire, soit par la preuve qu'il bénéficie d'une exception.

– « Les droits de la défense »

Les actes menés au cours de la procédure n'étant pas véritablement contentieux, il n'est pas opportun de parler de « droits de la défense ». Toutefois, l'organe de

règlement des différends demande des renseignements. Il peut arriver que les informations demandées soient défavorables pour la défense d'un État ou confidentielles et qu'il refuse de les communiquer. Ce refus ne donne pas systématiquement lieu à des déductions défavorables.

d – Quelques affaires

En 2015, après 20 ans, le système de règlement de l'OMC avait connu plus 496 différends.

L'affaire opposant les États-Unis d'Amérique au Venezuela (règles qui entraînent une discrimination à l'encontre des importations d'essence, rapport d'appel adopté le 20 mai 1996).

Le 23 janvier 1995, le Venezuela (et plus tard le Brésil) a porté plainte contre les États-Unis d'Amérique, lui reprochant d'appliquer des règles entraînant une discrimination à l'encontre des importations d'essence. D'après les plaignants, les États-Unis appliquaient à l'essence importée des règles plus rigoureuses concernant les particularités chimiques que celles qui régissaient l'essence raffinée dans le pays. Ces règles étaient inéquitables, l'essence d'origine américaine n'étant pas assujettie aux mêmes normes. Elles étaient par conséquent contraires au principe du traitement national.

Le rapport final du groupe spécial chargé de l'affaire a donné raison aux plaignants. Les États-Unis ont fait appel. La décision a été confirmée par le rapport de l'organe d'appel adopté le 20 mai 1996. Les États-Unis ont proposé d'apporter des modifications à leurs règles.

L'affaire des bananes opposant les États-Unis d'Amérique et la Communauté européenne (régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution de bananes, rapport d'appel adopté le 25 septembre 1997).

Les États-Unis d'Amérique (et les pays d'Amérique latine) ont porté plainte contre l'Union européenne à propos du régime appliqué à l'importation, à la vente et à la distribution de bananes. Ce régime comprend deux quotas à l'importation, l'un pour les pays liés à l'Union par la Convention de Lomé et l'autre pour les pays latino-américains, le premier étant plus généreux que le second.

Le groupe spécial chargé de l'affaire a donné raison aux plaignants et l'ORD a dans l'ensemble suivi ses constatations. L'Union européenne a refusé de supprimer les avantages offerts aux pays ACP et des négociations ont été ouvertes pour trouver une solution satisfaisante.

L'affaire de la viande aux hormones opposant les États-Unis d'Amérique, le Canada et la communauté européenne (mesures concernant les viandes et les produits carnés – hormones, rapport d'appel adopté le 13 févr. 1998).

L'affaire entre les États-Unis et l'Inde à propos des restrictions quantitatives

appliquées par l'Inde sur des produits divers justifiées par des mesures prises pour favoriser le redressement de la balance des paiements (rapport d'appel adopté le 12 août 1999). Cette affaire illustre les rapports entre l'OMC et d'autres organisations internationales, en l'espèce, le FMI.

Les affaires « États-Unis – Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine (EPO) ». L'organe d'appel de l'ORD a rendu le 29 juin 2012 ses rapports sur cette affaire.

L'affaire entre le Guatemala et le Pérou au sujet de l'agriculture – Droits supplémentaires sur l'importation de certains produits. Rapport de l'organe d'appel de l'ORD adopté le 31 juillet 2015.

L'affaire entre les États-Unis et l'UE à propos de leur soutien respectif à leurs constructeurs aéronautiques sur le commerce des aéronefs civils de grande capacité : « Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteur ». Cette affaire à plusieurs ramifications n'est pas entièrement terminée.

II. – Les autres organisations internationales

A – Les organisations à vocation universelle

Plusieurs domaines peuvent être envisagés : commerce international en général et contrats du commerce international, finances, transport, propriété intellectuelle, travail. Ne seront envisagées que les principales organisations, laissant de côté par l'exemple l'Organisation des pays exportateurs de pétrole (OPEP) alors que le pétrole peut avoir un rôle important dans le commerce international.

1 – Commerce international en général et contrats du commerce international

a – La Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement (CNUCED)

Organe subsidiaire des Nations unies créé à la suite de la conférence de Genève de 1964, la CNUCED a pour objectif d'établir un régime général de commerce international intégrant les intérêts des pays en développement. Elle compte 194 membres (site Internet www.unctad.org).

C'est l'organe central du système des Nations unies pour le traitement intégré des problèmes de développement et les questions étroitement liées concernant le commerce, le financement, la technologie, l'investissement ou le développement durable.

Ses principales réalisations sont :

– le système généralisé de préférence (1971) qui a pour base d'accorder aux pays en développement des préférences tarifaires sans réciprocité. Ex. : Accord CEE (UE) et ACP (Afrique, Caraïbes, Pacifique) ;

– le système global de préférences commerciales entre pays en développement (1989) ;
– l'ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives (1980) ;
– les accords internationaux notamment sur le cacao, le sucre, le caoutchouc naturel, les bois tropicaux, l'huile d'olive ou le blé.

Les résultats de la CNUCED sont parfois décevants sur le plan juridique car les codes élaborés n'ont aucune valeur obligatoire, par exemple le code de conduite sur les pratiques restrictives de 1980.

Ses rapports annuels font toutefois autorité :

– le rapport sur le commerce et le développement ;
– le rapport sur l'investissement dans le monde ;
– le rapport sur les pays les moins avancés.

b – La Commission des Nations unies pour le droit du commerce international (CNUDCI)

Créée par une résolution de l'Assemblée générale des Nations unies du 17 décembre 1966, la CNUDCI est le principal organe juridique des Nations unies dans le domaine du droit du commerce international. Elle se compose des représentants de 60 États membres élus par l'AG des Nations unies pour un mandat de 6 ans (site Internet www.uncitral.org).

Elle a pour objectif l'unification progressive des règles matérielles du droit du commerce international. Même si elle n'a pas le pouvoir d'imposer les normes qu'elle élabore, ses travaux jouissent d'une réelle autorité.

Elle a un rôle important et a participé à l'élaboration de nombreux textes juridiques dont le plus connu – le texte star – est la Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises dite Convention de Vienne du 11 avril 1980, entrée en vigueur le 1er janvier 1988. Peuvent être notamment citées :

– la Convention de New York du 14 juin 1974 sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (modifiée en 1980) et entrée en vigueur le 1er août 1988 (137 États au 15 déc. 2005) ;
– la Convention des Nations unies sur le transport de marchandises par mer de 1978 (règles de Hambourg) entrée en vigueur le 1er novembre 1992 ;
– la loi type sur l'arbitrage commercial international de 1985 (amendée en 2006) ;
– la loi type sur les virements internationaux de 1992 ;
– la Convention des Nations unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer (règles de Rotterdam) de 2008 (non encore entrée en vigueur) ;
– la loi type sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services de 1994 et le guide pour son incorporation dans les droits internes ;

– la loi type sur le commerce électronique de 1996 ;
– la loi type sur l'insolvabilité internationale de 1997 et le guide pour son incorporation dans les droits internes ;
– la loi type sur les signatures électroniques de 2001 ;
– la loi type sur la conciliation commerciale internationale (2002).

c – L'institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit)

Créé à Rome en 1926 à l'initiative du gouvernement italien et du conseil de la Société des Nations, l'institut international pour l'unification du droit privé œuvre pour l'unification et l'harmonisation des règles de droit privé dans le domaine économique (63 membres en 2014, site Internet www.unidroit.org). C'est un institut très actif dont l'activité est intense dans le domaine du droit du commerce international.

Il a été associé aux travaux de la CNUDCI ayant abouti à la Convention de Vienne du 11 avril 1980.

Il est à l'origine des Conventions d'Ottawa sur l'affacturage international et sur le crédit-bail international de 1988, des *Principes relatifs aux contrats du commerce international* en 1994, nouvelle édition 2016, ou encore du *Guide sur les accords internationaux de franchise principale* (édition française 2000).

d – La commission pour le droit européen des contrats

Connue sous le nom de son président M. Ole Lando, elle a publié en plusieurs phases « Les Principes du droit européen des contrats ».

e – La conférence de La Haye de droit international privé

Même si elle n'est devenue organisation intergouvernementale qu'en 1951, elle a été réunie pour la première fois en 1896 (site Internet www.hcch.net).

Son objectif est d'œuvrer à l'unification internationale en droit international privé. Dans ce cadre, ses principales réalisations sont relatives au droit international privé de la famille. Toutefois, dans le domaine du commerce international, une de ses principales réalisations est la Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels.

f – La Chambre de commerce internationale (CCI)

Elle symbolise les origines du commerce international. Elle n'est pas une organisation internationale mais une institution privée constituée d'acteurs privés du commerce international.

Créée en 1919 à l'initiative d'un homme d'affaires américain, la CCI est une association de droit privé (loi 1901) ayant son siège à Paris (site Internet www.iccwbo.org)

Elle a un rôle fondamental dans le domaine du commerce international. Ce rôle a principalement trois aspects :

– l'aspect consultatif : la CCI a nombreux contacts avec l'OCDE et l'Union européenne et participe à l'élaboration de nombreuses conventions ;

– l'aspect normatif : c'est un des plus importants. Elle œuvre ainsi directement à l'élaboration des règles matérielles du commerce international. On peut citer notamment :

– les international commercial terms,
– les règles et usances uniformes sur le crédit documentaire,
– les règles uniformes sur les garanties autonomes ;

– l'aspect quasi judiciaire : la Cour internationale d'arbitrage de la CCI joue un rôle très important. Elle possède également un Centre international d'expertise.

2 – Finances

a – Le Fonds monétaire international (FMI)

Issu des accords de Bretton Woods de 1944, institution spécialisée des États-Unis, le FMI avait pour fonction d'éviter les crises monétaires en organisant un système de parité fixe des monnaies avec pour base le dollar. En 2019, il compte 189 membres, contre 45 en 1945 (site Internet www.imf.org).

Aux termes de l'article 1er de son statut, le FMI a six missions :

– assurer la promotion de la coopération monétaire internationale au moyen d'une institution permanente qui fournit un mécanisme de consultation et de collaboration concernant les problèmes monétaires internationaux ;
– faciliter l'expansion et l'accroissement du commerce international ;
– œuvrer à la promotion de la stabilité des changes ;
– aider à l'établissement d'un système multilatéral de règlement des transactions courantes entre les États membres et à éliminer les restrictions de change qui nuisent au commerce international ;
– mettre à la disposition des États membres des ressources du Fonds, moyennant des garanties adéquates, pour leur permettre de corriger les déséquilibres de leurs balances de paiement sans avoir besoin de recourir à des mesures préjudiciables à la prospérité nationale ou internationale ;
– abréger la durée et réduire l'ampleur des déséquilibres des balances de paiement des États membres.

Il a essentiellement une mission de surveillance économique et financière et une mission d'assistance dans plusieurs domaines essentiellement financiers. Ses résultats sont contrastés, notamment dans les pays en voie de développement.

Le droit de tirage spécial (DTS) est une de ses créations les plus utilisées. Il a été institué en 1969 et est un instrument de réserve international indexé sur un panier de monnaie dont le cours est fixé quotidiennement. Les États membres peuvent utiliser ces DTS comme monnaie internationale de réserve.

b – La Banque internationale pour la reconstruction et le développement (BIRD) ou Banque mondiale

Créée en même temps que le fonds monétaire international, elle avait pour objectif complémentaire d'aider les États membres rencontrant des difficultés structurelles et conjoncturelles. En 2019 elle compte 189 membres (site Internet www.worldbank.org).

La BIRD est la principale institution de financement des pays en voie de développement.

On peut citer comme ayant le même objectif et également liés aux Nations unies :

– l'organisation des Nations unies pour le développement industriel (ONUDI) ;
– le programme des Nations unies pour le développement (PNUD).

3 – Transport international

Les principales organisations sont :

a – Transport maritime

Institution spécialisée de l'ONU qui compte en 2019 174 membres et 3 États associés (site Internet www.imo.org), l'organisation maritime internationale (OMI) a permis l'élaboration de plusieurs conventions internationales notamment :

– la Convention de 1969 et 1971 sur la responsabilité du propriétaire de navire en cas de pollution par les hydrocarbures ;
– la Convention de 1974 relative au transport par mer des passagers et de leurs bagages.

b – Transport terrestre

– Dans le domaine du transport routier, on peut citer l'Union internationale des transports routiers (IRU) fondée le 23 mars 1948 qui compte 170 membres répartis sur les cinq continents (site Internet www.iru.org). Il s'agit essentiellement d'un regroupement de fédérations nationales des transports routiers.

– Dans le domaine du transport ferroviaire, l'Organisation intergouvernementale pour les transports inter-ferroviaires (OTIF) existe depuis le 1er mai 1985 et compte 50 membres et un État associé (site Internet www.otif.org). Elle est assistée par

l'office central des transports internationaux ferroviaires. Elle gère la Convention internationale sur le transport de marchandises par chemin de fer dite Convention de Berne du 14 octobre 1890.

c – Transport aérien

Créé par le traité de Chicago (1944) et institution spécialisée des Nations unies, l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI) compte 193 membres (site Internet www.icao.int). Elle veille à l'application correcte du régime de la navigation et du transport aérien établi par la Convention de Chicago et ses deux annexes.

4 – Propriété intellectuelle

Existant depuis 1967 et institution spécialisée des Nations unies depuis 1974, l'organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) a pour objectif la promotion de la propriété intellectuelle dans le monde. Son action est importante dans le domaine de l'information et de la coopération. Elle compte 192 membres (site Internet www.wipo.int).

Elle a été mise en œuvre pour administrer des conventions très anciennes qui ont précédé sa création notamment le traité d'Union de Paris de 1883 pour la protection de la propriété industrielle, l'Arrangement de Madrid de 1891 pour l'enregistrement international des marques ou encore la Convention de Berne de 1886 pour la protection des œuvres littéraires et artistiques.

Elle encourage et effectue diverses études par exemple le Guide du franchisage (publication OMPI n° 480 F-1994).

Elle a mis en place en 1994 un centre d'arbitrage pour les litiges de propriété intellectuelle.

5 – Travail

Créée en 1919, l'Organisation internationale du travail (OIT) est un organisme survivant de la Société des Nations érigé en institution spécialisée des Nations unies. L'OIT compte 187 États membres. Elle a pour objectif l'amélioration des conditions de travail et le développement des règles internationales du travail (site Internet www.ilo.org).

B – Les organisations à vocation régionale

Elles sont multiples. Par ordre croissant d'intégration, les principales peuvent être regroupées en 3 grands groupes :

les zones de libre-échange : ce sont les formes d'intégration les plus élémentaires. Elles n'ont pas de politique commerciale commune, ni de tarifs communs à l'égard des pays tiers. Leur unique objectif est l'élimination des restrictions tarifaires et non tarifaires à des flux commerciaux mutuels.

les unions douanières : elles constituent la forme d'intégration intermédiaire entre les zones de libre-échange (dont elles remplissent au minimum les objectifs) et les marchés communs et unions économiques dont elles sont l'aboutissement logique.

les marchés communs : l'aboutissement de l'intégration est le Marché commun qui a pour objectif la suppression de toutes restrictions de circulation des personnes, des biens ou des capitaux (exemple dans la zone Caraïbe : le CARICOM, Marché commun des Caraïbes).

Seules les principales organisations seront présentées ici en fonction de leur aire géographique.

1 – L'Afrique

L'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) a été créée par le traité de Port-Louis (Île Maurice) signé le 17 octobre 1993 et ratifié par 17 pays d'Afrique notamment Bénin, Burkina-Faso, Cameroun, Centrafrique, Comores, Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée, Guinée-Bissau, Guinée équatoriale, Mali, Niger, R. D. Congo, Sénégal, Tchad, Togo.

Sur le plan institutionnel, l'OHADA est une organisation internationale dotée d'un Conseil des ministres et d'un secrétariat permanent. Son siège est fixé à Yaoundé (Cameroun).

L'objectif prioritaire est d'harmoniser le droit des affaires des États signataires. Elle vise également à assurer un règlement efficace des litiges nés de l'application des actes uniformes. Pour atteindre cet objectif, elle a institué une Cour commune de justice et d'arbitrage qui est l'instance suprême à la place des cours suprêmes nationales. Son siège est à Abidjan (Côte d'Ivoire)

Ses actes uniformes sont directement applicables dans les États membres. Ils sont relatifs :

– au droit commercial général (révisé le 15 décembre 2010, entrée en vigueur 15 mai 2011) ;
– au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (révisé le 30 janvier 2014, entrée en vigueur le 5 mai 2014) ;
– aux procédures collectives d'apurement du passif (adopté le 10 septembre 2015, entrée en vigueur le 24 décembre 2015) ;
– aux sûretés (révisé 15 décembre 2010, entrée en vigueur 16 mai 2011) ;
– aux procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution (adopté le 10 avril 1998, entrée en vigueur le 16 juillet 1998) ;
– au droit de l'arbitrage (révisé le 23 novembre 2017 et entrée en vigueur le 23 février 2018) ;
– à la médiation (adopté le 23 novembre 2017 et entrée en vigueur le 23 février 2018) ;
– aux contrats de transport de marchandises par route (adopté le 22 mars 2003 et

entrée en vigueur le 1er janvier 2004) ;
– au droit des sociétés coopératives ;
– au droit comptable et à l'information financière (adopté le 26 janvier 2017 et entrée en vigueur le 15 février 2017 en substitution de l'acte uniforme du 24 mars 2000 portant organisation et harmonisation des comptabilités d'entreprises).

La spécificité de l'OHADA est qu'elle a commencé par l'harmonisation du droit avant l'union économique alors que très souvent c'est l'inverse qui est réalisé.

On peut citer également la Communauté des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) ou la Communauté économique des États de l'Afrique centrale (CEEAC) qui ont chacune des ambitions de promouvoir la coopération et l'intégration dans le domaine économique et social.

L'OHADA est considérée comme une très belle réussite dans le domaine du commerce international.

2 – L'Amérique

– Amérique du Nord : l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) a été signé le 17 février 1992 et est entré en vigueur le 1er janvier 1994 entre le Canada, les USA et le Mexique. Il vise à supprimer les obstacles aux échanges économiques entre ces trois pays en établissant une zone de libre-échange. Des discussions étaient en cours pour la création en 2005 d'une zone de libre-échange des Amériques (ZLEA) entre les 34 pays du continent américain (environ 800 millions de consommateurs potentiels). Ce projet ne semble pas pouvoir aboutir dans des délais raisonnables. L'avenir de l'ALENA lui-même ne semble pas assuré depuis l'élection du nouveau Président américain.

– Amérique du Sud : Le MERCOSUD (Marché commun du cône sud). Le traité signé au Paraguay le 26 mars 1991 engageait l'Argentine, le Brésil, le Paraguay et l'Uruguay sur la voie d'un marché commun. Ce projet a été finalisé au Brésil le 14 décembre 1994 et est entré en vigueur le 1er janvier 1995. Aujourd'hui, le MERCOSUD est une simple zone de libre-échange dont l'existence est menacée par le projet de création de la zone de libre-échange des Amériques.

3 – L'Asie

L'accord du libre-échange asiatique (ALEA) a été signé le 24 octobre 1992 entre le Brunei, l'Indonésie, la Malaisie, les Philippines, Singapour et la Thaïlande.

L'association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN) – regroupe Brunei, la Birmanie, le Cambodge, l'Indonésie, le Laos, la Malaisie, les Philippines, Singapour, la Thaïlande et le Vietnam. Ce grand marché est très disparate.

4 – L'Europe

– Zone de libre-échange

L'association européenne de libre-échange (AELE) mise en place par le traité de Stockholm du 4 janvier 1960 entre l'Autriche, la Finlande, l'Islande, le Lichtenstein, la Norvège, la Suisse, la Suède. Aujourd'hui, l'AELE fait partie de l'histoire car un accord de Porto du 2 mai 1992 a créé l'espace économique européen entre les pays de l'AELE – excepté la Suisse – et la CEE. L'Autriche, la Finlande et la Suède sont entrées dans l'Union européenne.

– Unions douanières

Exemple le Benelux entre la Belgique, la Hollande et le Luxembourg.

– Marché commun et union européenne

La Communauté économique européenne (CEE) a été instituée par le traité de Rome le 25 mars 1957. L'Europe a franchi un palier supplémentaire.

Principales étapes de l'évolution de l'Europe :

– Traité de Paris du 18 avril 1951 créant la Communauté européenne du Charbon et de l'Acier expiré comme prévu le 23 juillet 2002 ;

– Traité de Rome du 25 mars 1957 créant la Communauté européenne de l'énergie atomique (CEEA, Euratom) et la Communauté économique européenne (CEE, Marché commun) ;

– Acte unique européen, signé en 1986 (17 et 28 févr.), entré en vigueur le 1er juillet 1997 et relançant l'intégration européenne ;

– Traité de Maastricht du 7 février 1992 (entré en vigueur le 1er janv. 1993) créant l'Union européenne, transformant la CEE en CE et adoptant la monnaie unique, l'euro qui est vraiment devenu unique dans les pays depuis le 1er janvier 2002 *;*

– Traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997 (entré en vigueur le 1er mars 1999) renforçant notamment la libre circulation des personnes ;

– Traité de Nice signé le 26 février 2001 (entré en vigueur le 1er févr. 2003) ayant pour objectif de réformer les institutions pour que l'Europe puisse faire face à l'élargissement ;

– Traité de Lisbonne signé le 13 décembre 2007 (entré en vigueur le 1er déc. 2009) et modifiant les traités de Rome et de Maastricht. Ce traité dote l'Union européenne d'un cadre juridique et de moyens nécessaires pour faire face aux enjeux mondiaux ;

– Traité sur la Stabilité, la coordination et la gouvernance (TSCG) au sein de l'Union économique et monétaire signé le 2 mars 2012 par les chefs d'État ou de gouvernement des États membres de l'UE, à l'exception du Royaume-Uni et de la République Tchèque. Il vise à préserver la stabilité de la zone euro. L'objectif est de jeter les bases d'un « gouvernement économique ».

Le Traité est complété par un « pacte pour la croissance et l'emploi » adopté les 28 et 29 juin 2012.

5 – La Zone Caraïbe

Il existe un projet de création d'une OHADAC (Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires dans la Caraïbe). Comme l'indique son site Internet, ce projet se situe dans la continuité directe du marché commun caribéen et ambitionne, comme l'OHADA, d'aboutir à une « Grande Région Caraïbe » disposant d'un cadre unique et unifié en matière de droit des affaires. Inspiré du succès reconnu du processus OHADA, l'OHADAC est un projet de coopération et d'intégration régionales qui, en

rapprochant les États de la Caraïbe et les hommes, sert le développement économique et l'emploi en contribuant au développement des échanges commerciaux. Le projet se veut commun à l'ensemble des États qu'ils soient du CARICOM/CARIFORUM, de Cuba au Surinam et au Guyana, sans exclure le Venezuela. Il a pour objectif d'uniformiser le droit des sociétés, le droit de l'arbitrage, le droit et système comptable, les voies d'exécution, le recouvrement des créances, le droit commercial général, le droit du travail, le droit des transports…

Le 15 mai 2007, en Guadeloupe, s'est tenue la première conférence officielle OHADAC. La mise en place d'un centre OHADAC d'arbitrage et de conciliation dont le siège sera à Pointe à Pitre en Guadeloupe est en cours.

III.– La mise en œuvre de la liberté internationale du commerce

A. La liberté de circulation des marchandises

Le terme « marchandises » n'est pas nettement posé : cela va des matières premières aux produits manufacturés, des produits agricoles aux biens culturels, elles sont définies par les règles qui les encadrent, droit de l'OMC, droit de l'UE, CVIM, etc.

Le principe de liberté de circulation suppose que les restrictions les plus importantes, voire, utopiquement, toute restriction, soient supprimées, de manière que cette circulation soit totalement fluide. Ces restrictions peuvent affecter des importations ou des exportations, être justifiées pour des raisons de santé publique, de sécurité publique, de défense nationale, de propriété intellectuelle, etc.

Les moyens de faire obstacle aux restrictions non justifiées sont multiples, des techniques générales, ou des techniques spéciales, comme en mesure de produits de l'agriculture, le textile (accord ayant pris fin en 2004), les produits phytosanitaires, etc.

Le principe de base reste le principe de non-discrimination même s'il comporte des exceptions. D'autres règles sont applicables.

1. Le principe de non-discrimination

Il a deux aspects :

La clause de la nation la plus favorisée d'après laquelle tout État membre de l'OMC et signataire du GATT qui accorde un avantage à un État membre du GATT doit l'étendre à tous les États membres. Il est institué par l'article 1 du GATT qui dispose que tous « avantages, faveurs privilèges ou immunités accordés par un Membre à un produit originaire ou à destination de tout autre pays seront, immédiatement et sans condition, étendus à tout produit similaire originaire ou à destination du territoire de tous les autres Membres ». Il est relatif aux droits de douane et aux impositions quelle qu'en soit la nature, qui sont perçus à l'importation ou à l'exportation ou à l'occasion de ces dernières.

La clause du traitement national (ou de l'égalité du traitement) selon laquelle tout État membre doit traiter les produits et services étrangers de la même manière que les nationaux (art. 3 du GATT). Cette clause ne prohibe pas les barrières (taxes ou droits de douane) à l'entrée dans le pays. Une fois franchie, l'égalité du traitement doit être appliquée, par exemple, dès lors qu'une voiture japonaise a franchi les obstacles douaniers, elle doit être traitée comme une voiture française. On ne doit pas lui imposer des taxes intérieures ou des normes différentes.

2. La protection par les droits de douane et leur consolidation

Selon ce principe, les tarifs douaniers doivent être privilégiés comme moyen de protection possible du marché et de la production nationale.

a. La logique de l'OMC est exclusivement orientée vers une baisse des droits de douane.

Cette protection est complétée par le principe de consolidation des droits de douane. Les parties sont à l'abri des majorations futures car les tarifs douaniers sont consolidés et définitifs.

Les droits de douane sont par ailleurs classifiés selon des méthodes élaborées par le GATT puis l'OMC. Aujourd'hui l'Organisation Mondiale des Douanes fixe la nomenclature des marchandises concernées.

Ces principes généraux connaissent cependant des tempéraments, dérogations et exceptions.

– Tempéraments : ils sont consentis en faveur des accords commerciaux régionaux, par exemple en faveur des pays en voie de développement en permettant notamment l'octroi de préférences à ces pays.

– Dérogations : en cas de circonstances exceptionnelles, le Conseil général peut dispenser un État d'une ou de plusieurs de ses obligations au titre au GATT.

– Les véritables exceptions : par exemple celle spécifique qui est relative aux films cinématographiques. L'article 4 du GATT autorise des contingents à l'écran en faveur des productions nationales. les articles 20 et 21 complètent ce dispositif en visant les exceptions générales et celles relatives à la sécurité.

b. En droit de l'UE, le principe est celui de l'abolition des barrières douanières entre les Etats-membres et l'adoption d'un *tarif douanier commun*, en 1968, en 1985 et une nomenclature établie par le Règlement du 23 juillet 1987. Un *Code des Douanes de l'Union* adopté en 2013 et complété en 2016 et par des Règlements européens fixent les modalités communes des opérations de dédouanement, les divers classements des opérations en « positions » (plus de 13.000).

Sa territorialité est celle du continent européen et non des territoires d'outre-mer.

Il s'applique à l'origine d'une marchandise, laquelle est le dernier Etat dans lequel une transformation substantielle a été réalisée.

Ce tarif douanier commun est, aux termes de l'article 28 du TFUE, constitutif de l'Union européenne

3. La protection par des obstacle non-tarifaires.

Celles-ci sont nombreuses. Il peut s'agir de « quotas » dits aussi *restrictions quantitatives à l'importation et/ou à l'exportation.*

Les autres sont dites restrictions *qualitatives* à l'importation ou à l'exportation.

Ainsi, existe le principe des licences d'importation ou d'exportation. Il s'agit d'une autorisation (*« licence »*) consistant à faire entrer, ou sortir, des marchandises d'un territoire. Cela concerne des produits dangereux, comme des matières premières de produits pharmaceutiques ou énergétiques (nucléaire), mais encore le commerce des armes et, notamment, des armes de guerre. En droit de l'UE, chaque Etat-membre doit disposer d'un mécanisme et d'une autorité spécifique, nationale, selon des critères établis par un Règlement européen.

Il peut également s'agir de mesures *d'effet équivalent* à de telles restrictions.

C'est le cas des normalisations techniques visant à protéger des intérêts spécifiques, en général la santé des consommateurs. En droit de l'UE cette normalisation, très complexe, prend la forme des « normes CE », qui s'impose à toute marchandises (ou service) produit ou entrant sur le territoire de l'UE.

La jurisprudence de la Cour de Justice de l'UE a développé très minutieusement les conditions de validité de ces mesures d'effet équivalent, pour faire face à l'inventivité des Etats cherchant à protéger leur marché national. Est une mesure d'effet équivalent, toute règlementation susceptible d'entraver le commerce intracommunautaire, directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, y compris les modalités de ventes ou de distribution, et qui s'appliquerait de manière non uniforme selon les produits, notamment les produits nationaux ou étrangers.

4. Les pratiques commerciales déloyales

a. Le *dumping*

Le *dumping* est le fait d'introduire un produit sur un marché étranger à un prix inférieur à sa valeur normale (art. 6 du GATT complété par l'Accord anti-*dumping*). Cette valeur est celle à laquelle le même produit est offert par le marché national du pays exportateur. Il n'est pas de plein droit condamnable mais lorsqu'il cause un préjudice à un État, ce dernier a la possibilité de mettre en œuvre des mesures anti-*dumping*. Certains, comme les États-Unis d'Amérique ou la Communauté européenne, en ont abusé, ce qui a entraîné une réglementation des mesures anti-*dumping*.

La partie qui s'estime victime d'un *dumping* doit demander l'ouverture d'une enquête pour prouver l'existence du *dumping*, le dommage qu'il a subi et le lien de causalité entre les deux. Si la procédure *antidumping* abouti à un résultat positif, l'État lésé peut par exemple procéder à des surtaxes douanières autorisées (droits anti-*dumping*), augmenter les prix à l'exportation, ou limiter les quantités exportées. Ces mesures doivent être limitées à 5 ans maximum.

Depuis quelques années, la notion de *dumping* a pris dans certains pays un autre sens exprimé par « *dumping* social » ou « *dumping* environnemental »

b. Les subventions

Les subventions étatiques sont un instrument traditionnel de politique économique, dans un cadre national ou régional.

En principe, les subventions à l'exportation sont interdites lorsqu'elles visent à favoriser de manière déloyale des opérateurs nationaux.

L'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires, SMC, adopté en 1995 et transposé en droit de l'UE par le Règlement n° 2016/1037 établi un certain nombre de critères.

Ne sont concernées que les subventions *spécifiques* c'est-à-dire celles qui sont accordées à une entreprise unique ou à un groupe d'entreprises, ou à une branche de production ou groupes de branches de production.

L'accord SMC opère une distinction entre :

– les subventions prohibées (liste rouge), par exemple les subventions à l'exportation, qui peuvent être directes (rares) ou indirectes et difficiles à mettre en évidence ;
– les subventions pouvant donner lieu à des actions (liste orange) par exemple les subventions à la production qui n'ont qu'un effet limité sur les échanges ;
– les subventions autorisées et non susceptibles d'action (liste verte). Ce troisième groupe est très limité, sauf dans le secteur agricole car actuellement la plupart des subventions agricoles sont considérées comme admises, ce qui génère des conflits très importants au sein de l'OMC.

En présence d'une subvention les États peuvent :

– adopter des mesures compensatoires qui consistent en droits exigibles ;
– prendre des remèdes multilatéraux qui nécessitent une procédure devant l'organe de règlement des différends.

B. La liberté de circulation des services

La « tertiarisation » du commerce international rend compte de l'importance majeure des services, bancaires, d'assurance, de construction, de santé, de conseils divers, juridiques, comptables, etc., dits aussi « opérations invisibles », en raison de leur

immatérialité (relative).

En général, la prestation de ces services est fortement règlementée, nationalement ou régionalement, soit par l'existence d'autorisations spécifiques, d'exigence de diplômes, de détention du capital d'une société, et visant à protéger des intérêts spécifiques, santé publique, sécurité, etc.

La notion elle-même de « service » n'est pas très claire. Au-delà du droit applicable à la conclusion et l'exécution d'un contrat international de prestation de service (*cf. infra*), la prestation de service peut être autonome, une prestation de service juridique par exemple, ou être liée à une marchandise, et relevant, selon des critères particuliers, du régime des services ou de celui des marchandises, voire des deux cumulativement.

Par ailleurs, le caractère *international* d'une prestation soumet sont auteur à une double règlementation, celle de son territoire et celle du territoire dans lequel elle s'exerce.

1. le GATS ou AGCS

Le *General Agreement on Trade and Services* (GATS) ou en français Accord général sur le commerce des services (AGCS) opère une transposition des règles du GATT au domaine des services auxquelles s'ajoutent des règles spécifiques. Il concerne la totalité des services, exception faite des services gouvernementaux.

Le GATS définit les quatre formes du commerce de services en fonction de leur mode de fourniture :

– services traversant eux-mêmes les frontières entre deux ou plusieurs pays, par exemple les télécommunications ;
– services offerts à l'intérieur d'un pays à l'intention de consommateurs étrangers, par exemple le tourisme ;
– services assurés dans un pays étranger par l'intermédiaire d'une présence commerciale sur un territoire étranger, une filiale ou une succursale, par exemple une banque ;
– services impliquant la présence d'une personne physique à l'étranger.

Le GATS fonctionne sur le même modèle et les mêmes principes que le GATT (par exemple la clause de la nation la plus favorisée).

2. Les droits de propriété intellectuelle liés au commerce

L'accord sur les droits de propriété intellectuelle liés au commerce (ADPIC) ou *Trade-Related Intellectual Property Rights* (TRIPS) se fonde essentiellement sur les Conventions de l'OMPI mais va au-delà. Il s'applique notamment aux :

– droits d'auteur et droits connexes (droits des artistes interprètes, des producteurs d'enregistrements sonores et des organismes de radiodiffusion) ;
– marques commerciales ;

– indications géographiques y compris les appellations d'origine ;
– dessins industriels ;
– brevets ;
– schémas de configuration de circuits intégrés et renseignements non divulgués.

Les bénéficiaires de cet accord sont les ressortissants des États membres de l'OMC. Il est donc doté à leur égard d'un effet direct.

Il prévoit par exemple :

– la durée minimale de protection des droits d'auteur est fixée à 50 ans ;
– les programmes d'ordinateur doivent être protégés comme une œuvre littéraire ;
– la nécessité de la lutte contre la contrefaçon.

3. Les investissements liés au commerce

Cet accord exclusivement lié au commerce (exclusion des mesures générales sur les investissements internationaux) transpose certains des principes du GATT aux investissements liés au commerce, par exemple le principe de non-discrimination ou de l'interdiction des restrictions quantitatives.

Les points de friction au sein de l'OMC qui sont autant de faiblesse de sa réglementation concernent l'agriculture, l'environnement, les normes de travail ou encore la sécurité des produits.

IV.– Les obstacles : le désordre du droit international

A. L'origine du désordre

1. Le désordre du droit international public

L'ordre international promu par la Charte des Nations Unies est au point mort.

En 1945, 55 pays étaient membres fondateurs des Nations Unies, leur nombre grimpait à 70 environ à la veille des grands mouvements de décolonisation, 150 en 1980 et 197 aujourd'hui. Le Conseil de sécurité lui-même est totalement modifié, mis à part les États-Unis : France et Grande-Bretagne ont perdu leur Empire, la Chine, qui était alors une invitée surprise au service de l'imparité, n'est plus la même Chine depuis 1972 et l'URSS est devenue la Russie.

Si les grandes structures décisionnaires sont inchangées, sinon de manière marginale, la « sociologie » de l'Assemblée générale s'est radicalement transformée, à tel point que l'esprit même de la Charte, la promotion de la coopération, de la négociation, et le partage de valeurs communes telles qu'elles apparaissaient en 1945, est abandonné ou en jachère. Des institutions sont dominées par les nouveaux entrants qui contrôlent des organes aussi essentiels que le Conseil des droits de l'homme tout en ne les respectant guère, alors que des membres de l'UNRWA (*United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees*) voire l'UNRWA elle-même sont accusés d'avoir participé à des crimes commis à l'occasion de l'attaque du Hamas en Israël le 7

octobre 2023, que l'Assemblée générale s'abstient de manière majoritaire sur des sujets aussi majeurs que ceux de l'invasion de l'Ukraine par la Russie, ou de la guerre Israël-Hamas, quand elle ne prend pas ouvertement parti pour l'agresseur. Dès lors, des organes dans leur entier sont instrumentalisés à des fins nationales, lesquelles ne sont pas scandaleuses en soi dans une perspective réaliste, mais qui sont loin de l'esprit international initial et qui, en toute hypothèse, perturbe le fonctionnement de l'ONU, voire altère très fortement son image.

La « gouvernance » des affaires du monde s'est détourée de l'ONU, vers des réunions informelles, des « sommets » bilatéraux, ou multilatéraux, comme le G7, G7+1, G20, etc., entre « grands » du monde, ou de manière totalement déstructurée, via par exemple la rencontre annuelle de Davos, où se croisent des chefs d'État, des hommes d'affaires et d'influence comme des acteurs, des chanteurs, des chefs d'entreprise charismatiques, etc., en un mélange des genres et une forme d'entre-soi, qui, évidemment, cristallise des critiques, parfois violentes.

Le fond de ces discussions n'est d'ailleurs pas exclusivement concentré sur des questions de conflits armés, à régler ou à prévenir, mais sur des questions économiques, financières, écologiques *et* des conflits armés comme si toutes ces questions, dans lesquelles plane l'idée que toute forme de hiérarchie serait discutable, pouvaient être réglées selon les méthodes identiques, managériales et financières et coups de communication. On en est loin : les catastrophes écologiques, climatiques, sanitaires, la pauvreté, les violations des droits humains les plus élémentaires, les guerres : toutes explosent. L'ordre international est (re)devenu totalement instable, fait d'alliances et de zones d'influence complexes, un peu à la manière des Empires d'avant la Première Guerre mondiale. Des sommets localisés *ad hoc* sont organisés : le G5 Sahel, les accords de Minsk ; des « zones » informelles sont identifiées par leurs risques ou leur communauté d'intérêts : la « corne de l'Afrique », la « zone indo-Pacifique », « l'arc chiite », les BRICS, etc.

Toutes ces situations se soldent par des conflits armés en recrudescence, qu'aucune technique ne parvient à résorber : les « bons offices », techniques traditionnelles et placées en exergue dans les conventions de 1899 et 1907 ou la Charte de l'ONU, sont en désuétude, le Conseil de sécurité est coupé en deux et vole de veto en veto, la Cour Internationale de Justice rend des décisions dont la légitimité est contestée par exemple sur la question de la renonciation à l'immunité de juridiction en cas de violations graves des droits humains, etc., et il est quasiment impossible d'envisager une technique de résolution du conflit russo-ukrainien, y compris ses conséquences : le crime d'agression devient impuni.

Or le droit international ne peut être un simple référent moral ou éthique guidant ce qu'il est possible de faire ou non, à fois pour des entités privées et des entités publiques.

Les premières sont globalement guidées par les règles du droit du commerce international ; les secondes par le droit de l'ONU qui se scinde en un ensemble de règle de droit économique et un ensemble dit de droit des conflits armés (DCA) ou droit humanitaire international (DIH).

Ces dernières règles (cf. infra.) sont fondamentales : le droit d'utiliser la force armée pour résoudre une difficulté, les règles, en cas d'une telle utilisation, de la conduite

des opérations armées, etc., ne sont pas ou plus guidées par des mécanismes de résolution des conflits, *a priori* ou *a posteriori.*

Ne restent alors que deux solutions pour résoudre les litiges interétatiques : les pressions diplomatiques d'un sponsor d'une partie à une situation tendue, au succès mitigé, et qui souvent est une manière de surtout ne rien ou faire ou de faire peu, ou la guerre, y compris par des moyens plus subtils, plus discrets ou plus mesquins que le bruit des canons. Certains de ces moyens sont étatiques, comme c'est le cas des sanctions économiques, parfois unilatérales, des techniques d'extraterritorialité de règles internes, etc., et en retour des techniques de parades aux agressions, étatiques ou privées.

Par ailleurs, bien des agressions ne sont plus armées ou militaires et bien des agressions ne sont plus le monopole des Etats.

Certaines de ces agressions, en effet, sont privées. La situation en Israël face au Hamas ou au Hezbollah ou encore aux Houthis montre en effet que des organisations armées non étatiques, privées donc, établies sur un territoire et une population qu'elles contrôlent peuvent produire des actions de niveau militaire convenable[1]. Les sociétés militaires privées russes comme *Wagner* ou ses successeurs ou turques comme *Sadat*, montrent également que de telles entités sont capables de se comporter comme des entités étatiques, y compris d'ailleurs pour occuper un territoire, négocier des contrats, mener des actions militaires, les financer, etc. Cette situation était prévisible face à l'affaissement, volontaire ou subi, des États, depuis 1990 et l'augmentation considérable des coûts de l'action étatique, militaire notamment. Il n'y a aucune raison de penser en effet que l'idée de guerre irrégulière, subversive ou hybride soit un monopole étatique, que ces opérations soient légitimes ou non : elles peuvent être réparatrices ou compensatrices pour obtenir l'effet qu'aurait imposé une action étatique ; idéologiques à travers des actions d'entités défendant tels aspects de celles-ci qui peuvent être de la manipulation de l'information ; criminelles par des campagnes de corruption, blanchiment, enlèvement, chantage, etc. ; subversives par des moyens complexes visant à déstabiliser une société, etc.[2]

Un certain nombre de contournements internes de l'inaction d'un État ou de son incapacité à réagir à telle agression s'observent alors. C'est le cas notamment d'actions en responsabilité civile contre des États ou des entités diverses à l'origine de crimes de guerre ou de complicité de leur commission, engagés par des victimes de ces crimes.

Sans s'y attarder, c'est en effet une question essentielle, qui pourrait d'ailleurs être soumise à arbitrage, par un compromis principalement, situation rare, inédite à notre connaissance, pour des raisons évidentes. Aux États-Unis, notamment, se développe depuis les années 1980, une jurisprudence importante et relativement isolée dans le monde, dirigée contre les auteurs, États, entités variées, associations de soutien ou de

---

[1] Cf. M. Goya, L'embrasement, Comprendre les enjeux de la guerre Israël-Hamas, Perrin, 2024.

[2] Cf., pour un exemple stupéfiant, peut-être surestimé ou biaisé d'ailleurs : A. Baczko, *La guerre par le droit : les tribunaux talibans en Afghanistan*, CNRS éd., 2022. L'auteur développe l'idée que face au système juridique installé après avoir chassé les talibans en 2001 d'Afghanistan, ils seraient revenus, petit à petit, à revenir en grâce en installant des tribunaux assurant une justice alternative, arbitraux donc, à la justice étatique, considérée comme inadaptée et corrompue.

financement, de crimes de terrorisme atteignant des citoyens américains, sur le sol des États-Unis ou ailleurs, au Liban ou en Israël notamment. Ces actions sont l'initiative d'avocats américains, supportés d'ailleurs par le gouvernement et les autorités américains, aboutissant à des modifications législatives visant à faciliter ces actions.

Elles prennent la forme, aux États-Unis, de *Private Instrumental Lawfare*, une forme de « *weaponization* » de la règle de droit[3]. Sont concernées notamment les règles de l'*Alien Tort Claims Act* (ATCA), adopté en 1789 par le Congrès américain et devenu *Alien Tort Statute* (ATS)[4] ou de l'*Anti Terrorism Act* (ATA)[5] adopté en 1990 en réaction à l'assassinat de Léon Klinghoffer, un américain handicapé, lors de la prise d'otages du bateau *Achille Lauro*, par des terroristes affiliés à l'OLP en 1985.

Parmi tous ces cas, innombrables, l'affaire *Peterson* est sans doute la plus emblématique. *Peterson* était un soldat américain, mort lors des attentats à Beyrouth, en 1983 où 241 Américains et 58 Français furent tués lors de deux attentats alors qu'il s'agissait de forces de maintien de la paix, donc des non-combattants. Attribué à des entités contrôlées par l'Iran, ni la France ni les États-Unis n'ont alors réalisé quelque opération de représailles que ce soit. Le Secrétaire d'État américain avait même observé qu'il ne pourrait jamais obtenir le genre de preuves utilisées devant une Cour pour justifier, au regard des règles internationales de la guerre, de telles représailles. Or, par une forme de paradoxe, en 2003, la famille de *Peterson* engageait une action, à laquelle s'associaient 26 familles, conduite par un avocat talentueux, Steve Perles, et un juge réceptif, le Judge Royce Lamberth du District de Columbia. Ils obtinrent une décision considérant que la loi américaine sur l'immunité de juridiction (FSIA) modifiée en 1996, créant la *« terrorism exception »*, permettait une action contre l'État iranien. Le juge déclarait, sur la base d'un ensemble de documents et de témoignages saisissants dont celui de l'un des participants à l'attentat recueilli par Steve Perles sur place et des documents militaires déclassifiés pour l'occasion[6], l'Iran comme responsable de l'attaque en tant que « *state sponsored terrorist attack »* et sa condamnation à indemniser les familles de victimes[7]. Près de 7 milliards de dollars furent ensuite alloués à plusieurs familles de victimes à titre de dommages et intérêts

---

[3] Cf. principalement : Orde F. Kittrie, *Lawfare : law as a weapon of war*, Oxford University Press, 2016.

[4] 28 U.S.C. § 1350 : « The district courts shall have jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States ». V. F. Marrella, Protection Internationale des droits de l'homme et activités économiques transnationales, Recueil des cours de l'Académie internationale de La Haye, tome 385, 2017, n° 643 s. L'*ATS* a d'ailleurs été considéré comme d'application extraterritoriale jusqu'à l'affaire *Kiobel* en 2013 : USSC, 17 avr. 2013, *Kiobel. c. Royal Dutch Petroleum*, 133 S. Ct. 1659, *D.* 2013, p. 1316, p. 1081, note N. Maziau, p. 2293, obs. L. d'Avout, RTDciv. 2014, p. 324, obs. L. Usunier, Rev. crit. DIP, 2013, p. 595, note H. Muir Watt. *Adde* : V. M. du Bouexic de Pinieux, *Entreprise et dignité humaine*, Th. Paris I, 2022, sp. p. 352 s. ; H. Dittmers, « The Applicability of The Alien Tort Statute to Human Rights Violations by Private Corporations », *Michigan Law School, JOSHA* 2017.*Adde* : USSC, 14 janv. 2014, *Daimler c. Baumann,* 134 S. Ct. 746, s'agissant d'une action engagée par des Argentins contre *DaimlerBenz USA* du fait des activités de sa filiale argentine pour sa « coopération » avec les autorités gouvernementales dans l'enlèvement, la torture et l'assassinat de certains de ses employés. V. aussi : USSC, 24 avr. 2018, *Jesner v Arab Bank* 808 F3d 14. V. enfin USSC, 17 juin 2021, *Nestlé USA Inc. v. Doe et al. ,* n° 19-416 et *Cargill v. Doe et al.*, n° 19-453, 593 U.S. XX. Dans cette affaire, six Ivoiriens se plaignaient d'avoir été traités, enfants, comme esclaves dans des fermes à cacao, dont la production avait été acquise, notamment par Nestlé et Cargill et cherchaient à obtenir réparation de leur préjudice par une action aux États-Unis sur le fondement de l'ATS. L'opinion du Juge Thomas, qui préfigure l'arrêt à publier indique par ailleurs « *we cannot create a cause of action that would let them sue petitioners. That job belongs to Congress, not the Federal Judiciary* ».

[5] 18 U.S.C. § 2333 "Civil remedies": « any national of the United States injured in his or her person, property, or business by reason of an act of international terrorism, or his or her estate, survivors, or heirs, may sue therefore in any appropriate district court of the United States and shall recover threefold the damages he or she sustains and the cost of the suit, including attorney's fees ». Cf. *Boim v. Holy Land Foundation for Relief & Development*, 549 F.3d 685 (7th Cir. 2008) ; *Linde v. Arab Bank, PLC*, 706 F.3d 92 (2d Cir. 2013) ; *Solokov v. PLO* No. 15-3135, slip op. at 3 (2d Cir. Aug. 31, 2016) ; *Flatow v. the Islamic Republic of Iran et alii* (999 F. Supp. 1 – D.D.C. 1999), United States District Court, District of Columbia, March 11, 1998.

[6] Cf. Orde F. Kitrie, *Lawfare : Law as a Weapon of War,* Oxford University Press, 2016, chap. 2, p. 110 s.

[7] *Peterson v. Islamic Republic of Iran*, 264 F. Supp. 2d 46, 61 (D.D.C 2003).

compensatoires ou punitifs à la fois sur le fondement du FSIA modifié et du *Terrorism Risk Insurance Act* (TRIA), adopté en 2002. Des sommes furent finalement gelées puis saisies auprès de diverses banques, lesquelles engageaient des recours contre ces décisions. La Bank Markasi, notamment, la banque centrale iranienne, dont les comptes avaient été bloqués par décret présidentiel en 2009 engageait ces recours, finalement rejetés[8]. En retour, l'Iran considérait ces actions comme des agressions et engageait à son tour des actions devant la Cour Internationale de Justice contre les États-Unis, notamment après l'adoption du *Joint Comprehensive Plan of Action*, en 2015 sur le nucléaire iranien, sur le fondement du *Traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires* du 15 août 1955[9], dénoncé en 2018 par les États-Unis. La CIJ, en 2023, considérait, assez curieusement, que l'application des dispositions du FSIA en application du décret présidentiel de 2009, était « déraisonnable », rejetait l'irrecevabilité des demandes iraniennes excipée par les États-Unis sur le fondement d'une doctrine des « mains propres »[10] parce que le fait que le comportement de l'Iran « ne soit pas exempt de critiques », voire, qu'il puisse « être constitutif d'une violation du traité », n'est pas un motif d'irrecevabilité de la requête, sans que l'hypothèse qu'il s'agisse d'une violation des règles du droit des conflits armés soit même examinée[11]. Elle décidait enfin qu'une indemnité devait être versée à l'Iran, sauf à saisir à nouveau la CIJ[12]. Une affaire exceptionnelle, mettant en balance des questions de recevabilité, de bonne foi, d'interprétation d'un traité « d'amitié » dont l'objet est pour le moins obsolète.

L'affaire *Peterson* illustre en son entier la difficulté de traiter ce type de questions directement liées à des actes de guerre : ou bien des juges internes sont considérés comme partiaux, ou bien des juges internationaux, émanation des États, sont également considérés comme susceptibles d'être partiaux. Surtout, on peut penser qu'un tribunal arbitral aurait pu saisir l'entièreté du contexte conflictuel du litige, y compris l'origine des actes et refaire, peut-être, l'enquête sur laquelle s'était fondé le Judge Lamberth, dans une logique de prise en compte des règles constituant l'ordre public international, comprenant au moins en droit français les règles du droit des conflits armés[13].

2. Le désordre du droit international privé et public

a. Les éléments d'explications

i. L'arbitrage, technique éventuelle et subsidiaire de résolution des conflits internationaux , éventuellement armés.

---

[8] *Peterson v. Islamic Republic of Iran*, 13-cv-9195 (KBF) (S.D.N.Y. Feb. 19, 2015), rejet de la demande, *Peterson v. Islamic Republic of Iran*, 876 F.3d 63 (2d Cir. 2017), *Peterson II* : censure du premier jugement, *Peterson v. Islamic Republic Iran*, 963 F.3d 192 (2d Cir. 2020), en *remand* (*Peterson III*), après *Bank Markazi v. Peterson*, 140 S. Ct. 813, 205 L. Ed. 2d 450 (2020), pourvoi reçu "*certiorari*", et, finalement, *Peterson v. Islamic Republic of Iran*, 13 Civ. 9195 (LAP) (S.D.N.Y. Mar. 22, 2023).

[9] Comme c'était l'usage dans ce type de traité à l'époque, l'article XXI prévoyait une procédure de règlement des litiges qui ne pourraient pas être réglés d'une manière satisfaisante par la voie diplomatique devraient être présentés devant la Cour Internationale de Justice « à moins que les Hautes Parties Contractantes ne conviennent de le régler par d'autres moyens pacifiques », un arbitrage notamment.

[10] Comp. J. Salmon, « Des « mains propres » comme condition de recevabilité des réclamations internationales », AFDI 1964, vol. 10, 1964, p. 225.

[11] CIJ, décision préliminaire, 13 févr. 2019, aff. *Certains Actifs Iraniens », République Islamique d'Iran C. États-Unis d'Amérique* (en ligne), *JDI* 2019, chron. 8, p. 1380, ps. N° 8, obs. Y. Kerbrat et G. le Floch.

[12] CIJ, 30 mars 2023, aff. *Certains Actifs Iraniens », République Islamique d'Iran C. États-Unis d'Amérique* (en ligne), *JDI 2023*, Chron. 1, p. 217, sp, n° 114, p. obs. Y. Kerbrat et G. le Floch.

[13] Cf. *supra*, n° 54.

L'arbitrage, international ou interne, commercial ou d'investissement, est en général considéré comme une question de droit privé, de droit des affaires, où une méthode alternative au recours au juge est choisie, sur la base d'un accord de volonté. La formule selon laquelle l'arbitre est le juge naturel des litiges commerciaux internationaux résume cette perspective.

Il s'agit ainsi d'une part d'éviter que des discussions procédurales, longues et potentiellement dilatoires, se développent sur des questions aussi essentielles que la détermination de la compétence juridictionnelle ou du droit applicable au litige ou à la question substantielle à trancher, à travers notamment, la compétence du tribunal arbitral à saisir ou encore la force, variable selon les droits étatiques de l'arbitrage de son siège, du principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage et du principe compétence-compétence.

Il s'agit d'autre part d'éviter tout juge étatique, c'est-à-dire toute localisation juridique d'un litige où les parties pourraient soupçonner le juge de désinternationaliser le litige, d'être objet de pressions nationales, d'y insérer ses propres intérêts, préjugés, règles, etc., mais également de pratiquer une forme de justice véritablement alternative par le recours à des arbitres. Ceux-ci sont choisis pour leur renommée, leurs compétences diverses (arbitrale, substantielle, linguistique, culturelle, etc.[14]) ou leur expérience, mais aussi pour le fait que les arbitres n'ont pas de *for* : ils développent une justice transnationale, sur le fondement de règles déterminées par les parties et, à défaut, par les arbitres eux-mêmes.

Par ailleurs, trois caractéristiques spécifiques du droit de l'arbitrage international doivent être ici relevées.

La première tient au fait qu'il n'existe pas de droit international, conventionnel, de l'arbitrage international, sinon en amont sur le principe de la validité des conventions d'arbitrages et en aval pour faciliter l'exécution et la reconnaissance des sentences étrangères par la Convention de New York du 10 juin 1958. Entre les deux, le droit de l'arbitrage international est interne[15] et son efficacité dépend donc de la qualité de la réception de l'arbitrage par telle ou telle législation interne. Certains de ces droits étatiques sont très favorables à l'accueil et au développement d'un arbitrage international, c'est le cas principalement du droit français ; d'autres le sont beaucoup moins, notamment ceux des États autoritaires. À cette situation, il faut apporter un tempérament, lié à la *pratique de l'arbitrage international* qui s'effectue principalement par leur administration par des centres d'arbitrage, qui développent, entre autres instruments, des règlements d'arbitrage, dont certains, comme celui de la Chambre de commerce internationale, connaissent un succès qui dépasse, et de très loin, les frontières françaises et même les arbitrages administrés. Il existe donc un droit international de source privée de l'arbitrage international, qui suppose cependant sa réception dans un État donné, celui éventuellement du juge d'appui à la constitution du tribunal arbitral, celui du contrôle de la validité de la sentence arbitrale et celui de l'exécution de celle-ci.

La deuxième caractéristique repose sur deux contraintes majeures du droit de l'arbitrage :

---

[14] Cf. J. El Ahdab et D. Mainguy, *Droit de l'arbitrage, théorie et pratique,* LexisNexis, 2021.

[15] S. Bollée, Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales, Economica, 2005.

le caractère conventionnel de l'institution et l'impossibilité pour un tribunal arbitral de se substituer à un juge étatique pour ce qui relève de son autorité, c'est-à-dire le prononcé de décisions ou de sanctions qui lui sont réservées.

Le caractère conventionnel de l'arbitrage emporte deux effets, un inconvénient et un avantage (au moins). L'inconvénient est que ce caractère limite par hypothèse les possibilités d'introduire une demande d'arbitrage. Or, comme il n'existe pas de règle générale assurant un recours obligatoire à l'arbitrage dans des situations de guerre, militaire ou atypique, sinon de manière parcellaire ou isolée, l'arbitrage devient donc une technique *subsidiaire* de résolution de tels litiges. Le moyen principal, cependant, une action devant un juge étatique, n'existe pas davantage, sinon le recours à la Cour Internationale de Justice ou à des juges étatiques nationaux, mais disposant d'une légitimité moins forte en raison d'un parfum de partialité par l'un ou les deux protagonistes à leur endroit ou, s'agissant des juges étatiques, une forme de répugnance ou d'incapacité technique à recevoir ces litiges originaux. Du premier sentiment résulte la très discutable question du *forum non conveniens* qui permet à un juge de se débarrasser du litige encombrant en invitant les parties à identifier un juge plus compétent[16] ; du second, une forme de résignation devant l'obstacle[17]. Pour pallier ces situations, diverses réactions peuvent être observées. C'est le cas par exemple de législations assurant un « *for* de nécessité », notamment en cas de difficulté de constitution d'un tribunal arbitral, voire une compétence universelle. Cette dernière existe en Espagne et, pendant quelques années en Belgique, ou, de manière limitée dans d'autres pays, dont la France. Par ailleurs, en France par exemple, on peut observer une nette amélioration de l'accueil de ce type de litiges par la création de la chambre commerciale internationale de la Cour d'appel de Paris, depuis 2018, ou de la Chambre des Contentieux émergents notamment pour des questions relevant du « devoir de vigilance » et de la responsabilité écologique, en 2024. Le constat général cependant est l'absence de technique générale de résolution « pacifique » des litiges de ce type.

L'avantage principal, en revanche, du recours de l'arbitrage tient à ce que les parties à une convention d'arbitrage sont libres de convenir pratiquement l'ensemble des règles de procédure, de choisir les arbitres, sauf les quelques rares cas de centres d'arbitrage prévoyant une « liste fermée » d'arbitres, en fonction de critères déterminés en commun par les parties. Par ailleurs, un autre principe cardinal du droit de l'arbitrage international est celui de l'indépendance et de l'impartialité des arbitres, qualités nécessaires et soulignées par tous les droits et règlements d'arbitrage, et de plus en plus aisément contrôlables avec les outils informatiques de « *Conflict check* » et de recherche en « sources ouvertes » dite « OSINT » (*Open Source Intelligence*) qui facilitent la réactivité des parties à un sentiment de dépendance ou de partialité. Cette exigence est essentielle : c'est l'une de celles qui fait la différence entre une justice institutionnelle, étatique ou interétatique, et une justice arbitrale. Cette différence n'est pas substantielle, les juges en général sont compétents et impartiaux, mais psychologique : les moyens permettant de prévenir et de

---

[16] V. par ex. : E. Pataut, *Principe de souveraineté et conflits de juridictions (étude de droit international privé)*, LGDJ, 1999, sp. n° 178, G. Goldstein, « Le *forum non conveniens* en droit civil. Analyse comparative à la lueur du droit international privé du Québec et du Japon », *Rev. crit. DIP*, 2016, p. 51, P. Herzog, « La théorie du *forum non conveniens* en droit anglo-américain : un aperçu », *Rev. crit. DIP* 1976, p. 1, B. Schneider, « Le *forum conveniens* et le *forum non conveniens* (en droit écossais, anglais et américain) », RID comp. 1975, p. 608, L. d'Avout, *L'entreprise et les conflits internationaux de lois*, Recueil des cours de l'Académie de droit international, t. 397, 2019, n° 241.

[17] Cf. sur la question du « devoir de vigilance » : TJ Paris (réf.), 28 févr. 2023, n° 22/53943 et 22/53942, D. 2023, p. 975 obs. V. Monteillet et G. Leray, JCP E 2023, 1086, note J.-B. Barbiéri, Dalloz actualité, 7 mars 2023, note. C. Hélaine, 13 avr. 2023, note O. Ilcheva.

sanctionner un défaut d'indépendance et d'impartialité sont incomparablement plus importants en matière d'arbitrage. Au-delà, tout, dans la procédure arbitrale, favorise l'égalité des parties, l'égalité des armes, la discutabilité de tous les arguments, des parties, experts, témoins, examinés et contre-examinés, dans des audiences d'une durée nécessaire à l'importance du litige, etc. Un procès arbitral international sérieux est une sorte de Cour d'assises, sur mesure. De cet ensemble de remarques, cette nécessaire « privatisation » des contentieux par le recours à l'arbitrage est ici un préjugé sans autre fondement que l'expérience arbitrale internationale acquise depuis plus de cent ans : tout, dans cette présentation rapide, milite *a fortiori* pour une telle institution afin de résoudre quelque litige que ce soit, y compris interétatique.

b. Le flou de l'appréciation d'une agression : l'imprécision des notions de « guerre » ou de « litige de guerre ».

Si la première partie de l'équation, « arbitrage », est bien connue et bien bornée, il n'en est pas de même de la seconde, la « guerre ». La guerre en effet n'est pas, ou n'est plus, un concept juridique clairement identifié. Plus exactement la guerre militaire, armée, entre deux puissances étatiques est le modèle déterminant de ce que l'on désigne en général par « guerre », à la fois dans la Charte des Nations Unies ou les conventions de La Haye de 1899 et 1907 et les conventions de Genève de 1949, avec toutes sortes de formules synonymes : « utilisation de la force armée », « conflit armé », etc. Chacun saisit cependant ce qu'une guerre, réelle ou potentielle, représente, en termes de violence, de puissance de destruction, de pertes humaines, culturelles, économiques, de valeurs, etc. C'est la raison du principe de l'interdiction du recours à la force armée pour résoudre un litige et du monopole étatique de la violence légitime, militaire ou de police : toute autre violence est *a priori* illicite et criminelle.

Si le droit de l'arbitrage a été capable de saisir l'objet guerre tel qu'il se dessinait dans les conventions de 1899 et 1907, même sans pouvoir *imposer* un tel arbitrage (interétatique), il n'est pas certain que la justice étatique, interne ou internationale, ou arbitrale soit en mesure d'appréhender le concept de guerre tel qu'il se renouvelle et se manifeste, en gros depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale. Les guerres, au sens où on les entendait alors, se produisent et se renouvellent sans cesse. Ces guerres « traditionnelles », entre États, du type de la guerre en Ukraine, sans avoir disparu, sont cependant plus rares que des situations de conflits dans lesquels ce ne sont pas deux puissances qui s'affrontent en un engagement majeur, mais une puissance étatique contre des groupes plus ou moins informels, rebelles, terroristes, révolutionnaires, insurgés, émeutiers, sécessionnistes, etc., dans lesquels, si l'idée de « guerre » est bien présente, il est beaucoup plus difficile de cerner la qualification de « partie à un conflit armé » de l'un des protagonistes, et donc de celle de « civil » au sens de l'article 3 des Conventions de Genève. Pire, certaines de ces situations, même ultraviolentes, ne sont pas nécessairement comprises ou traitées comme des situations de guerre. En d'autres termes, l'opposition entre le *droit de la guerre*, principalement international (public), et le *droit des autres formes de violences*, *a priori* interne et pénal, éventuellement international, est devenue beaucoup moins évidente.

La pleine mesure des « temps de la guerre » importe également dans la compréhension des « litiges de guerre ». La formule « compétition, contestation, affrontement »[18] qui a

[18] Th. Burckard, « Vision stratégique du Chef d'État-Major des armées », oct. 2021.

remplacé celle de « paix, crise, guerre », rend bien mieux compte de ce que trois temps qui peuvent se succéder représentent en termes de glissement croissant d'attitudes agressives, aux conséquences juridiques différentes.

Durant le temps de la « compétition » qui est celui des relations ordinaires entre États, l'état de « paix » s'il l'on préfère, des mesures agressives ne sont pas inconnues. Des règles de concurrence, de droit financier ou des investissements musclées, des formes d'application extraterritoriale de règles internes, de compétence universelle, d'influence, etc., sont, déjà, vécues parfois comme des agressions.

Le temps de la « contestation » ajoute des agressions plus intenses et plus directes comme des mesures de sanctions économiques, des ingérences par des opérations d'espionnage, de cyber-attaque, de campagnes de désinformation ou de manipulation de l'information, militaires ou paramilitaires, plus ou moins attribuables à un État. Dans ces deux temps, le droit de l'Union européenne utilise les termes de « coercition économique » dans le Règlement n° 2023/2675 du 22 novembre 2023 relatif à la protection de l'Union et de ses États membres contre la coercition économique exercée par des pays tiers. Celle-ci est définie dans son article 2 comme le fait qu'un « pays tiers applique ou menace d'appliquer une mesure d'un pays tiers affectant le commerce ou les investissements dans le but d'empêcher la cessation, la modification ou l'adoption d'un acte particulier par l'Union ou un État membre ou d'obtenir, de l'Union ou d'un État membre, la cessation, la modification ou l'adoption d'un acte particulier, et ce faisant interfère dans les choix souverains légitimes de l'Union ou d'un État membre » de manière à permettre, éventuellement, des mesures de riposte appropriées.

Enfin, le temps de l'« affrontement », celui de la guerre proprement dite, ajoute encore l'ensemble des règles du droit des conflits armés. Une difficulté apparaît cependant, celle des actions étatiques « sous le seuil de la guerre », où l'on trouve des opérations de guerre cyber, de manipulation massive de l'information, etc., mais également de soutien ou de financement d'actions terroristes, voire des opérations militaires proprement dites[19]. Ces actions sont difficiles à classer, entre le temps de la « contestation » et celui de « l'affrontement ».

Il serait quoi qu'il en soit erroné de considérer trop rapidement que seul le temps de l'« affrontement », à nos portes depuis 2014, crée des situations d'agression, des « litiges de guerre » ; il ne fait qu'y ajouter une intensité supplémentaire de règles, qui n'écrasent pas les autres.

Dès lors, il n'est pas insensé de considérer qu'à des situations de guerre « classique », nous disons « typique », s'ajoutent des situations nouvelles qui peuvent être, selon les cas, considérées comme des guerres, comme des actes criminels, voire autres. Un certain nombre de situations peuvent être comprises et ressenties comme des agressions, que nous qualifiions de « guerres atypiques », tout en étant conscient du caractère totalement surdimensionné, de l'utilisation du mot « guerre ». L'utilisation hyperbolique de ce terme vise précisément, dans une logique simplement juridique, à opposer le droit des « guerres typiques », celui des conflits armés, à un droit, à identifier, des « guerres atypiques », c'est-

[19] On considère en général qu'une guerre (ou un « conflit majeur ») est celle qui fait 1000 morts au moins par an. En dessous, il s'agit d'un conflit dit « mineur » (Cf. B. Tertrais, *La guerre »*, Que sais-je, 2023, p. 9). Notons que pour le combattant ou les victimes civiles, petite ou grande, la guerre est toujours de « haute intensité ».

à-dire non-armées et non-militaires. Ces dernières se déroulent, de manière hétéronome ou autonome. Elles peuvent accompagner une guerre « typique »[20] ou se dérouler indépendamment, à bas bruit parfois, dans des situations dans lesquelles des acteurs de type variés s'affrontent. Ils peuvent d'ailleurs être militaires, mais sans se « faire la guerre » car non-armés, à tout le moins du point de vue du droit de la guerre, ou non-militaires : des litiges entre un État et une entreprise, dans le cas d'un investissement par exemple, ou dans lesquels des entités privées émergent, des sociétés militaires privées, des sociétés criminelles, des associations aux buts variés, où, au-delà du litige lui-même, sont en jeu des intérêts étatiques qui sont ou ressemblent à ceux qui seraient associés à une guerre (typique). Ils peuvent même être purement commerciaux, mais dans un contexte, une ambiance de guerre, ce qui en perturbe le déroulement ou la compréhension.

Nous considérerons donc, ici, le terme « guerre » comme signifiant, par simplification de vocabulaire, à la fois des conflits armés, internationaux ou non-internationaux au sens du droit des conflits armés, mais aussi des « conflits », non-armés et/ou non-militaires, impliquant un ou des États, des entités privées quelconques, et dans lesquels un intérêt étatique majeur est en jeu : un intérêt de souveraineté ou régalien, économique, financier, pénal, environnemental, politique, culturel, etc., qui peut être interne et qui devient souvent international, par une forme de « flux » matériel ou immatériel traversant une frontière, pour reprendre les canons de la définition d'une situation d'extranéité en droit français.

Sont de telles guerres, peu important ici qu'en droit militaire elles ne soient pas considérées ainsi, des campagnes de manipulation de l'information, des intrusions cyber, des situations dites de « guerre économique », dont des questions d'application extraterritoriale de règles internes et qui seraient perçues comme exagérées, des hypothèses susceptibles d'être considérées comme des mesures équivalentes à des expropriations ou des traitements non-équitables d'un investisseur étranger alors que les deux États sont concernés entretiennent des relations conflictuelles, froides ou chaudes, des situations « hyper-pénales » comme des actions criminelles d'envergure (trafics d'êtres humains, d'armes, de drogue, cybercriminalité, etc.) ou de terrorisme, à bas bruit ou fracassants, et leurs soutiens, leurs financements (internes et internationaux), des litiges commerciaux dans une situation de guerre ou de tensions intenses impliquant par exemple des normes posant des sanctions économiques de sources et de formes variées qui se croisent parfois en un conflit nouveau de normes, des litiges dans lesquels des violations graves des droits humains, environnementaux, sanitaires notamment sont en jeu[21]. En revanche, ne sont pas de telles « guerres » des événements, aussi graves seraient-ils, qui ne dépendent pas d'un acte de volonté qui les déclenchent immédiatement, comme des catastrophes écologiques, climatiques, sismologiques. Ne le sont pas non plus des litiges d'investissement ou commerciaux, aussi importants soient-ils (et parfois improprement qualifiés d'actes de « guerre économique »), dans lesquels on ne retrouve pas d'enjeu étatique majeur.

Toutes ces situations, peu important leurs objectifs, leurs moyens, leurs intentions, leur légitimité, leur attribuabilité, leur légalité, etc., sont souvent vécues comme des *agressions*,

---

[20] Cf. L. Chan-Tung, « La juridictionnalisation de la guerre en Ukraine à l'épreuve du crime d'agression en droit international », JDI 2024, p. 55.

[21] Cf. M. du Bouexic de Pinieux, *Entreprise et dignité humaine*, Th. Paris I, 2022 ; L. d'Avout, *L'entreprise et les conflits internationaux de lois*, Recueil des cours de l'académie de droit international, t. 397, 2019. V. aussi B. Parance (dir.), *La défense de l'intérêt général par les associations : intérêt général versus intérêts collectifs*, LGDJ, coll. « Grands colloques », 2015.

non saisies par le droit des conflits armés, soit parce que même si elles sont militarisées, elles sont situées en dessous du « seuil de la guerre », soit parce qu'elles apparaissent comme non-armées et non-militaires ou armées et non-militaires (hypothèse d'une agression armée conduite par une société militaire privée ou criminelle) et dépassent le cadre ordinaire du droit des relations internationales *privées* : cet espace, vide de toute règle internationale conventionnelle, et dans lesquelles nous avons par ailleurs tenté d'identifier un corps de règles internationales d'origine coutumière, appliquées de manière isolée ou parcellaire par des juges étatiques ou arbitraux. Cette « zone grise », ou intermédiaire, associée au cas, même marginal, des guerres typiques, est l'objet de l'association « arbitrage et litiges de guerre ».

3. La « gestion » du désordre

a. L'extraterritorialité de normes internes

i. – Conception de l'extraterritorialité d'une règle interne

La portée extraterritoriale d'une règle interne fait référence à l'application des règles d'un État au-delà de ses frontières. Ces règles visent souvent à faciliter les affaires internationales de ses ressortissants ou à compliquer celles des non-ressortissants, en particulier dans le domaine du droit pénal. Elles prennent en compte des situations juridiques se déroulant en dehors du territoire de l'État d'origine, interférant ainsi avec la compétence d'autres États. Ce phénomène est devenu particulièrement visible dans les relations économiques et juridiques entre les États-Unis et des entreprises européennes, exacerbées par des affaires marquantes, telles que celles de BNP Paribas et Alstom.

Dans le cas de BNP Paribas (2014), la banque a été sanctionnée pour avoir violé des embargos américains via des sanctions secondaires. Cette affaire illustre un exemple de conflit non armé entre alliés, résolu par des accords extrajudiciaires. De même, l'affaire Alstom (2014) a révélé la manière dont les États-Unis utilisent leur droit pénal pour poursuivre des entreprises étrangères, souvent en imposant des « deals de justice » en dehors de tout contrôle judiciaire.

L'application extraterritoriale des règles américaines n'est pas un phénomène isolé. D'autres États ont adopté des législations similaires, telles que la loi sur la sécurité nationale de Hong Kong, le UK Bribery Act (2010) en matière de corruption, ou encore la législation canadienne sur la lutte contre la corruption internationale, en vigueur depuis 1998. Le UK Bribery Act, par exemple, s'applique dès qu'une entreprise dispose d'une filiale en Angleterre, ce qui a permis au Serious Fraud Office d'Angleterre de collaborer avec le Parquet National Financier dans l'affaire Airbus en 2020, qui s'est conclue par une convention judiciaire d'intérêt public. D'autres pays, tels que la Russie et la Chine, ont également mis en place des mesures similaires, permettant de sanctionner des faits de corruption commis à l'étranger lorsqu'ils touchent les intérêts nationaux.

Portée extraterritoriale : effet juridique. La portée extraterritoriale d'une norme juridique se produit lorsqu'une loi produit des effets en dehors de son territoire d'origine. Cela peut être un effet normal, résultant des règles de droit international privé, ou un effet plus exceptionnel, découlant de la volonté explicite d'un État de projeter son droit au-delà de ses frontières. Traditionnellement, deux approches

existent : la personnalité de la loi et la territorialité de la loi. La première s'applique aux personnes en fonction de leur nationalité, où qu'elles se trouvent. C'était le cas à l'époque romaine ou au début du Moyen Âge, où chaque peuple avait son propre droit, même en dehors de son territoire d'origine. À l'inverse, la territorialité suppose que les règles d'un État s'appliquent à toutes les personnes se trouvant sur son sol. Cette approche est devenue prépondérante après le Traité de Westphalie (1648), qui a établi le principe de la souveraineté des États et posé les bases du droit international public moderne.

Le droit international privé, qu'il soit national ou multilatéral, joue un rôle clé dans la gestion des conflits de lois et de juridictions entre États. Par nature, il propose des techniques pour déterminer la loi applicable à des situations impliquant plusieurs États. En conséquence, certaines règles de droit international privé ont des effets extraterritoriaux, acceptés en vertu du principe de réciprocité entre les États.

Cependant, les règles à portée extraterritoriale non réciproques ou non consenties, comme certaines règles américaines, posent des problèmes différents. Elles résultent de la souveraineté des États, qui leur permet de créer des normes ayant un impact extraterritorial. Cela repose sur deux types de compétences : la compétence législative, qui permet à un État de créer des normes applicables à l'étranger, et la compétence processuelle, qui permet à un État de les faire appliquer, que ce soit en matière civile, pénale ou administrative. Cette compétence permet aux États de mener des enquêtes, de poursuivre des individus ou des entreprises, de juger des affaires, et de faire exécuter des décisions judiciaires.

Le terme « extraterritorialité » est souvent confondu avec la notion de compétence universelle, qui concerne la compétence d'une juridiction de trancher un litige quel que soit le lieu où il se produit. La compétence universelle est utilisée, par exemple, dans des cas de crimes graves, comme les crimes de guerre ou les crimes contre l'humanité. Nous utiliserons ici le terme « extraterritorialité » pour désigner à la fois l'application des normes nationales à l'étranger et l'idée de compétence universelle.

ii. Types d'extraterritorialité d'une règle interne

L'extraterritorialité d'une règle interne est liée à la compétence normative, juridictionnelle ou exécutive d'un État, avec des rattachements territoriaux, personnels, choisis ou subis, souvent en raison d'intérêts protégés au niveau international. Le principe de souveraineté limite l'application d'une loi à un rattachement au droit de l'État, mais plusieurs types de rattachement sont utilisés.

– Rattachement territorial et personnel. Le rattachement territorial, principe général, s'applique aux personnes présentes sur le territoire d'un État, indépendamment de leur nationalité. Par exemple, une vente conclue en France entre non-Français est soumise aux règles françaises. Si une action en responsabilité implique une partie française et une partie étrangère dans un autre pays, cela relève du droit international privé, même si la loi étrangère s'applique. Le rattachement personnel s'applique aux règles liées à l'identité d'une personne, comme sa nationalité ou son statut personnel, et reste valide même à l'étranger. Ce principe s'étend aussi à la compétence juridictionnelle pénale, qu'elle soit universelle, active (concernant l'auteur français), passive (concernant la victime française) ou réelle (visant des intérêts supérieurs).

– Rattachement choisi. Dans certaines situations, les parties peuvent choisir le droit applicable, notamment en matière contractuelle. Le Règlement Rome I permet aux parties d'un contrat international de choisir la loi applicable à leur contrat. Par exemple, deux entreprises peuvent choisir la loi d'un État tiers, et un juge devra appliquer cette loi, créant un effet extraterritorial. De plus, dans un arbitrage, les parties peuvent décider d'appliquer des principes comme ceux d'Unidroit, et ces décisions doivent être respectées par le juge étatique en cas d'exequatur.

Les SOFAs (Status of Forces Agreement) sont un autre exemple de rattachement choisi. Ce sont des accords qui définissent les droits des forces militaires étrangères sur le territoire d'un autre État, souvent en vertu du Traité de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques, exonérant les militaires de poursuites pour des dommages causés dans l'exercice de leurs fonctions.

– Rattachement subi. Les lois de police et l'ordre public international permettent à un État de protéger ses intérêts essentiels, comme la sécurité nationale, par l'application de lois de police. Un juge peut évincer une loi étrangère en faveur d'une loi de police nationale, par exemple pour des raisons d'ordre public. Ce type de rattachement peut également inclure des mesures de protection consulaire ou d'immunité d'exécution des biens d'État.

– Extraterritorialité et théorie de l'effet. L'application extraterritoriale d'une règle étrangère repose souvent sur la théorie de l'effet. Celle-ci est utilisée en droit de la concurrence et permet à des États, comme les États-Unis, de sanctionner des entreprises étrangères pour des activités ayant des effets sur leur territoire. De même, l'Union européenne impose ses normes aux entreprises désireuses d'opérer sur son sol, en vertu de l'effet de Bruxelles. La sanction de la corruption par les États-Unis, appliquée à des entreprises non américaines, repose sur cette logique, bien que le rattachement soit parfois faible.

iii. – Validité des règles extraterritoriales

Le principe de la validité internationale à la fois de l'existence et de l'application extraterritoriale ne fait pas de difficulté depuis 1927 et l'affaire *Lotus*.

– L'affaire Lotus représente un phénomène juridique majeur sur la validité internationale des règles pénales domestiques, notamment l'application extraterritoriale des règles américaines de sanctions économiques et de corruption d'agents publics étrangers (FCPA). Cette application extraterritoriale est perçue comme une violation des principes du droit international, selon le droit européen, spécifiquement dans le cadre du règlement « de blocage européen » n° 2271/96. Ce règlement critique l'extraterritorialité des lois américaines, la qualifiant d'obstacle aux objectifs de l'Union européenne. Cependant, cette position s'oppose à une conception classique du droit international, fondée sur l'arrêt Lotus rendu par la Cour Permanente de Justice Internationale (CPIJ) en 1927, qui affirme la liberté des États d'exercer leur juridiction interne, y compris de manière extraterritoriale.

L'affaire concerne un paquebot français, le Lotus, qui heurte un cargo turc, le BozKurt, en haute mer en 1926, entraînant la mort de huit marins turcs. Le capitaine français, M. Demons, est jugé et condamné en Turquie selon les lois pénales turques,

ce qui provoque une protestation de la France. Celle-ci affirme que, l'accident ayant eu lieu en eaux internationales, seul le pavillon français devait conférer la compétence juridictionnelle. Cependant, la Turquie défend sa compétence en raison de la nationalité des victimes.

La CPIJ, dans son arrêt, affirme que le droit international n'interdit pas aux États d'étendre leurs lois à des personnes, biens et actes situés hors de leur territoire, sauf en présence de règles prohibitives explicites. Les États jouissent donc d'une grande liberté pour déterminer leur compétence normative et juridictionnelle, sauf en cas de règles impératives de jus cogens. En l'absence de telles règles, chaque État peut adopter les principes qu'il juge appropriés.

Implications de l'arrêt Lotus L'arrêt Lotus consacre deux principes clés : la souveraineté des États et la libre compétence normative, permettant à un État d'adopter des lois à effet extraterritorial. La seule limitation à cette liberté est l'existence de règles de jus cogens, comme celles inscrites dans l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, qui stipule que certaines normes impératives ne peuvent être dérogées. L'affaire Lotus n'a jamais été remise en cause par une juridiction internationale et continue de servir de référence pour l'application extraterritoriale des règles pénales.

– Depuis cet arrêt, la Convention de Montego Bay de 1982 sur le droit de la mer a précisé, dans son article 97, que seul l'État du pavillon ou celui de la nationalité de l'accusé peut juger les incidents maritimes en haute mer. L'arrêt Lotus pose également les bases du principe de souveraineté, du principe de non-intervention, et du principe de coopération entre États. Une autolimitation peut survenir lorsqu'un État ou groupe d'États rejette l'application extraterritoriale d'une loi interne, comme le stipule le règlement de blocage européen.

En outre, les autorités américaines critiquent parfois l'application extraterritoriale de leurs propres règles si celle-ci n'est pas clairement énoncée par le législateur. Toutefois, affirmer qu'aucune règle européenne ou française ne s'applique de manière extraterritoriale serait exagéré. De nombreuses lois ont une portée internationale, comme celles relatives à la concurrence ou à l'application de sanctions économiques, ou encore celles qui impliquent le contrôle des filiales étrangères selon le Code de commerce français (article L. 233-3).

La validité de l'application extraterritoriale des règles américaines, notamment du FCPA (Foreign Corrupt Practices Act), est discutée mais reste considérée comme légitime dans un cadre interne. Cette légitimité repose sur une logique de compétence territoriale, où même des impacts mineurs sur le sol américain justifient cette application. Cependant, cette approche extraterritoriale n'a pas été tranchée par la Cour suprême, bien que certaines affaires, comme celle de Hopkins, suggèrent qu'une clarification pourrait venir.

En dehors du FCPA, d'autres affaires ont touché à la question de la validité extraterritoriale des lois américaines. L'arrêt *Morisson v. National Australia Bank* (2010) a établi la présomption de non-extraterritorialité des règles américaines, sauf volonté claire du législateur. De même, l'arrêt *Microsoft Corp. v. AT&T* (2007) a réaffirmé que les lois américaines gouvernent principalement sur le territoire américain. Ces décisions illustrent une prudence en matière d'application extraterritoriale,

notamment pour éviter des conflits diplomatiques.

L'arrêt *Kiobel* (2013) portait sur des violations graves des droits humains commises au Nigeria, dans lesquelles la société Royal Dutch Petroleum (Shell) était impliquée. La Cour suprême a dû examiner si les règles de l'ATS (Alien Tort Statute) permettaient une application extraterritoriale. Elle a conclu qu'il n'existait pas d'intention claire du législateur pour l'extraterritorialité de l'ATS, réaffirmant ainsi la présomption de non-extraterritorialité, une position confirmée dans des affaires ultérieures comme *Jesner* (2018) et *Nestlé USA v. Doe* (2021).

Le juge américain refuse de transformer l'application extraterritoriale d'une règle interne en compétence universelle. Sans une intention explicite du législateur, il n'y a pas de présomption d'extraterritorialité. Cela a été réaffirmé dans l'affaire *RJR Nabisco v. European Community* (2016), où la Cour suprême a rappelé que les liens avec le territoire américain doivent être substantiels pour justifier l'application extraterritoriale des lois américaines.

La doctrine du *minimum contact* continue de prévaloir pour établir des liens suffisants avec les États-Unis. Ainsi, pour l'application extraterritoriale du FCPA, il suffit que des produits, des moyens techniques ou des entreprises américaines soient impliqués. Depuis la révision du FCPA en 1998, cette règle est devenue d'application extraterritoriale, comme confirmé par l'arrêt *RJR Nabisco*.

Si le débat sur l'extraterritorialité américaine est ancien, il est désormais obsolète dans certains aspects. Aux États-Unis, l'idée d'une extraterritorialité sans contrôle a perdu du terrain. En Europe, l'application extraterritoriale de règles s'est multipliée, notamment pour protéger le marché intérieur et les valeurs juridiques européennes, comme illustré par le *UK Bribery Act* et la loi *Sapin II*.

Cependant, la confrontation entre les règles extraterritoriales des États-Unis, de l'Europe et celles d'États autoritaires comme la Russie et la Chine se fait plus intense. Ces derniers rejettent systématiquement les sanctions économiques unilatérales à portée extraterritoriale, donnant lieu à une nouvelle forme de *lawfare* atypique.

iv. Principales règles extraterritoriales américaines

Trois grandes règles extraterritoriales américaines : le FCPA (Foreign Corrupt Practices Act), les diverses formes d'embargo, et le FATCA (Foreign Account Tax Compliance Act) de 2010. Ce rapport souligne l'impact de ces règles sur les affaires internationales, notamment en matière d'évasion fiscale et de sanctions économiques secondaires. D'autres lois à portée extraterritoriale incluent le RICO Act et l'ATS (Alien Torts Statute).

Les enquêtes américaines, notamment pour l'application du FCPA, débutent souvent par des « négociations informelles » entre le DoJ et l'entreprise visée. Ces négociations reposent sur des enquêtes internes, conduites par des avocats, qui fournissent des informations au DoJ. En France, des enquêtes internes similaires ont été introduites par la loi *Sapin 2* (2016), mais des différences existent quant à la confidentialité des résultats de ces enquêtes, notamment en ce qui concerne le secret professionnel des avocats.

Ces enquêtes mènent généralement à des accords tels que les Non-Prosecution Agreements (NPA), Deferred Prosecution Agreements (DPA), ou Guilty Pleas. Le DPA est la méthode la plus utilisée : il permet à l'entreprise de payer une amende, d'admettre des faits, et de se soumettre à un contrôle judiciaire, sans reconnaissance formelle de culpabilité. Ces accords incluent souvent une *muzzle clause*, empêchant l'entreprise de contester les faits reconnus par la suite. La légalité de ces accords reste discutée, car l'interprétation des lois pénales par les autorités américaines n'a jamais été définitivement validée par une cour de justice.

Le FCPA, adopté en 1977, vise à lutter contre la corruption d'agents publics étrangers par des entreprises américaines. Il comprend un volet pénal et un volet comptable. Le volet pénal est administré par le DoJ. La portée extraterritoriale du FCPA a été renforcée en 1998 avec l'International Anti-Bribery and Fair Competition Act, rendant la loi applicable à des entreprises non-américaines.

Trois catégories d'acteurs sont concernées par le FCPA : les *issuers* (entreprises enregistrées aux États-Unis ou cotées sur des marchés américains), les *domestic concerns* (sociétés ou individus américains), et les *autres* (entreprises ou individus étrangers impliqués dans des activités de corruption utilisant des moyens américains). Le simple fait d'utiliser un courrier ou un moyen de communication interétatique peut suffire à établir un lien avec les États-Unis et à engager la responsabilité pénale.

Des affaires comme *Morisson v. National Australia Bank* (2010) et *Kiobel* (2013) ont posé une présomption de non-extraterritorialité des lois américaines, sauf volonté claire du législateur. Dans le cas du FCPA, cette présomption est nuancée par la doctrine du *minimum contact*, qui permet d'appliquer la loi dès qu'un lien, même faible, avec les États-Unis est établi.

Dans l'affaire *Hoskins*, un ancien cadre d'Alstom a contesté la compétence américaine, car ni lui ni Alstom Asie ne sont américains. La Cour d'appel a soutenu qu'il existe une présomption contre l'application extraterritoriale du FCPA. Toutefois, le jury a contourné cette difficulté en qualifiant *Hoskins* d'agent d'une filiale américaine d'Alstom, ce qui a permis de maintenir les poursuites.

Bien que des lois extraterritoriales comme le FCPA visent à lutter contre la corruption internationale, elles suscitent des tensions avec d'autres juridictions. L'Europe et les États-Unis ne sont pas les seuls à avoir des lois à portée extraterritoriale. La Russie, la Chine et d'autres pays ont également adopté des règles similaires, augmentant le risque de conflits juridiques internationaux.

v. – Principales règles extraterritoriales européennes et frnaçaises

– Extraterritorialité des règles du droit des marchés. Les règles qui visent à promouvoir l'égalité, la transparence et la concurrence dans les marchés se heurtent au principe de l'autonomie des personnes morales. Cela pose problème pour les multinationales organisées en groupes complexes, souvent multilocalisées. Les règles extraterritoriales françaises et européennes reposent principalement sur la théorie de l'effet, prenant en compte les effets d'actions réalisées à l'étranger sur le territoire national. Le droit de la concurrence est un bon exemple de ce phénomène : des pratiques anticoncurrentielles menées hors de l'Europe peuvent être sanctionnées si elles ont un impact sur le marché européen. Des affaires célèbres illustrent cette

approche, comme la fusion Boeing/McDonnell Douglas dans les années 1990, ou encore les cas Microsoft et Google, où les pratiques anticoncurrentielles commises à l'étranger ont été sanctionnées par les autorités européennes en raison de leurs répercussions en Europe.

Les articles L. 442-1 et suivants du Code de commerce sont des exemples de règles relevant du droit de la concurrence et visant à réguler les pratiques commerciales déloyales entre professionnels. Ces règles, considérées comme des lois de police, ont une portée internationale et permettent aux autorités publiques, notamment le ministre de l'Économie, d'intervenir directement pour sanctionner des pratiques anticoncurrentielles, indépendamment des clauses contractuelles d'electio juris. Ces interventions sont parfois justifiées par l'application des lois de police, qui priment sur les clauses attributives de compétence dans les contrats internationaux, comme l'a démontré l'affaire *Expedia*.

– Extraterritorialité des règles sur la protection des données et le RGPD. Les règles européennes sur la protection des données, telles que le Règlement général sur la protection des données (RGPD), ont également une portée extraterritoriale. Cela a été illustré par l'arrêt *Google Spain* de 2014, qui a établi le droit à l'oubli en Europe. Ces règles reposent sur la théorie des effets et sont en concurrence avec des législations étrangères comme le *Cloud Act* américain, qui permet aux autorités américaines d'accéder aux données stockées à l'étranger. Cette concurrence entre les juridictions pose de nombreuses questions sur la portée extraterritoriale des lois en matière de protection des données.

– Devoir de vigilance des entreprises. Le devoir de vigilance des entreprises françaises, introduit en 2017, impose aux entreprises de grande taille de prévenir les violations des droits humains et les atteintes à l'environnement, que ce soit en France ou à l'étranger. Ce devoir s'applique aux filiales étrangères de sociétés françaises ainsi qu'aux filiales françaises de sociétés étrangères. Ce cadre légal est issu de catastrophes comme l'effondrement du *Rana Plaza* en 2015 ou le naufrage de l'*Erika* en 1999, qui ont mis en lumière les lacunes du système de responsabilité des multinationales. Le non-respect de ce devoir de vigilance peut entraîner la responsabilité civile des entreprises.

Cependant, la mise en œuvre de ces obligations soulève des questions complexes de conflits de lois, notamment lorsqu'un dommage est causé par une entreprise française à l'étranger. Le règlement *Rome II* favorise la loi du pays où le dommage a été subi. Cela signifie que si un dommage est causé à l'étranger, la loi française ne s'appliquera pas nécessairement, sauf dans certains cas spécifiques, comme le droit de l'environnement.

– règles extraterritoriales du droit de l'arbitrage international

– Extraterritorialité et arbitrage.

L'association entre les concepts d'« arbitrage international » et d'« extraterritorialité » soulève plusieurs questions complexes, notamment lorsque l'arbitrage a son siège en France ou lorsqu'une sentence arbitrale internationale y est soumise pour exequatur. Le choix du siège d'un arbitrage n'est pas sans conséquence, car il entraîne l'application des lois impératives de l'État choisi, telles que les règles locales sur

l'ordre public international. En choisissant un siège dans l'Union européenne, les parties doivent considérer les règles européennes, y compris celles sur les sanctions économiques. De même, un siège aux États-Unis expose aux règles extraterritoriales américaines. Ces considérations s'appliquent non seulement aux arbitres, mais aussi aux parties impliquées, y compris aux institutions financières et aux avocats qui participent à l'arbitrage.

L'extraterritorialité intervient lorsque des règles étrangères, comme des embargos ou des sanctions économiques, sont invoquées dans un arbitrage, quel que soit le siège. Ainsi, un siège européen pourrait être confronté à des lois extraterritoriales américaines, tandis qu'un siège non européen pourrait devoir tenir compte des règles européennes si une des parties est liée à l'Europe. La question de la validité d'une sentence arbitrale appliquant ou ignorant une règle à vocation extraterritoriale, comme une loi d'embargo, est particulièrement complexe. Même si un arbitre n'est pas tenu d'appliquer une loi de police étrangère, le juge chargé de contrôler la validité de la sentence doit prendre en compte ces lois dans le cadre du contrôle de la conformité à l'ordre public international.

– Extraterritorialité du droit français de l'arbitrage international

Le droit français de l'arbitrage international est considéré comme l'un des plus favorables au développement de cette institution, dans le cadre d'une logique de « favor arbitratis ». Cela signifie que le droit français offre un soutien fort à l'arbitrage international, tant dans la constitution des tribunaux arbitraux que dans la conduite des procédures, en évitant notamment les recours dilatoires. Cette faveur se manifeste par des règles minimales concernant la validité des conventions d'arbitrage et la reconnaissance étendue de la compétence arbitrale, y compris à l'égard de tiers non signataires. Les exceptions à l'arbitrabilité sont rares et concernent principalement les sanctions pénales.

Le droit français de l'arbitrage international est largement respecté dans le monde, en raison de décisions influentes rendues par les juridictions françaises, notamment la cour d'appel de Paris et la chambre commerciale internationale. Ces instances sont chargées du contrôle de la validité des sentences arbitrales, sur la base de critères stricts, tels que la compétence du tribunal arbitral, la régularité de sa constitution, le respect du principe du contradictoire et la conformité à l'ordre public international.

Par ailleurs, Paris est un centre d'arbitrage majeur, notamment grâce à la présence de la Chambre de commerce internationale (CCI), dont de nombreux arbitrages relèvent du règlement. Même si ces arbitrages ne concernent souvent ni des parties ni des intérêts français, la France exerce une influence significative sur le développement du droit de l'arbitrage international.

– Exécution en France d'une sentence annulée à l'étranger

La France adopte une position unique en ce qui concerne l'exécution d'une sentence arbitrale annulée dans un autre État. Contrairement à d'autres pays qui refusent d'exécuter des sentences annulées par le juge du siège, la jurisprudence française permet l'exécution d'une telle sentence si elle est jugée conforme aux principes du droit international et à l'ordre public français. La France considère en effet que les sentences arbitrales sont des décisions de justice internationales, indépendantes du

pays du siège, permettant ainsi l'exécution en France de sentences annulées à l'étranger.

b. Les sanctions économiques

Les premières sanctions économiques adoptées furent initialement françaises. Un exemple emblématique est le Blocus continental imposé par Napoléon 1er entre 1806 et 1813 contre l'Angleterre. Ce blocus, destiné à isoler l'Angleterre économiquement, a finalement échoué, car l'Angleterre a réussi à le contourner par des moyens « atypiques » comme la contrebande. Ce phénomène de contournement est similaire à ce qu'on observe aujourd'hui avec la Corée du Nord ou la Russie.

En règle générale, les pressions économiques et les sanctions, sous forme de rétorsions, sont nombreuses et parfois indirectes. Ces mesures peuvent prendre des formes variées, telles qu'une augmentation soudaine des droits de douane pour influer sur les produits ou services provenant d'un pays cible.

Bien qu'un inventaire exhaustif de ces sanctions ne soit pas nécessaire ici, il convient de souligner que la définition des « sanctions économiques » est souvent floue. Ces sanctions sont un raccourci pratique sans véritable fondement juridique précis. Par exemple, depuis l'invasion du Koweït en 1990, les sanctions économiques internationales ont pris de l'ampleur, mais leur concept reste mal défini en droit international public. Une exception notable est celle des sanctions contre la Russie adoptées par l'Union européenne depuis 2014, qui respectent une organisation juridique stricte et s'intègrent dans un cadre juridique propre à un État de droit.

Ces sanctions peuvent être classées en deux catégories : d'une part, les « sanctions règles », telles que les embargos, et d'autre part, les « sanctions décisions », qui comprennent des mesures individualisées comme le gel de fonds. Cependant, dans certains pays autoritaires, les sanctions économiques ne sont ni nommées ni revendiquées comme telles. Par exemple, l'interdiction de Google ou de Twitter en Chine est une mesure interne, non présentée comme une sanction économique, mais elle entraîne néanmoins des répercussions similaires. En revanche, la Chine proteste contre les mesures étrangères visant ses entreprises et riposte parfois en adoptant des sanctions explicites, s'inscrivant dans une logique de réciprocité.

D'un point de vue plus global, la régulation des relations commerciales internationales reste sous la compétence des États, sous réserve des règles internationales comme celles de l'OMC. Cependant, lorsque des sanctions sont perçues comme une réaction légitime à une violation d'obligations internationales, telles qu'une décision du Conseil de sécurité des Nations unies, elles deviennent licites et légitimes sur la scène internationale. Ce cadre de légitimité est crucial pour garantir la validité des sanctions, surtout lorsqu'elles sont assimilées à une forme de légitime défense internationale.

i. Inventaire de quelques sanctions économiques

α. Les sanctions économiques américaines

Les États-Unis ont adopté des sanctions massives et unilatérales, notamment avec l'embargo contre Cuba en 1962. Cet embargo visait à répondre à la nationalisation

des raffineries américaines à Cuba, mais il a échoué, contourné par l'Union soviétique, le Canada et l'Europe. La Corée du Nord a également fait l'objet de sanctions, mais celles-ci ont été inefficaces, jusqu'à la découverte par l'OFAC (Office of Foreign Assets Control) de la Banco Delta Asia. Cette banque jouait un rôle central dans les transactions illicites de la Corée du Nord, et l'interdiction d'utiliser le dollar a rendu ces activités quasiment impossibles, ce qui a marqué le début des sanctions ciblées.

Les sanctions économiques américaines se sont ensuite étendues à l'Iran, avec un gel des fonds en 1979 après la révolution iranienne, et ont été renforcées en 1996 en raison du soutien de l'Iran au terrorisme. En 2012, des sanctions supplémentaires ont visé le programme nucléaire iranien.

Aux États-Unis, ces sanctions sont généralement fondées sur l'International Emergency Economic Powers Act (IEEPA) de 1977. D'autres lois notables incluent la loi Helms-Burton de 1996, visant à provoquer la chute du régime communiste cubain, et la loi Iran and Libya Sanctions Act (ILSA), qui a imposé des embargos contre ces pays pour leur soutien au terrorisme. Ces sanctions ont parfois des effets extraterritoriaux, touchant également des entreprises non américaines, comme l'a illustré le cas de BNP Paribas, condamnée en 2014 pour avoir violé des embargos contre le Soudan, Cuba et l'Iran.

Les programmes de sanctions américains reposent sur deux types de sanctions : les sanctions primaires, qui interdisent certaines transactions à des résidents américains avec des entités sanctionnées, et les sanctions secondaires, qui visent des entités étrangères effectuant des transactions en dehors des États-Unis, mais liées à des activités sanctionnées par la loi américaine. Ce mécanisme permet aux États-Unis d'imposer des restrictions extraterritoriales, étendant ainsi la portée de leurs sanctions économiques bien au-delà de leurs frontières.

Par ailleurs, certaines règles américaines, comme l'Alien Tort Claims Act de 1789, reconnaissent aux juges américains une compétence universelle pour traiter les litiges liés à des violations du droit international, permettant ainsi de poursuivre des entreprises ou des individus pour des violations graves des droits de l'homme.

L'affaire BNP Paribas est un exemple frappant de l'application des sanctions américaines. En 2014, la BNP a été condamnée à une amende de 8 milliards de dollars pour avoir contourné les embargos américains contre le Soudan, Cuba et l'Iran. Bien que la banque n'ait pas directement violé des lois américaines sur le sol américain, elle a utilisé des dollars américains pour des transactions avec des entités sanctionnées, violant ainsi les sanctions secondaires. La BNP a dû choisir entre l'interdiction d'accès au marché américain ou le règlement de l'affaire par un accord de culpabilité et le paiement de l'amende.

Les sanctions américaines contre la Russie, adoptées en 2017 avec le Countering America's Adversaries Through Sanctions Act (CAATSA), ciblent les secteurs pétrolier, de défense et des pipelines russes. Ces sanctions, renforcées par des executive orders et des actions de l'OFAC, incluent des sanctions primaires et secondaires pour dissuader des acteurs tiers, y compris des entreprises étrangères, de commercer avec la Russie.

Ces sanctions ont eu pour objectif de limiter l'accès de la Russie à des technologies et des investissements étrangers, notamment dans les secteurs stratégiques, mais leur efficacité reste sujette à débat.

β. Les sanctions européennes contre la Russie

Depuis 2014, l'Union européenne a imposé des sanctions économiques contre la Russie, aggravées depuis 2022. Ces sanctions sont basées sur le Traité sur l'Union Européenne (TUE) et la Politique Européenne de Sécurité Commune (PESC), reflétant une position commune de l'UE face à l'agression russe en Ukraine. Ces mesures régionales, bien qu'internationales en apparence, sont en réalité unilatérales, les États-Unis, le Royaume-Uni, le Canada, et d'autres pays ayant adopté des sanctions similaires. En raison du veto de la Russie au Conseil de sécurité de l'ONU, ces sanctions n'ont pas pu être universalisées par l'ONU. D'autres États membres de l'ONU, refusant de se joindre à ces sanctions pour des raisons diverses, n'ont pas participé à leur mise en place, limitant ainsi leur impact global.
Les décisions prises dans le cadre de la PESC permettent à l'UE de définir une position commune sur les actions militaires russes en Ukraine, mise en œuvre ensuite par des règlements. Parmi eux, le règlement n° 208/2014 impose des mesures restrictives contre des entités et individus liés à la situation en Ukraine. Le règlement n° 269/2014 du 17 mars 2014, renforce ces mesures en gelant les actifs de personnes physiques et morales ayant participé à la déstabilisation de l'Ukraine. Enfin, le règlement n° 833/2014 impose des restrictions contre des actions russes déstabilisant la situation en Ukraine. Ces règlements ont été modifiés à de nombreuses reprises, notamment à partir de 2022, avec des vagues de nouvelles sanctions venant s'ajouter à celles prises par d'autres puissances telles que les États-Unis et la Biélorussie.

Aucune de ces sanctions primaires n'inclut de sanctions secondaires à l'image des pratiques américaines. Néanmoins, si des entreprises tentent de contourner ces restrictions, en particulier dans des secteurs comme la défense ou les semi-conducteurs, des mesures supplémentaires pourraient être prises. Enfin, la guerre en Ukraine a ouvert la voie à des poursuites pénales internationales, l'Ukraine ayant donné compétence à la Cour pénale internationale pour enquêter sur les crimes internationaux commis depuis l'annexion de la Crimée en 2014.

– Gels de fonds et de ressources économiques. Les sanctions européennes comprennent deux types de gels de fonds. Le premier, instauré par le règlement n° 208/2014, concerne un nombre limité de personnes impliquées dans le détournement de fonds ukrainiens. Le second, plus vaste, découle du règlement n° 269/2014, qui gèle les actifs de près de 1 500 personnes et 200 entités. Ces sanctions concernent aussi bien des responsables russes que des entités iraniennes ou biélorusses.

Ces sanctions visent à empêcher tout mouvement de fonds, qu'il s'agisse de paiements, de retraits, ou de transferts. Les mesures sont automatiques et doivent être mises en œuvre immédiatement par les autorités nationales. Toutefois, il ne s'agit ni d'une saisie ni d'une expropriation : les fonds gelés ne sont ni transférés à une tierce entité, ni récupérés par le Trésor public. Ils restent simplement bloqués et indisponibles pour toute utilisation.

L'interprétation de ces sanctions est large, de manière à en assurer l'efficacité. Si une personne sanctionnée contrôle une entité, les fonds de cette entité sont également

gelés, même si ce contrôle est indirect. La notion de contrôle est déterminée en fonction de l'influence exercée par la personne sanctionnée sur l'entité en question. De plus, l'application de ces sanctions est complexe pour les tiers, notamment lorsqu'il s'agit de vérifier les liens de contrôle entre diverses entités, parfois dissimulés derrière des sociétés offshore ou des trusts.

L'impact des gels de fonds s'étend aussi aux sanctions sectorielles. Si une entité est sous contrôle d'une personne sanctionnée, l'exécution de ses contrats devient impossible. Les dérogations prévues par le règlement n° 269/2014 ne couvrent que des dépenses personnelles ou des besoins essentiels.

– Sanctions sectorielles. Règlement n° 833/2014 et « trains de mesures ». Les sanctions sectorielles découlant du règlement n° 833/2014 visent divers secteurs économiques russes, tels que l'énergie, les médias, et les transports. Par exemple, certaines banques russes ont été exclues du système SWIFT, et tout investissement public en Russie a été interdit. D'autres mesures incluent la limitation des exportations de charbon, de pétrole, et de produits technologiques essentiels au raffinage de pétrole. Une fixation du prix du pétrole russe transporté par voie maritime vers des pays tiers a également été imposée, avec un plafond de 60 dollars par baril.

Des restrictions visent aussi la diffusion de contenus médiatiques russes, ainsi que l'utilisation de l'espace aérien et des ports de l'Union européenne par les avions et navires russes. Le règlement n° 833/2014 interdit également l'importation de diverses matières premières comme le fer, l'acier, le bois, et l'or. Enfin, des interdictions de vente de produits de luxe et de services comme la comptabilité, le conseil informatique, et les services juridiques ont été mises en place, avec des exceptions pour l'exercice des droits de la défense dans le cadre de procédures judiciaires.

Les sanctions européennes interdisent également la vente de matériels de guerre et de biens à double usage, c'est-à-dire susceptibles d'un emploi civil et militaire. Cette interdiction concerne les biens provenant de l'Union européenne ou destinés à une utilisation en Russie. Le concept de biens à double usage inclut les technologies pouvant être utilisées dans le développement d'armes nucléaires, chimiques, ou biologiques. Ces biens nécessitent une autorisation d'exportation, qui est systématiquement refusée en ce qui concerne la Russie.

Le règlement n° 2021/821 de l'Union européenne définit ces biens à double usage de manière précise, avec une longue liste divisée en rubriques telles que les matières nucléaires, l'électronique, ou les calculateurs. En cas de doute, une autorité nationale peut imposer une autorisation pour des biens non explicitement mentionnés dans cette liste, s'ils sont susceptibles d'être utilisés à des fins militaires.

χ.– Contre-sanctions russes

Par ailleurs, si les règlements européens en la matière déterminent des exceptions précisément pour la conduite d'un arbitrage, la Fédération de Russie a réagi par des « contre-mesures » interdisant le recours à l'arbitrage pour le règlement des contentieux dans lesquels est impliqué une société russe ou l'État russe au profit exclusif des tribunaux russes, par une l*oi fédérale n° 171-FZ du 19 juin 2020. Celle-ci a modifié le* code de procédure commerciale russe pour faire obstacle, sauf convention internationale ou

accord entre les parties, à tout litige impliquant, devant un juge étranger ou un arbitrage commercial international, une personne, une entreprise russe sous sanctions imposées par un État ou un ensemble d'États étrangers, ou dont l'objet est une sanction économique : ce litige est de la compétence exclusive des juges russes ou d'un arbitrage en Russie. Les anti-suit injunctions ordonnées par un juge étranger contre une telle partie russe (notamment pour faire obstacle à une action en Russie au mépris par exemple d'une convention d'arbitrage) ne sont pas reconnues en Russie. Elle valide par ailleurs toute mesure faisant obstacle au développement des procédures ou d'un arbitrage international à l'étranger, c'est-à-dire par des actions en anti-suit injunction en Russie contre toute personne impliquée dans un litige devant une juridiction non-russe et la saisine concomitante de juges russes sur le fondement de l'invalidité des conventions d'arbitrage et d'une conception élargie de l'ordre public international russe.

En pratique, la loi de 2020 autorise la partie sous sanctions à modifier unilatéralement la clause compromissoire, la clause attributive de juridiction, ou à l'ignorer et, en l'absence de telles clauses, le *for* est déterminé selon les règles de procédures russes, ces règles constituant alors une gigantesque loi de police russe.

Les injonctions anti-arbitrage, *anti-suit injunctions* ou *anti-arbitration injunctions*, constituent une innovation en droit russe. La nouvelle loi impose des sanctions sévères en cas de non-respect de telles injonctions contre la partie russe, un tribunal pouvant rendre un jugement par défaut pour la condamner à une somme qui ne saurait être inférieure à celle demandée devant le juge ou l'arbitre étranger.

En revanche, c'est une procédure très connue des droits de tradition de *common law* (États-Unis, Grande-Bretagne, Australie, Inde, Singapour, etc.) visant à enjoindre une partie de ne pas exercer une action particulière et de conférer cette compétence au juge, sous peine de sanction pour outrage au tribunal (*contempt of court*), sur le fondement d'une conception « obligationnelle » de la convention d'arbitrage et du principe-compétence.

La jurisprudence française reconnaît également leur régularité internationale du moins lorsqu'elles sont la conséquence de la violation d'une obligation contractuelle préexistante, clause attributive de compétence ou clause compromissoire, comme une forme d'exécution forcée de cette obligation, mais pas s'il s'agit, au contraire, de faire échec à une clause compromissoire.

En revanche, la Cour de justice de l'Union européenne a considéré dans l'affaire *West Tankers* en 2009 que, dans l'espace européen, la décision d'injonction *anti-suit* prononcée par un juge d'un État membre de ne pas exercer une action dans un autre État membre, parce que cette action serait contraire à une clause compromissoire, et imposant donc la procédure arbitrale, devait être rejetée, c'est-à-dire interdite, car « l'adoption, par une juridiction d'un État membre, d'une injonction visant à interdire à une personne d'engager ou de poursuivre une procédure devant les juridictions d'un autre État membre, au motif qu'une telle procédure serait contraire à une convention d'arbitrage, est incompatible avec le règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000 […] ». La solution est, à bien des égards, perturbante, en présence d'une *anti-suit injunction* qui ferait obstacle à un arbitrage.

La perturbation protectionniste provoquée par la loi russe est considérable, au-delà même de l'utilisation russe de procédures de « l'ennemi » et quand bien même leur efficacité

internationale serait nulle. Une entité (russe) sous sanctions engagée dans un arbitrage international *devrait* donc, en vertu de la nouvelle loi russe, refuser ou non d'y participer et saisir en retour un juge russe pour obtenir une *anti-arbitration injunction* pour tenter de faire cesser l'arbitrage et obtenir une condamnation, en Russie, contre le demandeur à l'arbitrage qui, s'il a des actifs en Russie, est alors dans une position très fragile. À défaut, en effet, l'injonction russe ne pourra pas être exécutée à l'étranger, en France par exemple, mais on verra se développer deux procédures parallèles, l'arbitrage et la procédure russe, vraisemblablement incompatibles, et des demandes d'exécution réciproquement irrecevables voire des *anti-suit injunctions* adverses préalables à la mise en œuvre d'un arbitrage. Toutefois, la règle russe mérite d'être appréciée dans le temps : il semble ainsi que ces règles ne visent que les litiges liés à des sanctions économiques étrangères et que la notion d'entité russe mérite d'être précisée, incluant, ou non, des actionnaires ou des filiales de personnes sous sanctions, dans une conception, *ratione materiae*, qui « protège » une entité russe sous sanctions mais également les entités non-russes sanctionnées au titre de leur « affiliation », non définie, avec l'entité russe sous sanctions.

δ. – Mise en œuvre nationale des sanctions

– Autorités de mise en œuvre des sanctions. En France, la Direction générale du Trésor est l'autorité principale en charge de l'application des sanctions économiques, en coopération avec les autorités judiciaires. Cette mission est régie par l'article 459 du Code des douanes et les articles L. 561-1 et suivants et L. 562-1 et suivants du Code monétaire et financier. Depuis l'ordonnance du 4 novembre 2020, ces dispositions incluent aussi l'exécution des mesures de gel des fonds qui visent à combattre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme (LCB-FT). En centralisant la mise en œuvre des sanctions économiques, la Direction du Trésor est responsable de plusieurs tâches essentielles : s'assurer du respect des mesures de gel, traiter les demandes de déblocage de fonds dans le cadre légal (par exemple pour des « besoins essentiels »), et communiquer les informations nécessaires à la Commission européenne.

Ces règles s'appliquent également à tous les professionnels soumis aux dispositifs LCB-FT, tels que les banques et les compagnies d'assurance. Le contrôle interne est ici crucial et impose une vigilance accrue, considérée comme une obligation de résultat. Cette exigence diffère des mesures LCB-FT qui sont appliquées via une approche basée sur les risques.

Bien que les sanctions européennes soient présentées comme d'application territoriale, elles ont souvent un effet extraterritorial. Elles s'appliquent aux personnes visées qui se trouvent sur le territoire d'un État membre, aux ressortissants de ces États, ou encore aux entreprises établies selon le droit d'un État membre. Cela inclut aussi les opérations commerciales réalisées partiellement ou totalement dans l'Union. Cette portée extraterritoriale, bien qu'assumée, diffère de celle des sanctions américaines, plus directement appliquées en dehors de leur territoire. La différence d'efficacité entre le droit européen et américain est notable, et pour atteindre un effet comparable, une révision des règlements pourrait être nécessaire avec l'introduction de sanctions secondaires.

Le cadre de contrôle prévoit aussi que les entreprises françaises, détenant une participation d'au moins 50 % dans une société étrangère, placent cette dernière sous la juridiction des règlements européens. Cela implique que toutes les filiales françaises

à l'étranger, ainsi que les joint-ventures, doivent également se conformer à ces sanctions.

Les sanctions économiques sont soutenues par un régime de sanctions nationales, qui doit être efficace, proportionné et dissuasif, selon les règles européennes. En France, la violation de ces mesures relève de l'article 459 du Code des douanes, qui traite des infractions liées aux « relations financières avec l'étranger ». Ce texte renvoie aux articles L. 562-1 et suivants du Code monétaire et financier, intégrant ainsi pleinement les règlements européens de 2014 dans le cadre pénal français

– Sanctions économiques et pratique contractuelle

Les sanctions économiques décidées par un État ou un groupe d'États affectent inévitablement les activités économiques en cours ou futures. Les règlements n° 269/2014 et n° 833/2014 de l'Union européenne obligent les entreprises européennes à résilier les contrats affectés par les sanctions à une date déterminée. Toutefois, cette exigence ne règle pas entièrement les difficultés, notamment pour les relations contractuelles existant avant l'obligation de résiliation. Le terme « résiliation » fait référence à la rupture de contrats à durée indéterminée ou à la non-reconduction de contrats à durée déterminée, mais la rupture d'un contrat en cours suppose généralement une inexécution de la partie russe ou une obligation légale, comme celle prévue par les règlements européens ou une décision du ministre de l'Économie.

La sanction civile est indirecte : tout acte conclu en violation des règles imposées par ces règlements est illégal et donc annulable (C. civ., art. 1162). Concernant les sanctions sectorielles, l'article 11 du règlement n° 833/2014 précise qu'aucune compensation ou indemnisation ne peut être accordée pour des contrats ou opérations affectés par ces mesures. Cette disposition est également présente dans l'article 11 du règlement n° 269/2014, interdisant toute réclamation pour l'exécution ou la compensation de ces contrats. Cela implique l'annulation des contrats conclus en violation des sanctions, rendant toute demande, directe ou indirecte, non recevable. Toutefois, l'Union européenne ne peut pas empiéter sur les principes nationaux relatifs à la validité des contrats.

Divers mécanismes légaux permettent d'annuler un contrat dans ces situations, notamment en invoquant l'erreur sur la personne ou l'impossibilité d'exécution due à l'illicéité du contrat. Un contractant pourrait également plaider la force majeure ou un changement de circonstances économiques pour justifier la non-exécution. Il reste à voir comment les juges réagiront à ces demandes, surtout dans des situations complexes comme celles résultant de la crise sanitaire, où la force majeure a été rejetée pour les commerçants ne pouvant exercer leur activité.

Un autre problème concerne les créances antérieures à l'inscription du débiteur russe sur les listes des règlements 208/2014 ou 269/2014. Dès l'inscription, les fonds sont gelés, et aucun mouvement financier n'est autorisé, même si l'inscription elle-même fait l'objet d'un recours. Cela crée une situation où l'efficacité des sanctions l'emporte sur la possible contestation de la mesure. Toutefois, cette rigueur ne signifie pas que le droit au recours est supprimé, mais elle peut entraîner des retards dans le paiement ou la résolution des créances.

Force majeure et l'affaire Sepah Bank. L'invocation de la force majeure est un moyen de défense que les parties sous sanctions peuvent utiliser pour justifier la non-exécution d'un contrat. Dans l'affaire Sepah Bank, une banque iranienne sanctionnée par des résolutions des Nations unies, la Cour de cassation a examiné si le gel de ses avoirs pouvait être considéré comme un cas de force majeure. La cour a jugé que le gel des avoirs ne constituait pas un événement de force majeure, car il n'était pas extérieur à la banque, mais directement lié à ses activités.

La question de la force majeure a également été abordée par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) dans un arrêt du 11 novembre 2021, concernant la possibilité pour un créancier d'imposer des mesures conservatoires sur des fonds gelés. La CJUE a conclu que de telles mesures ne pouvaient être prises qu'avec l'autorisation préalable de l'autorité compétente. Ainsi, toute tentative d'exécution forcée contre des fonds gelés nécessite cette autorisation, même si le créancier obtient gain de cause par une décision judiciaire.

Cette jurisprudence illustre la complexité des sanctions économiques et des gels de fonds, où le droit européen impose une interprétation stricte de l'interdiction des mouvements de fonds, même dans des cas de force majeure ou de décisions judiciaires antérieures. Cela met en lumière la difficulté pour les parties touchées de trouver des solutions légales permettant de contourner les sanctions sans violer les règles.

Arbitrage. Le cadre de l'arbitrage international ajoute un niveau de complexité supplémentaire. Les règlements européens prévoient plusieurs exceptions aux sanctions, notamment pour les fonds liés à des décisions arbitrales rendues avant l'entrée en vigueur des sanctions, à condition que ces décisions ne soient pas contraires à l'ordre public international.

Dans l'arbitrage, l'arbitre doit rendre une décision exécutable sans violer les sanctions. Cela implique que l'arbitre doit naviguer entre le droit applicable, les lois de police des États membres, et les sanctions internationales. Cette situation peut conduire à des recours en annulation de la sentence arbitrale si celle-ci viole les sanctions économiques, compromettant ainsi l'efficacité de l'arbitrage.

L'affaire Finmeccanica portait sur un contrat de vente d'armements entre une société italienne et l'Irak, conclu avant l'embargo imposé par les Nations unies à la suite de l'invasion du Koweït en 1990. L'embargo a conduit à l'impossibilité d'exécuter le contrat, et le tribunal arbitral a déclaré les demandes irakiennes irrecevables, invoquant les sanctions. La Cour de cassation française a confirmé que l'irrecevabilité des demandes irakiennes n'était pas contraire à l'ordre public international.

De manière similaire, l'affaire Augusta portait sur un contrat de fourniture d'hélicoptères entre l'Italie et l'Irak, affecté par l'embargo imposé en 1992. Le tribunal arbitral a reconnu la compétence pour traiter le litige, mais a jugé que l'embargo empêchait l'exécution du contrat. Ces affaires montrent comment les sanctions économiques sont intégrées dans l'ordre public international et comment elles affectent la validité et l'exécution des contrats dans des contextes d'arbitrage international.

SECTION 2 LES NORMES DU DROIT DU COMMERCE INTERNATIONAL

Une branche du droit se caractérise par un ensemble de règles cohérentes, de sources variées, mises en pratique et susceptibles d'être discutées en justice.

I.– La coexistence de règles d'origine variées

La présentation des « sources » du droit du commerce international est ambigüe : au sens français traditionnel, il s'agit de règles principalement légales, disons étatiques, alors même qu'il convient d'ajouter, à ces sources ordinaires, des sources variées, le contrat, c'est-à-dire la pratique contractuelle, les usages du commerce international, ainsi que des « principes généraux » du commerce international d'une grande force en matière de commerce international.

A. Le droit de source étatique

Le droit étatique est incontournable en matière de commerce international : les opérateurs internationaux sont des acteurs disposant d'une assise territoriale déterminée et donc dépendent d'ordres juridiques internes qui valident, contrôlent, réglementent voire interdisent telles opérations du commerce international.

Le principe en effet est celui de la compétence normative des Etats en la matière. Tout Etat cherche donc à établir des règles en matière de commerce, éventuellement international.

Par ailleurs la proximité entre les règles du droit du commerce international et celles du droit international privé invite à considérer que les opérateurs du commerce international peuvent parfaitement se satisfaire du cadre étatique des règles à leurs dispositions, indépendant des outils véritablement internationaux et non-étatiques. Le principe même de cet espace interétatique est la disponibilité d'au moins deux corps de règles à être potentiellement applicables à un même rapport de droit, ceux des Etats de chacun des acteurs. Il arrive également que telle opération dans tel contexte implique que seul un droit étatique soit en mesure de régler telle difficulté, comme c'est souvent le cas en droit des sociétés ou de la propriété intellectuelle. Enfin, il faut compter sur la contrainte représentée par la puissance de l'ordre public interne imposé par tel ordre juridique y compris dans l'ordre international.

Par conséquent, il convient d'envisager les règles de droit de source étatique qui ne sont pas propre au commerce international (l) les règles spécifiques (2) et les règles d'ordre public (3).

1. Les règles de sources étatiques générales

a – La loi matérielle d'un État comme *lex contractus*

Le droit étatique est une source ordinaire du droit du commerce international et notamment parce que la plupart des opérations du commerce international sont de nature contractuelle, qu'il s'agisse de vente, de contrat complexes, d'opérations bancaires ou financière. Toutefois certaines situations invitent à considérer des règles autres que contractuelle, par exemple en matière de responsabilité civile, ou pénale, de droit de

sociétés, de la concurrence, de droit fiscal, des procédures collectives, etc., autant de questions qui peuvent relever de dispositions spécifiques adoptées par chaque Etat.
La considération qu'un loi matérielle étatique peut être choisie librement comme *lex contractus*, solution ordinaire du droit des contrats internationaux, doit donc être mesurée.

Les parties peuvent en effet choisir de recourir à l'application d'un droit national, par exemple le droit français ou le droit japonais.

Dans un arrêt demeuré célèbre, la Cour de cassation a considéré que *« tout contrat est nécessairement rattaché à la loi d'un État »* (Civ., 21 juin 1950, *Messageries maritimes, D.* 1951. 749, note J. Hamel ; *S.* 1951. 1. 1, note Niboyet, *JCP* 1950. II. 5812, note J.-P. Lévy, *Rev. crit. DIP* 1950, p. 609, note H. Batiffol, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 5e éd., 2006 (ci-après *GADIP*) n° 22). De même, la Convention de Rome du 19 juin 1980 adopte la même solution en n'évoquant que la « loi » applicable aux obligations contractuelles et en ne se référant à de nombreuses reprises qu'à la loi d'un pays, solution reprise par le Règlement Rome I, et nous verrons que cette notion de « loi » peut être considérée comme formelle, un loi au sens constitutionnel du terme, même large (décret, loi, etc.), solution retenue par les juges étatiques, ou bien matérielle, un ensemble cohérent de règles (les principes Unidroit, les Principes généraux du droit du commerce international), solution validée en matière d'arbitrage international, où s'applique « la loi la plus appropriée », la *proper law* selon la terminologie du droit anglais.

En l'absence de choix, plusieurs systèmes juridiques peuvent se déclarer potentiellement compétents pour régir les contrats, ne serait-ce que ceux qui présentent avec eux certaines attaches immédiates comme le lieu d'exécution ou l'établissement habituel des parties. Est-il possible de faire régir ces contrats par les règles des États divers ? Un choix s'impose avec notamment pour avantage la prévisibilité des solutions mais aussi l'utilité car les lois d'un État sont connues, ce qui facilite leur interprétation.

L'ensemble conduit donc à lier les règles du droit du commerce international avec les règles et méthodes du droit international privé. Ce lien peut être ordinaire, le choix de la loi applicable en l'absence de choix ou en cas de choix non disponible, ou plus complexe. Ainsi, tel droit matériel national dispose d'un droit des conflits de lois identifiant des catégories propres (actes juridiques, faits juridiques, capacité, formalisme, représentation, ordre public, etc.), qui même si elles sont parfois compatibles entre elles, aboutissent par hypothèse à des solutions distinctes de désignation de la loi applicable, à supposer même que cette désignation soit satisfaisante pour les partie.

Par ailleurs, certaines techniques de conflits de lois ou de juridictions sont l'objet de convention internationales d'unification : c'est le cas notamment du droit international privé de l'Union européenne dans bien des domaines, contrat, responsabilité civile, etc., outre l'importance des dispositions matérielles du droit de l'Union européenne : toute l'originalité de ce droit peut être résumer dans la solution très connue de l'arrêt *Simmenthal* de 1978 le droit de l'Union européenne « fait partie intégrante de l'ordre juridique applicable sur le territoire de chacun des États membres » (CJCE 9 mars 1978, *Simmenthal,* aff. 106/77, *Rec.* 609).

b. Les règles de droit étatique interne relatives au commerce international

i. Règles relatives au commerce extérieur

Les règles *publiques* du commerce international sont souvent dites règles du commerce extérieur c'est-à-dire qui intéresse des relations d'importation ou d'exportation de biens et de services.

Les importations et exportations de marchandises intra-européennes obéissent au régime de libre circulation dès lors que les marchandises sont d'origine européenne ou sont entrées dans l'UE puis déplacées au sein de l'UE, qui permet une circulation sans formalités fiscales ou douanières. Certains produits font toutefois l'objet de restrictions, notamment pour des raisons tenant à la protection de la santé publique ou des consommateurs. Il s'agit notamment de divers produits alimentaires, lorsque les réglementations ne sont pas entièrement harmonisées, ou de produits soumis à un contrôle sanitaire et phytosanitaire. Les médicaments font l'objet d'une procédure unifiée de mise sur le marché. De plus, les biens culturels, même lorsque les États n'en sont pas propriétaires, bénéficient de prérogatives spécifiques, de même que les armes, en particulier les armes de guerre, dont le commerce demeure sous l'égide des États.

Les règles du commerce concernant ici les importations ou exportations des pays tiers, sans que la marchandise ait déjà transité par un pays de la Communauté, reposent sur les règles de l'OMC et notamment, leur traitement douanier (cf. supra).

Le contrôle à l'exportation, peut être plus ou moins important selon les pays. Il est allégé en France en raison d'une politique de faveur à l'exportation. Lorsque les produits ne sont pas soumis à une réglementation spécifique, ils se divisent en deux catégories : les produits dont l'exportation est libre, et qui ne nécessitent aucune formalité particulière, et ceux qui sont soumis à des mesures de prohibition ou de restriction, nécessitant une autorisation d'exportation. Cela inclut notamment les biens culturels ainsi que les matériels de guerre, armes et munitions.

Une réglementation spéciale est applicable aux biens à double usage, civil et militaire. Les formalités imposées à l'exportateur sont relativement limitées : une déclaration en douane est exigée à des fins statistiques uniquement. La valeur de la marchandise est celle déclarée au point de sortie du territoire communautaire. L'exportateur bénéficie en général de l'exonération de la TVA.

Le contrôle à l'importation, c'est-à-dire essentiellement, des mesures de restriction, correspond à des mesures de défense commerciale, de la compétence de l'UE dans le cadre de sa politique extérieure commune. En dehors de ces cas, en France, un régime de liberté d'importation domine, conforme aux règles de l'OMC, interdisant les restrictions quantitatives au commerce. Néanmoins, des impositions douanières et la TVA continuent de s'appliquer.

ii. Règles matérielles interne du droit du commerce international

La France s'inscrit pleinement dans le droit du commerce international et a signé la majorité des conventions internationales en la matière.

Il demeure des règles matérielles autonomes, par exemple en matière de droit de l'arbitrage international.

Les règles les plus importantes sont d'origine jurisprudentielle, sur le fondement de la mise en œuvre de la méthode des règles de droit international privé matérielles.

Trois règles majeures apparaissent, et sont même devenues des principes généraux :

– **la validité des clauses or et des clauses monétaires dans les contrats internationaux** (Civ., 21 juin 1950, *Messageries maritimes,* préc., Civ. 1re, 12 janv. 1988, *D.* 1989. 90, note Aubertin ; Civ. 1re, 11 oct. 1989, *D.* 1990. 167, note ES de la Marnière, *JCP* 1990. II. 21393, note J.-P. Lévy),

– **l'autonomie de la clause compromissoire dans l'arbitrage international** (Civ., 7 mai 1963, *Gosset, D.* 1963. 545, note J. Robert ; *JCP* 1963. II. 13405, note B. Goldman, *Rev. crit. DIP* 1963, 615, note H. Motulski, *JDI* 1964, p. 83, note J.-D. Bredin). Cette règle est également applicable en matière d'arbitrage interne (sur cette règle, v. p. XXX),

– **l'aptitude de l'État et des établissements publics à compromettre** en cas de mise en jeu des intérêts du commerce international (Civ., 2 mai 1966, *Galakis*, *GADIP* n° 44).

Ces principes sont importants, et parfois discutés, en ce qu'ils apportent des solutions parfois radicalement opposées à celles appliquées en droit interne (*lex fori*).

iii. Les règles d'ordre public

Le commerce international ne peut se dérouler sans tenir compte des exigences étatiques spécifiques.

Les règles de l'OMC et le droit européen visent à soutenir le commerce tout en limitant les interventions étatiques perturbatrices. Cependant, de telles interventions existent et peuvent être parfaitement légitimes.

Les règles par lesquelles les États imposent leur autorité sur les relations commerciales internationales sont marquées par l'ordre public. Cet ordre public se manifeste ici dans sa fonction positive, conférant un caractère impératif aux normes qu'il régit. On distingue deux grandes catégories de mesures.

Les mesures de contrainte économique. Ces mesures, propres aux relations internationales, visent à interdire, restreindre ou contrôler les échanges avec certains pays. Elles sont souvent appelées sanctions et se distinguent des mesures protectionnistes, tarifaires ou non tarifaires, qui visent à protéger l'économie nationale.

Sanctions économiques. Ces mesures incluent le boycott, l'embargo, l'interdiction d'investir ou de conclure des contrats avec un pays donné, et sont généralement temporaires. Leur objectif est d'obtenir un changement de comportement de la part d'un État, souvent suite à une action illicite sur le plan international : le développement des sanctions économiques par exemple contre la Russie depuis 2014 est un exemple majeur de cette perturbation des règles du droit du commerce international (cf. infra).

Ces règles sont adoptées de manière unilatérale, comme les sanctions économiques des USA, ou bien régionale, comme les sanctions de l'UE, ou encore internationale par le Conseil de sécurité des Nations-Unies (dont l'application en France est complexe : La jurisprudence française considère que les Résolutions du Conseil de sécurité n'ont pas

d'effet direct : Civ. 1ère, 15 juill. 1999, *JDI.* 2000, p. 45, note M. Cosnard, solution confirmée par Civ. 1ère, 25 avr. 2006, *Bull. civ.* 1, n° 202).

Elles se distinguent de règles plus techniques, souvent de nature protectionnistes, tarifaires ou non. En droit français, de nombreux exemples existent comme les règles en matière d'utilisation de la langue française, les règles relatives au prix du livre et plus globalement de protection culturelle, des règles de droit de la concurrence comme l'interdiction de la revente à perte ou encore celles, très complexes, relatives à la négociation commerciale entre professionnelles (cf. C. com., art. L. 444-1).

Il peut s'agir de règles plus générales, pénales par exemple, comme en matière de corruption, de blanchiment d'argent, etc.

Ces règles se présentent parfois comme disposant d'un effet *extraterritorial,* au sens où celles-ci entendent déployer directement leurs effets sur des situations normalement hors de portée de l'État auteur de la norme (cf. infra), dont la multiplication rend la compréhension complexe et alourdit l'analyse des relations internationales, à la fois entre deux opérateurs mais également à l'échelle diplimatique.

Les lois de police. En matière contractuelle, les lois de police se définissent comme des dispositions impératives applicables indépendamment de la loi choisie pour régir le contrat. Elles jouent un rôle de contrepoids à l'autonomie des parties dans les relations internationales et sont souvent utilisées pour protéger l'ordre public social ou économique. Dans le Règlement de Rome 11 les lois de police sont présentées comme des « dispositions impératives de la loi d'un pays, (qui) selon le droit de ce pays, sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat ». Cette définition laisse vise ce que l'on désigne en droit français comme des lois de police (« dispositions impérative », quelle que soit par ailleurs leur origine, de droit privé, de droit public ou de la « zone grise» (comme les règles du droit de la concurrence) ainsi que leurs effets : elles devront trouver application alors même que le contrat serait soumis à une loi étrangère.

La question demeure cependant des raisons pour lesquelles telle ou telle disposition interne doit être qualifiée de loi de police, c'est-à-dire la détermination de l'essence même des lois de police. Une formulation célèbre, valable pour l'ensemble des lois de police, et non seulement celles qui interviennent en matière de contrats, considère ces lois comme celles « dont l'observation est nécessaire [ou cruciale] à la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays ». La Cour de justice des communautés européennes a récemment adopté une définition très proche des lois de police, reprise *in extenso* à son article 9 (CJCE 23 nov. 1999, *Arblade, Rec.* 1999. 1. 8453; *Rev. crit. DIP* 2000. 710, note Fallon; *JDI* 2000. 493, obs. M. Luby; 15 mars 2001, *Mazzoleni, Rec.* 1, p. 2213; *Rev. crit. DIP* 2001. 495, note E. Pataut).

Il en résulte donc que la doctrine des lois de police et sa reconnaisse en droit de l'UE, au moins, qu'un droit étatique peut être conduit, dans une mesure qui peut être importante, à imposer l'application de certaines de ses dispositions impératives en matière économique, financière, sociale, etc. Cette faculté est remarquable parce qu'elle intervient au niveau des relation internationales.

2. Le droit de l'Union européenne

a. Droit matériel de l'UE

L'influence du droit de l'UE s'exerce à travers l'adoption de règles de droit matériel par les organes des Communautés dans le cadre de leurs compétences. Ces règles peuvent alors être directement applicables (règlements) ou conduire à une harmonisation du droit des États membres par le biais de directives. À titre d'exemple, le droit des sociétés, au sens large, y compris en matière d'insolvabilité, a été largement modifié par des directives communautaires. Par exemple, le règlement CE du Conseil n° 1346/2000, du 29 mai 2000, relatif aux procédures d'insolvabilité, a profondément influencé cette matière, avant d'être modifié par le règlement européen du Parlement et du Conseil n° 2015/848 du 20 mai 2015 (JOUE du 5 juin 2015).

Cependant, en matière de contrats, malgré les nombreuses tentatives de la Commission et les avancées théoriques importantes, les résultats concrets tardent à se manifester, sinon en matière de contrats de consommation.

b. Droit international privé

Le droit du commerce international est étroitement lié au droit international privé, et l'influence du droit de l'Union européenne y est croissante.

En matière de conflits de lois ou de juridictions, l'Union européenne s'est tôt engagée dans l'unification des règles applicables dans les domaines relevant de sa compétence. Cette influence se manifeste d'abord à travers l'adoption de conventions internationales jouant un rôle crucial en droit international privé. AInsi, la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale, plusieurs fois modifiée, s'applique également aux États membres de l'AELE via la convention de Lugano du 16 septembre 1988. Bien qu'issue d'un cadre international traditionnel, la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ne liait initialement que les États membres de l'Union, avant d'être remplacée par le règlement de Rome I, adopté le 17 juin 2008, qui s'applique aux contrats conclus après le 17 décembre 2009.

Le troisième pilier, introduit par le traité sur l'Union européenne (art. 65 TCE), a permis la négociation de plusieurs conventions, telles que celle relative à la notification transfrontière des actes ou la convention sur les procédures d'insolvabilité. Il a également conduit à l'adoption d'actes de droit dérivé dans divers domaines, tels que l'assurance, le commerce électronique, le détachement de travailleurs, et les conventions conclues par des consommateurs.

Le traité d'Amsterdam, entré en vigueur le 1er mai 1999, a permis de communautariser ces questions, facilitant ainsi l'adoption de règlements nouveaux, notamment Rome I en matière d'obligations contractuelles et Rome II pour les obligations extra-contractuelles. Ce mouvement s'est poursuivi avec le traité de Lisbonne du 13 décembre 2007 (TFUE).

La CJUE, dans des domaines tels que les contrats ou le droit d'établissement des sociétés, a également développé une jurisprudence qui empiète sur le droit international privé des États membres. En matière de droit des contrats, elle a compétence, depuis le 1er août 2004, pour interpréter la convention de Rome du 19 juin 1980. Le règlement de Rome I, qui a remplacé cette convention, est également sujet à l'interprétation par la CJUE. Enfin, certains principes généraux du droit communautaire, comme la reconnaissance mutuelle,

influencent également le droit des conflits de lois, en intégrant par exemple la règle du pays d'origine.

c. Relations interétatiques

Au niveau des relations entre les États membres de l'Union européenne, il convient de rappeler l'importance des grands principes relatifs à la libre circulation des produits et des services, ainsi que du droit communautaire de la concurrence.

Concernant les États tiers, la Communauté constitue une union douanière, où les droits de douane ont été abolis à l'intérieur du Marché unique, et où un tarif extérieur commun est appliqué vis-à-vis des pays extérieurs, conformément au règlement du Conseil n°950/68 du 28 juin 1968. Ce dernier est entré en vigueur le 1er juillet 1968.

L'Union européenne dispose de larges compétences pour conclure des traités et mener des négociations avec des États tiers dans le cadre de sa politique commerciale commune. Le traité de Lisbonne du 13 décembre 2007 a élargi les compétences de l'Union dans le domaine des investissements, couvrant les investissements en provenance de pays tiers sur le territoire européen, ainsi que ceux en provenance des États membres vers des États tiers.

En vertu des articles 206 et 207-1 du TFUE, les investissements étrangers directs sont désormais intégrés à la politique commerciale commune. L'Union européenne a également instauré des régimes particuliers et est membre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC).

Enfin, et de manière plus originale, l'UE dispose d'une Politique extérieure et de sécurité commune (PESC), qui est à l'origine, notamment, des sanctions économiques de l'UE.

3. Le droit conventionnel uniforme matériel

Ce que l'on appelle droit uniforme désigne tout instrument international comportant des règles *matérielles*, au-delà donc des règles classiques, uniformisées ou non de conflits de lois ou de juridictions, destinées à se substituer aux lois des États dans des relations juridiques relevant généralement du droit privé.

Le degré de sophistication des législations étatiques internes dans de nombreux pays leur permet de résoudre la plupart des problèmes relatifs aux relations contractuelles internationales, y compris par les logiques du droit international privé.

Cependant, la nécessité d'une réglementation spécifique pour certaines opérations à dimension internationale apparaît, telles que le transport maritime ou le financement des transactions internationales.

De plus, la diversité des droits étatiques entraîne des conflits de lois difficiles à résoudre, comme l'a montré l'harmonisation ressentie comme nécessaire dans l'Union européenne pour réduire les obstacles aux échanges commerciaux.

Du point de vue formel, le droit uniforme se caractérise par son élaboration au sein d'instruments internationaux, négociés entre États et proposés à leur adhésion. Ces

conventions internationales, qui se substituent aux législations nationales des États signataires, n'ont toutefois pas la nature de normes de droit international public.

a. Domaine du droit uniforme

Le domaine couvert par les conventions de droit uniforme est vaste et ne s'étend pas à l'ensemble du droit du commerce international, bien que la question de la nécessité d'un code commercial mondial soit parfois posée. Ce besoin de sécurité juridique et d'unification des règles, notamment dans les domaines où les relations internationales sont particulièrement denses, a motivé l'émergence du droit uniforme.

Les domaines de prédilection de ces conventions incluent le droit des transports, le droit cambiaire, le droit de la vente de marchandises, l'arbitrage, les sûretés, ainsi que la propriété intellectuelle.

Les conventions de droit uniforme peuvent également être adoptées dans des domaines moins directement « commerciaux », où l'intervention des institutions ou des politiques législatives étatiques est prépondérante. Un exemple pertinent est celui de la convention Unidroit sur le retour des biens culturels volés ou illicitement exportés, qui fait suite à la convention de l'Unesco de 1970 dans ce domaine.

En matière d'insolvabilité, une convention de Bruxelles du 23 novembre 1995 sur les procédures d'insolvabilité a été adoptée, puis transformée en règlement communautaire en 2000. Par ailleurs, la convention du Conseil de l'Europe sur certains aspects internationaux de la faillite, signée à Istanbul le 5 juin 1989 et ratifiée par la France, n'est pas encore entrée en vigueur.

b. Contenu du droit uniforme

Les conventions internationales de droit uniforme qui existent actuellement ne concernent que certaines catégories de relations contractuelles ou non contractuelles. Leur pouvoir d'uniformisation est donc limité au champ qu'ils couvrent et aux questions qu'ils n'ont pas explicitement exclues. Par exemple, la convention de Vienne sur les ventes internationales de marchandises ne s'applique pas à toutes les ventes d'objets mobiliers corporels susceptibles d'être considérés comme des marchandises. De plus, elle ne s'applique ni à la validité des contrats ni au transfert de propriété.

Les conventions relatives au droit des transports se concentrent essentiellement sur la responsabilité contractuelle et la réparation des dommages causés par des actes de pollution. Ainsi, l'unification du droit dans ces domaines ne suit pas une logique globale, mais se développe de manière empirique et parfois contingente. Cependant, dans un cadre régional, l'unification est plus aisée, comme en témoigne le droit de l'OHADA.

Les principales conventions de droit uniforme puisent généralement leurs sources dans plusieurs traditions. Les négociateurs veillent à s'inspirer des pratiques en vigueur, afin de ne pas heurter inutilement les usages. Cependant, les conventions de droit uniforme doivent aussi se montrer innovantes en puisant dans les solutions issues des droits nationaux et des usages pour concevoir des règles conformes aux objectifs des négociateurs. À cet égard, la convention de Vienne sur les ventes internationales de marchandises illustre bien cette approche syncrétique, en associant des solutions provenant de divers systèmes juridiques. Le nombre de ratifications obtenues démontre

l'efficacité de cette approche. De plus, cette convention a influencé d'autres instruments internationaux, qu'ils soient conventionnels ou non, adoptés ultérieurement.

L'objet limité des conventions de droit uniforme, combiné à la multiplicité des organisations internationales susceptibles de les élaborer, peut engendrer une prolifération de conventions. Cette prolifération peut conduire à des conflits entre conventions, toujours délicats à résoudre.

c. Applicabilité du droit uniforme

Il est indispensable que chaque convention de droit matériel uniforme détermine précisément son champ d'application.

i) Entrée en vigueur. L'applicabilité d'une convention est d'abord subordonnée à son entrée en vigueur dans les États signataires, qui se manifeste par le dépôt des instruments de ratification. Toutefois, cela ne suffit pas. Chaque convention doit également définir son champ d'application temporel.

ii) Champ d'application matériel. Une convention de droit uniforme doit définir avec précision la matière à laquelle elle s'applique. Le caractère international des relations visées doit être spécifié par la convention, faute de quoi cette internationalité pourrait être interprétée différemment selon les juridictions nationales. Par exemple, la convention de Vienne sur les ventes internationales de marchandises s'applique aux ventes conclues entre parties ayant leur établissement dans des États différents, définissant ainsi la vente internationale. De même, la convention Unidroit sur l'affacturage international s'applique à des créances résultant de contrats de vente internationaux, sans pour autant exiger que le contrat d'affacturage soit lui-même international.

Les conventions doivent également tenter de définir les opérations ou les contrats qu'elles visent, afin d'éviter des divergences d'interprétation entre les législations nationales. Par exemple, la convention de Vienne n'a pas défini la vente en tant que telle, mais elle a exclu certaines ventes de son champ d'application.

iii) Champ d'application spatial. Une convention de droit uniforme doit généralement identifier les liens entre les relations juridiques auxquelles elle s'applique et les États contractants. Cette exigence ne se limite pas à la condition d'internationalité, comme l'illustre l'article 1.1 de la convention de Vienne, qui n'exige pas que les États dans lesquels les parties sont établies soient des États contractants.

La convention de 1964 sur la vente internationale d'objets mobiliers corporels (LUVI) n'exigeait aucun lien particulier entre le contrat de vente et les États contractants pour être applicable. Elle était donc d'application universelle, même en l'absence de liens avec des États ayant ratifié la convention. Cette approche fut critiquée et n'a pas été retenue par la suite. Ainsi, la convention de Vienne ne s'applique que si les critères de rattachement orientent vers la loi d'un État contractant.

iv) Volonté des parties. La volonté des parties joue un rôle croissant dans l'applicabilité des conventions internationales de droit uniforme. Ce rôle est conféré par la convention elle-même. Ainsi, la convention de Vienne sur les ventes internationales de marchandises prévoit que les parties peuvent exclure certaines de ses dispositions, voire l'ensemble de celles-ci. Certains contrats types, comme ceux utilisés dans le commerce des céréales

(GAFTA), excluent systématiquement l'application de la convention de Vienne. À l'inverse, la convention de Bruxelles de 1924 sur l'unification de certaines règles en matière de connaissement maritime fixe ses conditions d'application en fonction de critères objectifs, tout en permettant aux parties de désigner son applicabilité via une clause "Paramount" dans le connaissement.

La question de savoir si les parties peuvent volontairement étendre l'application d'une convention en dehors de son champ d'application reste délicate. Toutefois, il est généralement admis que la volonté des parties peut incorporer une convention dans leur contrat, privant ainsi la convention de sa qualité de *lex contractus*.

Un arrêt a cependant considéré que la convention de Bruxelles constitue un ordre juridique autosuffisant, interdisant la dérogation à certaines de ses dispositions. Cependant, cette solution n'est pas nécessairement généralisable (Corn. 4 févr. 1992, *Rev. crit. DIP* 1992. 495, note P. Lagarde). La doctrine soutient que, lorsque la convention est incorporée au contrat, il convient de déterminer la lex contractus, dont les dispositions impératives ne doivent pas être écartées par les règles conventionnelles.

d. Interprétation du droit uniforme

L'interprétation est l'un des points faibles du droit uniforme, ce qui reflète l'état actuel de la société internationale. Les États peuvent s'accorder sur l'adoption de règles communes pour le commerce international, mais aucune juridiction internationale n'est habilitée à imposer une interprétation uniforme des conventions.

L'absence d'unification des interprétations risque de réduire la portée du droit uniforme. Les difficultés d'interprétation sont de trois ordres : premièrement, les règles peuvent recevoir différentes interprétations, toutes plausibles ; deuxièmement, les lacunes internes des conventions doivent être comblées par des principes généraux ; enfin, certains concepts souples laissent une large marge d'appréciation aux juges.

Les principales conventions de droit uniforme n'ignorent pas ces défis d'interprétation. Par exemple, la convention de Vienne stipule, dans son article 7, que pour l'interprétation de ses dispositions, il convient de tenir compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application. Il est donc crucial que les juges et les arbitres adoptent une approche différente de celle qu'ils appliquent aux règles nationales, en réduisant l'influence des concepts liés à leurs cultures juridiques respectives.

La jurisprudence étrangère peut jouer un rôle essentiel dans ce processus décisionnel. De plus, certains concepts autonomes présents dans plusieurs conventions pourraient faire l'objet d'une approche systématique, permettant la création d'un « dictionnaire autonome » pour l'interprétation des conventions de droit matériel uniforme.

II.– Les sources non-étatiques

A. Les opérations contractuelles

1. Le contrat international, source originale

Le contrat n'est pas considéré comme une source de norme juridique ; c'est même, d'un point de vue interne, absurde dans la mesure où le contrat est un instrument dont l'existence, la validité et l'efficacité d'un contrat dépend des normes applicables (internes).

Il demeure que le contrat, en tant qu'institution, tient une importance majeure en matière de commerce international.

Les contrats conclus pour former l'ossature du commerce international se déroulent en dehors d'un ordre juridique homogène, tel que le serait un ordre juridique interne. Les normes individuelles issues d'un rapport contractuel international se trouvent ainsi souvent établies et exécutées sans que soit encore défini l'ordre juridique à l'égard duquel leur validité pourra être appréciée. Le choix de loi applicable à un contrat peut être effectué par les parties au moment même de sa conclusion du contrat ; l'insertion du contrat dans un ordre juridique donner ne révèle alors pas sa nature propension à créer des normes individuelles autonomes.

La loi désignée par les parties peut cependant ne l'être que postérieurement à la conclusion du contrat, voire n'être pas désignée ou de manière ambigüe ; en ce cas et si aucune autorité juridictionnelle n'est saisi, ce qui correspond à la très grande majorité des cas, aucune loi ne sera jamais identifiée. Dans d'autres cas, la loi applicable sera identifiée par l'effet de règles de droit telles que les tribunaux interprètent et notamment des arbitres internationaux.

Par ailleurs des contrats internationaux sont conclus sans avoir d'équivalent en droit interne, comme les contrats de concession de mines ou de champs pétrolifères, les contrats de lancement de satellite, d'opérations complexes de matériel militaire, etc. Ces contrats désignent souvent une loi applicable, mais qui n'a qu'une fonction subsidiaire, et sera choisie pour son libéralisme à l'endroit des logiques de liberté contractuelle. Dès lors les normes applicables seront les normes choisies et négociées entre les parties, l'ensemble des contrats, clauses formant le contrat.

2. Les pratiques et modèles contractuels

Certains contrats correspondent, par leur répétition à des *contrats-modèles* par leur répétition, spontanée le plus souvent, soit en raison de leur efficacité soit de leur originalité.

Les *contrats-types* se présentent de manière voisine, qu'il soit préparé par l'une des parties, ou comme c'est le plus fréquent, d'un organisme professionnel, et conduisent à la reproduction d'un modèle de contrat préconstitué, établissant un élément de standardisation du droit contractuel.

3. Les clauses contractuelles

De la même manière, les parties insèrent dans leur contrat des clauses spécifiques de nature à modifier les solutions qui auraient prévalues en leur absence, aux questions que ces clauses organisent.

A priori, de telles clauses constituent une forme ordinaire d'exercice entre les parties de leur liberté contractuelle, notamment lorsque ces clauses se bornent à déterminer les droits et obligations des parties qui naissent du contrat. C'est le cas de clauses relatives au lieu ou au moment de la livraison de la marchandise dans un contrat de vente qui, même répétée, ne saurait être considérée comme correspondant à l'énoncé d'une règle de droit.

De nombreuses clauses, plus spécifiques, ont un effet normateur plus original lorsque, loin de se limiter à concrétiser les obligations de chaque partie, elles créent des normes contractuelles qui s'imposent aux parties comme elles s'imposeraient au juge ou à l'arbitre [clause de responsabilité, clause de force majeure, d'adaptation, etc.) et ce indépendamment de leur réception en droit interne. Dès lors elles peuvent circuler et se répandre dans des types de contrats différents. Ces clauses se présentent alors à l'égard des opérateurs du commerce international comme porteuses de règles transnationales disponibles pour figurer dans leur contrat. Sans aucun doute, ces clauses sont susceptibles de généralisation. Issues d'une pratique reconnue, elles sont considérées comme efficace, parfois nécessaires voire obligatoires.

B – Les usages du commerce international

1. Le développement des usages du commerce international

Ils ont une importance croissante dans le commerce international en raison de la pratique contractuelle internationale.

Il convient de distinguer les *usages du commerce international* des *usages conventionnels*. Ces derniers ne sont envisagés que sous l'angle des relations d'affaires entre les parties et sont donc assez relatifs alors que les premiers ont une portée plus vaste qui dépasse largement le seul cadre des contractants et correspondent à une répétition de pratiques dans un milieu professionnel particulier. On peut alors parler « d'usage-règle » dans la mesure où ils ont une aptitude à la généralisation. De tels usages peuvent être relatifs à une branche ou une place d'activités. Par conséquent, le seul fait d'en faire partie a pour effet que l'on est obligé de les respecter.

Leur distinction est parfois complexe. Le Code de commerce uniforme américain oppose ainsi l'usage des parties à l'usage du commerce. Son article 1.205 décrit l'usage des parties comme« *une* série *d'agissements antérieurs entre les parties à une transaction qui peuvent être raisonnablement considérés* comme *établissant entre elles une base commune d'interprétation de leurs expressions et de leurs actes* ».

L'usage des parties a donc pour caractéristique d'être confiné au cercle de ces dernières et donc d'être insusceptible de généralisation : ce sont les habitudes établies dans leurs relations d'affaires entre deux contractants qui peuvent permettre d'interpréter une situation particulière. C'est le cas classique de l'habitude prise entre un fournisseur et un distributeur de ne pas confirmer par écrit une commande, d'intégrer un délai de paiement, etc.

De la même manière, l'article 9 de la convention de Vienne sur les ventes internationales de marchandises indique à son alinéa 1er : « *Les parties sont liées par les usages auxquels elles ont consenti et par les habitudes qui* se *sont établies entre elles ».*

A l'inverse, l'article 1.205 du Code de commerce uniforme détermine l'usage du commerce comme « *une pratique ou une habitude observée si régulièrement dans un lieu, une profession ou une branche du commerce que l'on peut s'attendre à ce qu'elle soit observée dans la transaction en question [...] »* et l'article 9.2 de la convention de Vienne que : « *sauf convention contraire des parties celles-ci sont réputées s'être tacitement référées dans le contrat et pour sa formation à tout usage dont elles avaient connaissance ou auraient dû avoir connaissance et qui, dans le commerce international, est largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale considérée ».*

Leur développement est en partie dû aux défaillances étatiques, en particulier les carences législatives et à la multiplicité des règles nationales d'ailleurs souvent précédées par la pratique. Ainsi, la lettre de change et la compensation internationale sont nées de la pratique. De même, le crédit documentaire a d'abord été une création de la pratique.

Aujourd'hui, une codification des usages est envisagée par de nombreux organismes professionnels dont un qui a un rôle fondamental, la chambre de commerce internationale. Parmi ses réalisations les plus connues, les *International Commercial Terms* ou encore les « Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires ».

Cette codification peut être relative à un contrat (par exemple la vente internationale ou la franchise), prendre en considération un type de produits (par exemple les céréales) et aboutir à un contrat type ou à des conditions générales de vente.

2. Les usages du commerce international, *usages conventionnels* et *usages règles*.

Par usage conventionnel, il ne s'agit pas de retrouver les usages particuliers entre les parties, les « usages des parties ». En revanche, il existe également des « usages *conventionnels* généraux » auxquels se réfèrent aussi bien le Code de commerce uniforme des USA que la Convention de Vienne sur les ventes internationales de marchandises qui correspondent aux « *pratiques habituellement suivies dans une branche d'activité déterminée* ». Ils peuvent, comme les usages des parties, constituer des instruments d'interprétation de la volonté des parties pour un contrat déterminé en leur qualité « d'usages professionnels ».

Les usages du commerce dépassent cependant le cadre des relations entre deux contractants, mais visent les opérations semblables susceptibles de se reproduire dans un cadre professionnel ou un lieu particulier. Ils peuvent donc recevoir des applications répétées à un type d'opérations présentant les caractéristiques qu'il envisage : il s'agit d'usages-règles, en tant qu'ils disposent d'une aptitude à la généralisation, comme une règle de type légal, solution qui est parfois critiquée pour cette même raison. Or, les utilisateurs de ces usages ne prétendent se substituer aux auteurs de règles générales : l'usage décrit simplement le réel, « ce qui se fait » et c'est d'ailleurs son utilité. Il est une règle en ce qu'il épouse les fonctions d'une règle, établir un « devoir être » qui dicte le comportement de tel acteur, sauf à l'avoir exclu (Cf. CVIM, art. 9.2), ce qui démontre que à défaut, l'usage s'impose.

Les usages du commerce international se sont ainsi développés en marge des lois nationales, dans la mesure où ces dernières ne proposaient pas de solutions adaptées. Ces usages peuvent avoir un champ d'application géographique déterminé; les usages d'un port ou d'un négoce particulier : le lieu où se déroulent les opérations matérielles qui résultent des contrats déclenche alors l'application de l'usage, sans altérer le caractère international de l'opération. Ils peuvent également s'appliquer à des opérations indépendamment de toute localisation particulière. Leur application dépend alors de la seule insertion des relations contractuelles dans le tissu des relations internationales, soit du caractère international du contrat. Ils peuvent être appliqués par des juges comme par des arbitres sur la seule constatation du caractère international de l'opération

3. Applicabilité des usages du commerce international

Plusieurs textes sont relatifs à l'applicabilité des usages :

- **Texte général (français) :**

En France, aux termes de l'article 1194 nouveau du Code civil (ex. art. 1135) « les conventions obligent, non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage et la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ».

- **Textes dans le domaine de la vente :**

– la Convention de La Haye du 1er juillet 1964 (LUVI) prévoit dans son article 9 « les parties sont liées par les usages auxquels elles se sont référées expressément ou tacitement et par les habitudes qui se sont établies entre elles ; elles sont également liées par les usages que des personnes raisonnables de même qualité, placées dans leur situation, considèrent comme normalement applicables à leur contrat » ;

– la Convention de Vienne du 11 avril 1980 prévoit une règle similaire, également à son article 9 : « les parties sont liées par les usages auxquels elles ont consenti et par les habitudes qui se sont établies entre elles. Sauf convention contraire des parties, celles-ci sont réputées s'être tacitement référées dans le contrat et pour sa formation à tout usage dont elles avaient connaissance ou auraient dû avoir connaissance et qui, dans le commerce international, est largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats de même type dans la branche commerciale considérée ».

- **Textes dans le domaine de l'arbitrage :**

– la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international du 21 avril 1961 prévoit à son article 7 que quel que soit le droit applicable, « les arbitres tiendront compte des stipulations du contrat et des usages du commerce » ;

– l'article 1511 du Code de procédure civile d'après lequel l'arbitre doit tenir compte dans tous les cas des usages du commerce ;

– la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international prévoit à l'article 28 alinéa 4 « dans tous les cas, le tribunal arbitral décide conformément aux stipulations du contrat et tient compte des usages du commerce applicable à la transaction ».

C. Les principes généraux du droit du commerce international

1. Identification des principes généraux du droit du commerce international

Les principes généraux du droit du commerce international se distinguent des usages en ce qu'ils ne naissent pas de la pratique des opérateurs du commerce international et en ce qu'ils ont, au contraire de ces dernier, vocation à concurrencer, voire supplanter, les règles nationales.

5. L'étude fondamentale de Fouchard, en 1965, sur *l'arbitrage commercial international,* identifiait l'existence d'un « droit commun des Nations » auquel se référaient les arbitres pour régler le fond du litige, droit distinct des « usages corporatifs ». Il observait alors que ce droit commun des Nations se composait de principes généraux du droit et d'une sorte de « droit cornmun partiel » lorsque les droits nationaux en concurrence se rencontraient sur un point litigieux. Ce droit commun était relatif à la formation, l'interprétation et l'exécution du contrat. Il observait que si ce recours aux principes donnait à l'argumentation des arbitres une portée plus universelle, cela leur évitait surtout de prendre nettement parti sur la loi nationale compétente, ce qui fondait ensuite les travaux sur l'existence de la *lex mercatoria.* Ces « principes généraux » reposent sur la jurisprudence des arbitres internationaux. Dans l'affaire *Fougerolle,* au sujet d'une sentence arbitrale dont la validité était contestée, la Cour de cassation décidait « *qu'en* se *référant aux principes généraux généralement applicables dans le commerce international, les arbitres n'ont fait que* se *conformer à l'obligation qu'ils avaient en vertu (._.} de l'acte de mission de définir le droit applicable à /'accord conclu* » (Civ. 9 déc. 1981, *Rev. arb.* 1982. 183, 2° esp., note G. Couchez, *JCP* 1983. 11. 19771, 2° esp., note P. Level, *O.* 1983. 238, 2° esp., note J. Robert, *JO/* 1982. 931, 3° esp., note B. Oppetit).

Les critères d'identification sont donc multiples :

– Ils sont des principes dont l'application se fait en dehors du cadre d'une loi nationale ;
– ils peuvent émaner du système juridique international, par exemple les principes généraux du droit international public ; ces derniers peuvent s'appliquer directement dans les contrats conclus entre un État et une personne privée. L'article 42 de la Convention CIRDI fait référence aux « principes de droit international » ;
– ils peuvent être issus de la convergence des droits nationaux ;
– ils peuvent être issus des conventions internationales ;
– ils peuvent découler du « droit savant », par exemple les Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international ou les Principes du droit européen du contrat ;
– ils sont assez généraux sans être exhaustifs ;
– ils sont évolutifs.
– ils permettent aux arbitres de fournir une solution satisfaisante aux litiges.

Certains ont été dégagés par la jurisprudence arbitrale notamment :

– le principe *pacta sunt servanda* : respect de la parole donnée ou force obligatoire du contrat ;

– le principe de bonne foi ou la nécessité de mener la négociation contractuelle, d'interpréter et d'exécuter le contrat de bonne foi ;

– le principe *rebus sic stantibus* qui autorise les arbitres à réviser le contrat ou les parties à le renégocier de bonne foi en cas de bouleversement de l'environnement économique existant lors de la formation du contrat ;

– le principe de *mitigation of damages* d'après lequel le créancier d'une obligation inexécutée doit s'efforcer de modérer son dommage (ou de minimiser les pertes). Ce principe est consacré par l'article 77 de la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises, l'article 7.4.8 des Principes Unidroit et l'article 9 : 505 des Principes de droit européen du contrat ;

– le principe de l'*estoppel* : interdiction de se contredire au détriment d'autrui (v., visant l'estoppel, Civ. 1re, 6 juill. 2005, *Rev. arb.* 2005, p. 993, note Ph. Pinsolle, *D.* 2005. 3059, obs. T. Clay, *JDI* 2006, p. 608, note M. Béhar-Touchais, *RTD com.* 2006. 309, obs. E. Loquin ; Com. 20 sept. 2011, n° 10-22.888 et adoptant une conception restrictive de l'estoppel, Civ. 2e, 22 juin 2017, n° 17-29202).

– la limitation de la réparation aux dommages prévisibles ;

– le principe *exceptio non adimpleti contractus*.

Certains de ces principes sont communs au droit interne et au droit international.

- D'autres ont été élaborés par la doctrine : c'est le cas des « principes relatifs aux contrats du commerce international » qui sont l'œuvre de l'institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit).

2. Application des principes généraux du droit du commerce international

a. Conditions d'application des principes généraux

Les principes généraux, créés par les juges ou arbitres, sont des outils juridiques distincts de la loi ou de la coutume. Ils sont souvent utilisés dans les contrats internationaux où les lois nationales ne sont pas imposées. Dans l'arbitrage, les parties peuvent exiger l'application de principes généraux, particulièrement dans les contrats d'État, ou laisser aux arbitres la liberté de choisir les règles applicables, y compris des règles non étatiques.
Des instruments juridiques comme la Convention européenne de Genève de 1961 et la Convention de Washington incluent des principes internationaux parmi les règles applicables, donnant aux arbitres une marge de manœuvre pour choisir des règles hors des lois nationales. La jurisprudence française a confirmé que l'application de règles non étatiques, telles que la *lex mercatoria*, ne constitue pas un recours arbitraire.

b. Types de principes généraux

Il existe deux types de principes généraux. Les *principes communs*, fondés sur des solutions partagées par plusieurs lois nationales, s'inspirent souvent des pratiques contractuelles. Les *principes normatifs*, en revanche, sont choisis en raison de leur pertinence pour résoudre des questions spécifiques où le droit existant est inadéquat. Certains principes normatifs, comme la séparabilité de la clause compromissoire, sont devenus des règles largement acceptées dans l'arbitrage international.

c. Fonction des principes généraux

Les principes généraux servent à fournir une solution satisfaisante aux litiges, malgré leur caractère abstrait. Des principes comme *pacta sunt servanda* et la bonne foi dominent, tandis que d'autres, tels que la responsabilité internationale ou la limitation des dommages prévisibles, en découlent. Ces principes, adaptés aux affaires internationales, structurent le droit du commerce international et sont appuyés par des initiatives comme les principes élaborés par Unidroit.

L'application des principes dans l'arbitrage international soulève la question de leur appartenance à un ordre juridique propre, un débat central autour de la *lex mercatoria*.

D – La question de la lex mercatoria

La lex mercatoria est un ensemble de normes qui repose sur une alliance de diverses sources, capables d'influencer les règles qui les alimentent ou prétendent les alimenter. L'étude de la *lex mercatoria* ne peut donc être dissociée de l'analyse des sources du droit du commerce international. Elle conduit à réexaminer la théorie des sources et à envisager des relations dynamiques entre ces différentes sources.

L'expansion spectaculaire du commerce international après la Seconde Guerre mondiale, à l'origine de la mondialisation, a dynamisé l'environnement mercantile. Cet examen des sources du droit du commerce international révèle que certaines, autrefois considérées comme mineures, ont pris une place prépondérante. Les pratiques commerciales se sont imposées plus facilement, influençant directement les contrats et les usages. L'arbitrage international, en plein essor et soutenu par des règles adaptées, a favorisé l'émergence de principes généraux, d'autant plus pertinents que les parties et les arbitres ont souvent délaissé en partie ou en totalité les lois nationales. Les organisations professionnelles, en phase avec les besoins de leurs membres, ont contribué à la création de règles efficaces, telles que les contrats-types et les conditions générales. Ces nouvelles sources représentent-elles un tout plus grand que la somme de leurs parties ?

La théorie de la *lex mercatoria* repose sur ce constat de son développement et de sa solidité. Il est aujourd'hui impossible d'affirmer que le commerce international est exclusivement régi par des lois étatiques, désignées par la règle du conflit de lois du juge, ou par des règles de droit international uniformes. Sur cette base, diverses conceptions de la *lex mercatoria* se sont développées, notamment grâce aux travaux de l'école de Dijon, synthétisés par B. Goldman. Ce dernier a observé que les contrats-types et les usages codifiés tirent leur force contraignante du principe *pacta sunt servanda*, ancré dans la "conscience d'une règle commune au commerce international". Quant à leur sanction, bien qu'elle diffère des mécanismes étatiques, elle est bel et bien présente, qu'elle soit morale, disciplinaire ou via la publicité des mesures. Concernant les usages, Goldman a mis en avant le rôle crucial des organismes professionnels dans leur élaboration, en rejetant l'idée d'une création spontanée pour y voir plutôt une reconnaissance formelle.
Le point central de la doctrine de Goldman réside dans la constatation que, bien que les arbitres se réfèrent souvent aux contrats-types et usages codifiés, ils doivent parfois s'appuyer sur des règles générales implicites. Ces règles, formant une sorte de "droit coutumier" du commerce international, sont difficilement dissociables du rôle créatif des arbitres. Goldman soulignait également que ces principes forment un droit "transnational", à la fois réceptacle des principes communs aux droits nationaux et creuset de règles spécifiques nécessaires au commerce international.

La juridicité de la lex mercatoria L'admission de la juridicité de la *lex mercatoria* implique d'adopter une vision pluraliste du droit, refusant à l'État le monopole de la production des normes. Le droit du commerce international démontre que la production étatique est concurrencée par d'autres sources comme les contrats et les pratiques commerciales. Ces sources, acceptées par les opérateurs commerciaux et reconnues par les sentences arbitrales, constituent la trame des relations juridiques internationales. Leur reconnaissance en dehors du milieu commercial est néanmoins essentielle, et en France, elle a été largement assurée. En effet, les juridictions françaises n'ont pas assimilé les sentences fondées sur la *lex mercatoria* à des décisions rendues en équité. La célèbre affaire Valenciana a confirmé que les arbitres peuvent appliquer la *lex mercatoria* lorsqu'aucun ordre juridique étatique n'est approprié.

La Cour de cassation a également reconnu qu'une sentence arbitrale fondée sur la *lex mercatoria* avait statué en droit. Le droit de l'arbitrage international actuel, de manière générale, permet aux arbitres de s'écarter des lois étatiques pour appliquer des "règles de droit", sans préciser leur nature. La *lex mercatoria* est ainsi régulièrement appliquée dans les sentences arbitrales, et a également été utilisée par le tribunal chargé de régler les différends entre l'Iran et les États-Unis. De plus, un arrêt récent de la Cour de Paris a approuvé l'application des Principes Unidroit en l'absence de choix explicite des parties.

La reconnaissance de la juridicité de la *lex mercatoria* l'a placée en concurrence avec d'autres sources. Cette situation présente des avantages et des inconvénients. La *lex mercatoria* peut être appliquée à un contrat international si les arbitres le décident ou si les parties l'ont souhaité. Toutefois, elle ne bénéficie pas d'une prééminence automatique face à d'autres règles, et les arbitres peuvent choisir d'appliquer une loi étatique. Cependant, la *lex mercatoria* reste une option valable pour fournir des solutions juridiques, bien que la question de savoir si elle constitue un ordre juridique à part entière reste débattue.

Contenu de la lex mercatoria La *lex mercatoria* est constituée de règles issues des contrats, des usages et des principes généraux du commerce international. Bien que ses sources soient variées, toutes ne font pas partie de la *lex mercatoria*. Par exemple, les règles issues de conventions internationales ou de lois étatiques, même si elles influencent le commerce international, ne sont pas intégrées à la *lex mercatoria*. Cette dernière, en revanche, fonctionne comme un centre de gravité autour duquel les règles les plus spécifiques du droit commercial international s'organisent. Des exemples notables incluent les Incoterms de la CCI, qui sont des règles transnationales adoptées par les opérateurs commerciaux et qui font partie intégrante de la *lex mercatoria*. Bien que certaines règles ne soient pas soumises à un contrôle de validité, elles doivent être adoptées par les contractants et arbitres pour être effectives. Quant aux règles émanant d'organismes internationaux, elles ne relèvent pas de la *lex mercatoria*, même si elles peuvent en partager certains aspects, comme on le voit avec la Convention de Vienne sur la vente de marchandises.

En définitive, ce droit spontané adapté aux besoins de la pratique, a une importance considérable en droit du commerce international, surtout dans le contexte actuel de mondialisation des échanges même s'il faut noter qu'en pratique, les clauses d'élection de droit portant directement sur la *lex mercatoria* sont rares.

E – les règles transnationales et les tentatives d'unification des règles matérielles du commerce international

Au-delà des règles de droit uniforme relevant du droit étatique, la question des règles transnationales de sous privée se pose.

1. Notion de règle transnationale

Une règle transnationale peut être définie comme une règle qui n'obéit pas aux exigences des ordres juridiques nationaux ou de l'ordre juridique international. Elle s'applique généralement à des types particuliers de relations juridiques internationales.

Deux caractéristiques essentielles se dégagent de ces règles. Premièrement, elles concernent des relations juridiques internationales qui échappent au contrôle d'un seul État en raison de leur nature transnationale. Deuxièmement, elles ne sont pas rattachées à un ordre juridique spécifique, mais plutôt à un espace global où elles s'imposent naturellement. Contrairement aux usages, ces règles ne relèvent pas d'un droit spontané.

Elles sont le fruit d'un processus délibéré de création collective, ce qui les distingue également des principes généraux.

Une autre caractéristique importante est la diversité de leurs auteurs. Ces règles peuvent être élaborées par des organismes publics ou privés, tels que la CNUDCI, Unidroit, l'OCDE, ou encore des acteurs non gouvernementaux comme la Chambre de commerce internationale (CCI), ainsi que des entreprises ou groupes de sociétés. Par ailleurs, ces règles appartiennent souvent au « droit souple ».

2. Catégories de règles transnationales

Les règles transnationales se regroupent principalement en deux grandes catégories : celles résultant d'un processus de codification et celles issues d'un processus de modélisation.

a. Règles transnationales découlant d'une codification

La codification ici est entendue comme une démarche innovante, où les règles sont élaborées de manière consciente par des entités identifiables. La codification repose généralement sur un socle préexistant, conférant une certaine légitimité à ces règles. Par exemple, la Chambre de commerce internationale codifie depuis longtemps les Incoterms et les règles du crédit documentaire. Ces règles, bien que basées sur des usages, ne se limitent pas à les reproduire. En effet, certaines obligations créées par ces codifications divergent de la pratique contractuelle dominante pour mieux servir les intérêts du commerce international. Un autre exemple réside dans les Principes Unidroit et les Principes du droit européen du contrat, élaborés par des experts neutres, issus de la communauté scientifique, qui tirent parti des enseignements du droit comparé et des pratiques commerciales.

b. Règles transnationales résultant de la modélisation

Bien qu'étroitement liée à la codification, la modélisation se distingue par son objectif de fournir des règles modèles « prêtes à l'emploi ». Ces règles ne sont pas directement applicables, mais servent de modèle à adapter selon les besoins. Le projet de principes et

règles transnationaux de procédure civile par l'American Law Institute et Unidroit en est un exemple.

Le droit modélisé se décline en plusieurs catégories. La première est le droit modélisé général, influençant le droit objectif, tel que les lois-types de la CNUDCI. La seconde regroupe des règles de conduite spécifiques à une communauté, comme les codes de conduite privés, souvent utilisés par des entreprises pour guider les comportements de leurs employés. Enfin, la troisième catégorie correspond au droit modélisé contractuel, illustré par les contrats-types élaborés par des organisations professionnelles, qui offrent un cadre contractuel adapté aux besoins des parties.

Dans ces trois situations, la volonté des destinataires joue un rôle essentiel dans l'application du droit modélisé. Par exemple, un État souverain peut choisir de transformer une loi-type en législation nationale. Dans le cas des codes de conduite, leur application dépend de leur adoption volontaire par les entreprises. Pour le droit contractuel modélisé, ce sont les parties qui décident de l'intégrer dans leur contrat.

3. Exemple : les « principes relatifs aux contrats du commerce international » dits « Principes Unidroit »

Ils ont été rédigés par une commission de juristes appartenant aux pays des deux principaux systèmes juridiques (*common law* et droit civil) et approuvés par le conseil de direction de l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit). Ils ont été publiés dans leur version française en 1994, renouvelés en 2004, essentiellement pour préciser ou commenter certains articles comme les contrats électroniques, puis de nouveau en 2010 ; une nouvelle édition a été adoptée dans l'objectif non pas de réviser la précédente mais de prendre en compte les questions spécifiques liées aux contrats à long terme. Cette quatrième édition est intitulée « Principes d'Unidroit 2016 relatifs aux contrats du commerce international » (Publication mai 2017) et comporte des variations mineures par rapport à la version de 2010.

Seules six dispositions ont été amendées, à savoir le Préambule et les articles 1.11, 2.1.14, 5.1.7, 5.1.8, et 7.3.7. En réalité, la plupart des changements sont relatifs aux commentaires, et plus particulièrement ceux concernant : le Préambule (amendements au Commentaire 2) et les articles 1.11 (ajout d'un nouveau Commentaire 3), 2.1.14 (amendements aux Commentaires 1-3 et ajout d'un nouveau Commentaire 4), 2.1.15 (amendement au Commentaire 2 et ajout d'un nouveau Commentaire 3), 4.3 (amendements au Commentaire 3 (devenu Commentaire 4) et ajout d'un nouveau Commentaire 3), 4.8 (amendements aux Commentaires 1-3), 5.1.3 (amendements au Commentaire (devenu Commentaire 1) et ajout d'un nouveau Commentaire 2), 5.1.4 (ajout d'un nouveau Commentaire 3), 5.1.7 (amendements aux Commentaires 2-3), 5.1.8 (amendements au Commentaire (devenu Commentaire 1) et ajout d'un nouveau Commentaire 2), 7.1.7 (ajout d'un nouveau Commentaire 5), 7.3.5 (amendements au Commentaire 3 et ajout d'un nouveau Commentaire 4), 7.3.6 (amendements au Commentaire 1), et 7.3.7 (amendements aux Commentaires 1-2).

Ils comportent dans leur version d'origine près de 120 articles (185 dans la version de 2004, 211 dans les versions de 2010 et 2016) présentés en 7 chapitres (11 chapitres dans la dernière version) et de dispositions générales ;

Ils constituent une compilation purement privée comparable par exemple aux *International commercial terms* ;

Ils ont vocation à devenir un Code des contrats internationaux car ils concernent presque l'ensemble des questions de droit des contrats ;

Ils s'appliquent à tout contrat en général et couvrent virtuellement tous les principaux sujets du droit général des contrats ;

Ils décident que certaines de ses règles sont « impératives ? », (par ex. l'obligation de se comporter de bonne foi ou encore les conditions de validité du contrat, sauf l'erreur, vice du consentement) alors que d'autres sont supplétives. Ce caractère impératif dépend toutefois du droit applicable au contrat ;

Ils sont fondées notamment sur le principe de la liberté contractuelle (art. 1.1), le principe de la « sauvegarde du contrat » (art. 3.3 et 7.3.1), le principe de bonne foi (art. 1.7) ou encore le principe de l'interdiction de se contredire (art. 1.8).

a. Contenu.

α – La formation du contrat

Ne sont pas traités notamment la capacité, le pouvoir de conclure un contrat ; sont expressément exclus l'objet et la cause (art. 3-1) ; c'est essentiellement le consentement qui fait l'objet de dispositions ;
Certaines dispositions sont conformes au droit français, notamment celles relatives à l'autonomie de la volonté, à la liberté contractuelle, à l'effet relatif des conventions, au consensualisme, à l'offre et l'acceptation, aux vices du consentement (à l'exception de l'erreur car les parties peuvent décider de la validité du contrat conclu par erreur). D'autres sont plus originales, notamment la nullité pour erreur qui est exclue si le préjudice résultant de l'erreur disparaît à l'initiative de celui contre qui l'erreur est invoquée, et la nullité qui se fait par simple notification.

β – Les effets du contrat

Les dispositions essentielles concernent notamment :

– la distinction entre les obligations de moyens et les obligations de résultat, à laquelle les Principes ajoutent les obligations implicites ;
– la grande liberté accordée aux parties dans la détermination du prix ;
– l'admission de la théorie de l'imprévision (*hardship*) ;
– la possibilité d'exécution forcée en nature, même pour les obligations de faire ;
– la possibilité de résolution pour inexécution sans action en justice ;
– l'obligation de minimiser le dommage.
La version de 2004 ajoute notamment la représentation (Chapitre 2, Section 2), les droits des tiers (Chapitre 5, Section 2), la compensation (Chapitre 8), la cession de créances, de dettes et de contrats (Chapitre 9).

b. – Force obligatoire des principes Unidroit

D'après les principes, les règles énoncées sont appelées à régir les contrats du commerce international. Elles s'appliquent :

- Lorsque les parties acceptent d'y soumettre leur contrat. Des clauses-types sur l'utilisation des principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international ont été élaborées par le Conseil de direction d'Unidroit en mai 2013 et publiées en la forme d'un petit ouvrage (sur l'ensemble de la question, v. B. Fauvarque-Cosson, *D.* 2013. 2037). Il y existe 11 clauses-types regroupés en 4 catégories : les clauses de choix des principes en tant que règles qui gouvernent le contrat, les clauses permettant l'incorporation au contrat des principes d'Unidroit, les clauses qui se réfèrent aux principes d'Unidroit pour interpréter et compléter la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises lorsque cette dernière a été désignée par les parties, et enfin les clauses qui se réfèrent aux Principes d'Unidroit pour interpréter et clarifier le droit national. Ces clauses-types sont les bienvenues et vont sans doute contribuer à faire connaître et mieux utiliser les principes Unidroit.

- Lorsque les parties acceptent que leur contrat soit régi par les principes généraux du droit ou la *lex mercatoria* ou par une formule proche.

Les principes Unidroit tirent leur force obligatoire de la volonté des parties au contrat du commerce international et dépendent de la loi applicable au contrat. Il s'agit, comme le précisent les clauses-types ci-dessus citées, d'une « codification dépourvue de force obligatoire » (« *non binding codification* ») ou d'un « *restatement* » de la partie générale du droit international des contrats. Ils ne s'imposent ni aux juges, ni aux arbitres, ni aux parties qui ne s'y sont pas référées. Ils ne sont donc pas des usages. Ils ont toutefois un rôle important dans la pratique contractuelle internationale.

Il convient de préciser que l'édition de 2010 des principes Unidroit comporte les dispositions suivantes
– Préambule (*inchangé*) ;
– Chapitre 1 : Dispositions générales (*inchangé*) ;
– Chapitre 2, Section 1 : Formation du contrat (*inchangée*), Section 2 : Pouvoir de représentation (*inchangée*) ;
– Chapitre 3, Section 1 : Dispositions générales (*contenant les anciens articles 3.1 [modifié], 3.2, 3.3 et 3.19 [modifié]*), Section 2 : Vices du consentement (*contenant les anciens articles 3.4 à 3.16, 3.17 [modifié], 3.18 et 3.20, et un nouvel article 3.2.15*), Section 3 : Illicéité (*nouvelle*) ;
– Chapitre 4 : Interprétation (*inchangé*) ;
– Chapitre 5, Section 1 : Contenu du contrat (*inchangée*), Section 2 : Droits des tiers (*inchangée*), Section 3 : Conditions (*nouvelle*) ;
– Chapitre 6, Section 1 : Exécution en général (*inchangée*), Section 2 : Hardship (*inchangée*) ;
– Chapitre 7, Section 1 : Inexécution en général (*inchangée*), Section 2 : Droit à l'exécution (*inchangée*), Section 3 : Résolution (*contenant les anciens articles 7.3.1 à 7.3.5, 7.3.6 (modifié) et un nouvel article 7.3.7*), Section 4 : Dommages-intérêts (*inchangée*) ;
– Chapitre 8 : Compensation (*inchangé*) ;
– Chapitre 9, Section 1 : Cession des créances (*inchangée*), Section 2 : Cession des dettes (*inchangée*), Section 3 : Cession des contrats (*inchangée*) ;
– Chapitre 10 : Délais de prescription (*inchangé*) ;
– Chapitre 11, Section 1 : Pluralité de débiteurs (*nouvelle*), Section 2 : Pluralité de créanciers (*nouvelle*).

CHAPITRE 2 LES ACTEURS DU COMMERCE INTERNATIONAL

SECTION 1 L'ÉTAT ET SES EMANATIONS

L'intervention de l'État dans la sphère du commerce international se fait soit directement, soit par l'intermédiaire de ses émanations, ces dernières pouvant être publiques ou même privées.

I – L'état opérateur du commerce international

A. Les lois de l'Etat

Depuis la fin de la seconde guerre mondiale, l'activité de l'État dans le commerce international n'a cessé d'augmenter.

Le fonctionnement du système commercial international repose en grande partie sur les lois des États. Ces lois visent souvent à réguler juridiquement des relations internes sans élément d'extranéité, telles que les obligations, les contrats civils et commerciaux, la propriété, les sûretés, le crédit, ainsi que les règles de protection des consommateurs ou des salariés, et les procédures collectives pour la liquidation ou le redressement des entreprises. Cependant, ces lois s'appliquent aussi aux relations économiques internationales, leur application étant déterminée par des règles de conflits de lois, lesquelles proviennent souvent des systèmes juridiques nationaux (ou européens pour les États membres de l'Union européenne).

En dehors de la désignation via une règle de conflit, certaines lois nationales peuvent également s'appliquer directement au niveau international par le biais des lois de police. Ces lois sont conçues pour répondre à des impératifs législatifs spécifiques au sein de l'ordre interne et peuvent être étendues aux relations internationales en fonction de critères propres. Par exemple, les lois protégeant les travailleurs ou les consommateurs sont fréquemment appliquées dans ce cadre.

Ces lois peuvent également, à l'inverse, avoir pour seul objectif la régulation directe et substantielle des relations économiques internationales, telles que la réglementation du commerce extérieur, les droits de douane, ou encore les mouvements de marchandises, de capitaux, et de services.

B. Les juridictions de l'État

L'action unilatérale des États s'étend également à l'activité de leurs juridictions dans les litiges liés au commerce international. Les États définissent les règles de compétence internationale de leurs tribunaux et peuvent créer des juridictions spécialisées, comme la Chambre commerciale internationale de la Cour d'appel de Paris. Ils fixent également les conditions régissant l'efficacité des décisions rendues par les tribunaux étrangers et des sentences arbitrales, qu'elles soient prononcées à l'étranger ou dans des contextes internationaux.

L'intervention des juridictions étatiques est cruciale dans le commerce international, car ces tribunaux abordent souvent les intérêts du commerce avec une finesse que les législateurs ne possèdent pas toujours. Par exemple, la Cour suprême des États-Unis a libéralisé sa jurisprudence concernant les clauses attributives de juridiction et l'arbitrabilité des litiges impliquant le droit de la concurrence. De même, la Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation ont depuis longtemps développé une jurisprudence créative, favorable aux intérêts du commerce international.

C. Les activités de l'Etat

1. Les activités de l'Etat en matière de commerce extérieur

L'action unilatérale des États s'exprime également par l'intervention des pouvoirs publics dans le domaine du commerce extérieur, notamment à travers des politiques de surveillance et de soutien aux exportations de biens et de services.

Depuis 1989, la France s'est engagée, dans le respect de ses engagements internationaux et européens, dans une politique de développement des exportations. Cela s'est manifesté par la Charte nationale pour l'exportation du 14 mars 1989, dont l'objectif était de coordonner les actions et les moyens des services publics ainsi que des organisations professionnelles et consulaires. Cette charte a conduit à la signature de conventions régionales, comme la mise en place du réseau français de liaison pour l'exportation, « Réflex-région ». La dernière version de la Charte pour l'exportation, datée du 12 juillet 2011, est restée en vigueur jusqu'au 31 décembre 2014. Aujourd'hui, elle a été remplacée par le « Plan de relance export », qui repose sur quatre volets : information aux entreprises exportatrices, prospection, soutien à la jeunesse via le dispositif V.I.E., et financements à l'exportation.

Les organes publics impliqués dans cette action sont divers, parmi lesquels :

– La Direction générale du Trésor, créée par un décret du 15 novembre 2004, qui a regroupé trois anciennes directions, dont la Direction des relations économiques extérieures (DREE). Initialement appelée « Direction générale du Trésor pour la politique économique », elle a été rebaptisée « Direction générale du Trésor » en mars 2010. Sa mission principale, développée également à l'échelon territorial, en plus de l'information qu'elle diffuse, est de mettre en œuvre la politique publique en matière de relations économiques extérieures et de développement international des entreprises.

Elle intervient notamment dans les domaines suivants : promotion des exportations, développement des investissements français à l'étranger et des investissements étrangers en France, ainsi que la gestion des accords commerciaux et des négociations multilatérales.

Elle également le responsable de la mise en œuvre des sanctions économiques de l'UE et des Nations Unies notamment la gestion des gels d'actifs de personnes visées par ces sanctions.

– *Business France* est l'Agence nationale au service de l'internationalisation de l'industrie française, créée par la fusion de l'Agence pour le développement international des entreprises (Ubifrance) et de l'Agence française pour les investissements (AFII). Cette fusion a été officialisée par l'ordonnance n° 2014-1555 et le décret n° 2014-1571, tous deux en date du 22 décembre 2014. Business France, un établissement industriel et commercial, est placé sous la tutelle du ministre de l'Économie et du secrétaire d'État au commerce extérieur. Ses missions couvrent l'exportation, le recrutement, et les investissements en France. En parallèle, Bpifrance, une banque publique, intervient en matière de financement, de prospection de marchés, d'assurance, et de sécurisation des investissements à l'étranger.

– La *Compagnie française d'assurance pour le commerce extérieur (Coface)*, fondée en 1946 comme société nationale, est désormais un organisme privé. Son rôle principal est de couvrir les risques financiers associés aux opérations sur les marchés étrangers. À ce titre, elle gère les garanties publiques à l'exportation pour le compte de l'État français. Coface propose une gamme de services d'assurance-crédit, couvrant des risques variés tels que le non-paiement et les risques politiques et commerciaux à court, moyen, ou long terme (Coface Global Solutions). Elle offre également des services de recouvrement de créances, de financement (notamment via la titrisation des créances et des cautions), ainsi que des solutions d'information et de notation d'entreprises.

Cette activité soulève des difficultés spécifiques relatives notamment :

– aux engagements pris par l'État dans un contrat conclu avec des partenaires privés : le contrat peut-il être stable ou équilibré alors que l'État a la puissance publique ? ;
– à la participation de l'État dans une procédure de règlement des litiges, par exemple un arbitrage mettant aux prises l'État et des partenaires privés.

Les difficultés les plus importantes sont relatives aux immunités de juridiction et d'exécution qui trouvent leur base en droit international public. On se limitera aux aspects relatifs au commerce international.

2 – L'immunité de juridiction

Le principe l'immunité internationale des États (*Cf. I. Prezas, Immunités internationales, J. class. Droit international, Fasc. 409-50, 2022, C. Kessedjian, Rép. int. Dalloz, V° Immunités, 2011*) assure un privilège de juridiction, dit « immunité de juridiction », qui soustrait les sujets du droit international (les États et les organisations internationales) à la juridiction nationale d'un État étranger.

Elle s'applique à un État, reconnu ou non, ses dirigeants, ses composantes (les entités fédérées, régions administratives, etc.) et les « émanations » de cet État, c'est-à-dire les établissements et organismes étatiques qui accomplissent des actes de souveraineté, ce qui rend la délimitation de ce principe assez délicat. Elle est d'ailleurs complétée par un principe d'immunité d'exécution qui fait obstacle à la mise en œuvre de mesures d'exécution civile sur des biens de ces États, notion elle aussi particulièrement délicate.

Parfois intégrée dans des droits nationaux, comme le *Federal Sovereign Immunities Act* (FSIA) aux États-Unis, depuis 1976, ou le *State Immunity Act* en Grande-Bretagne, depuis

1978, c'est en France une notion jurisprudentielle dont le principe fut posé en 1849 (*Cass. civ., 22 janv. 1849, Gouv. espagnol c/ Lambèze et Pujol, DP 1849, 1, p. 5 : « l'indépendance réciproque des États est l'un des principes les plus universellement reconnus du droit des gens ; que, de ce principe, il résulte qu'un gouvernement ne peut être soumis, pour les engagements qu'il contracte, à la juridiction d'un État étranger »*) même si, pour des nécessités pratiques, des immunités d'exécution figurent par exemple dans l'article L. 153-1 du Code monétaire et financier concernant les avoirs de banques centrales étrangères ou l'article L. 111-1 du Code des procédures civiles d'exécution, issu de la soi Sapin II du 9 décembre 2016.

L'ensemble repose sur des règles internationales coutumières (*in parem non habet imperium*), de droit international public reprises par la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens du 2 décembre 2004, ratifiée par la France en 2011, non encore entrée en vigueur mais parfois déjà considérée comme de droit coutumier, par la CEDH notamment (*CEDH, 23 mars 2010, Cudak c. Lituanie, n° 15869/02 ; CADH, 29 juin 2011, Sabeh el Leil c. France, n° 34869/05*).

La Convention des Nations unies sur les immunités entrera en vigueur après le dépôt du trentième instrument de ratification. La France l'a ratifié le 12 août 2011 (ratification autorisée par la loi n° 2011-734 du 28 juin 2011). En juillet 2017, la convention compte 28 États signataires et 21 États parties. Elle codifie le régime des immunités tant de juridiction que d'exécution, essayant de traduire les principes modernes relatifs aux immunités, dans le sens de la réduction de ces dernières.

Après avoir rappelé le principe de l'immunité de juridiction des États, la Convention indique dans une troisième partie les procédures dans lesquelles les États ne peuvent en principe pas invoquer l'immunité. Il s'agit notamment de celles relatives :

– aux contrats et transactions de caractère commercial conclus avec une personne physique ou morale étrangère (art. 10). Ce caractère commercial est apprécié en tenant compte de la nature du contrat ou de la transaction, mais aussi du but des parties (art. 2-2) ;

– aux contrats de travail conclus avec une personne physique pour un travail accompli, en totalité ou en partie, sur le territoire de l'autre État, sauf exception (art. 11) ;

– aux actions en réparation des atteintes à l'intégrité physique d'une personne ou des dommages aux biens causés par un acte ou une omission préjudiciable à l'État (art. 12) ;

– aux actions en matière de propriété, de possession et d'usage de biens immobiliers ou mobiliers situés sur le territoire de l'État du *for* (art. 13) ;

– aux actions concernant une propriété intellectuelle et industrielle bénéficiant d'une protection juridique dans l'État du *for* (art. 14) ;

– à la participation à des sociétés ou à d'autres groupements enregistrés ou constitués selon la loi de l'État du *for* et comprenant des parties autres que les États ou organisations internationales (art. 15) ;

– à l'exploitation des navires utilisés autrement qu'à des fins de service public non commercial (art. 16).

a – Les conditions de l'immunité de juridiction de l'État

i – La qualité de l'auteur de l'acte

Elle s'applique en principe aux :

– États étrangers ;
– démembrements organiques de l'État étranger (par exemple les services publics) qu'ils soient ou non dotés de personnalité juridique propre. S'ils le sont, ils en bénéficient s'ils ont agi sur ordre et pour le compte de l'État étranger (Civ. 1re, 19 mai 1976, *Rev. crit. DIP* 1977, p. 359, note H. Batiffol).

ii – La nature de l'acte concerné

Ce critère est fondamental : l'immunité de juridiction est accordée chaque fois que l'État a agi en tant que souverain. L'intervention croissante de l'État dans le commerce international nécessite quelques précisions.

Bénéficient de l'immunité de juridiction, les actes accomplis par l'État ou ses démembrements lorsqu'ils :

– sont qualifiés d'actes de puissance publique, par exemple une réquisition, expropriation ou nationalisation (Civ. 1re, 20 oct. 1987, *Rev. crit. DIP* 1988, p. 727, note P. Mayer) ou à défaut en présence de dispositions exorbitantes de droit commun (Civ., 2 mars 1966, *JCP* 1966. II. 14831, note M. Ancel). Ce critère objectif n'est pas celui qui soulève le plus de difficulté ;
– ont une finalité de service public, même si l'utilisation d'un contrat de droit privé n'exclut pas le bénéfice de l'immunité. Ainsi, la Cour de cassation décide que même si le transport ferroviaire était qualifié par la loi iranienne d'acte de commerce, la société iranienne de gaz accomplissait pour le compte de l'État iranien une mission de service public (Civ. 1re, 2 mai 1990, *Rev. crit. DIP* 1991, p. 140, 1re esp., note P. Bourel). Ce critère finaliste n'est pas facile à appréhender.

La jurisprudence n'a toutefois pas adopté une position très ferme.

Des arrêts ont exclu de l'immunité des activités de nature commerciale par exemple l'aval donné par une banque pour le compte d'un État étranger (Civ. 1re, 18 nov. 1986, *Rev. crit. DIP* 1987, p. 773, note H. Muir Watt).

Des arrêts de la Cour de cassation ont apporté d'utiles précisions.

D'une part, un arrêt d'une chambre mixte a semblé substituer aux deux critères ci-dessus cités le rattachement de l'acte litigieux à l'exercice de la souveraineté de l'État (Ch. mixte, 20 juin 2003, *École saoudienne de Paris*, *Bull. ch. mixte,* n° 4). La chambre mixte précise que « les États étrangers et les organismes qui en découlent ne bénéficient de l'immunité de juridiction qu'autant que l'acte qui donne lieu au litige participe par sa nature et sa finalité à l'exercice de la souveraineté de cet État et n'est donc pas un acte de gestion ». Son véritable apport semblait être un changement de méthode par rapport à la jurisprudence

antérieure, la chambre mixte examinant exclusivement l'acte litigieux. Il ressort de cet arrêt un rétrécissement du domaine de l'immunité de juridiction.

D'autre part, un arrêt de la chambre criminelle a au contraire semblé accroître ce domaine (Crim. 23 nov. 2004, *Bull. crim.* n° 292 ; *D.* 2005. Pan. 1197, obs. H. Chanteloup). Il a appliqué l'immunité de juridiction des États étrangers pour s'opposer aux poursuites de l'organisme maritime « Malta Maritime Authority » (émanation de l'État maltais qui avait délivré le certificat de navigabilité du fameux navire *Erika*, auteur de la pollution des côtes françaises en déc. 1999) aux motifs « que la coutume internationale, qui s'oppose à la poursuite des États devant les juridictions pénales d'un État étranger, s'étend aux organismes et entités qui constituent l'émanation de l'État, ainsi qu'à leurs agents, en raison d'actes qui, comme en l'espèce, relève de la souveraineté de l'État concerné ».

La Convention a confirmé l'exclusion des activités commerciales (art. 10) et ne prend pas position sur le critère de détermination de ce caractère commercial. Elle prévoit qu'il faut « en premier lieu » tenir compte de la nature de l'acte mais elle ajoute qu'il faudrait aussi, dans certaines conditions, prendre en considération le but poursuivi si les parties « en sont convenues, ou si, dans la pratique de l'État du *for*, ce but est pertinent pour déterminer la nature non commerciale du contrat ou de la transaction » (art. 2 § 2).

Aujourd'hui, la position de rétrécissement semble l'avoir l'emporté. Dans un arrêt de 2008, la première chambre civile de la Cour de cassation reprend la formule traditionnellement utilisée (V. par exemple Civ. 1re, 25 févr. 1969), modernisée par l'arrêt de la chambre mixte du 20 juin 2003 précité et décide d'exclure du domaine de l'immunité de juridiction un contentieux relatif à la matière réelle immobilière ne répondant pas au critère ci-dessus (Civ. 1re, 19 nov. 2008, n° 07-10.570, *Bull. civ. I*, *JCP* 2009. II. 10002, obs. L. d'Avout et L. Perreau-Saussine). Un arrêt récent confirme cette position de rétrécissement en excluant les actes relatifs aux conditions et à l'exécution du contrat de travail n'imputant aux salariés du consulat aucune responsabilité particulière dans l'exercice du service public ni prérogative de puissance publique (Soc. 21 janv. 2016, n° 14-22.698 et 14-22.702, *Rev. crit. DIP* 2017, p. 64, obs. A. Jeauneau).

La CJUE va dans le même sens. Elle décide, à propos d'un litige consécutif à la rupture d'un contrat de travail, que l'immunité ne s'oppose pas à l'action en justice du salarié fondé sur le règlement Bruxelles I, lorsque les fonctions exercées par ce travailleur ne relèvent pas de l'exercice de la puissance publique ou lorsque l'action judiciaire ne risque pas d'interférer avec les intérêts de l'État en matière de sécurité (CJUE, 19 juill. 2012, aff. C-154/11, *Mahandia*, *Rev. crit. DIP* 2013. 217, note E. Pataut).

Enfin, il ressort de l'analyse de la jurisprudence qu'elle recourt alternativement et même cumulativement aux critères objectif (formaliste) et finaliste ci-dessus présentés.

b – Les effets de l'immunité de juridiction

Lorsque les conditions sont réunies, en principe, l'immunité de juridiction entraîne une fin de non-recevoir (Civ. 1re, 20 oct. 1987, préc.).

Le juge devrait normalement être obligé de la soulever d'office même si la jurisprudence récente ne s'oriente pas vers cette solution. Elle décide que les immunités doivent être

invoquées par l'État étranger « qui s'y prétend fondé » (Civ. 1re, 12 oct. 1999, *JDI* 2000. 1036, note M. Cosnard).

c. La renonciation à l'immunité de juridiction

L'État peut renoncer au bénéfice de l'immunité de juridiction. Cette renonciation doit être certaine c'est-à-dire non équivoque.

Elle peut être expresse ou tacite, cette dernière hypothèse pouvant soulever des difficultés, par exemple en cas d'acceptation par un État étranger d'une clause attributive de juridiction comme l'illustre un arrêt de la cour de Paris dans lequel la présence d'une telle clause peut avoir pour conséquence la renonciation à l'immunité de juridiction (*Paris, 14e ch. A, 8 janv. 2003, D. 2003. IR. 530*).

Le même effet est attribué au consentement à une convention d'arbitrage (*Conv., art. 17*). Elle emporte renonciation à toutes les étapes de la procédure arbitrale (*Cf. Cass. civ. 1ère, 6 juill. 2000, Sté Creighton c/ État du Qatar, JDI 2000, p. 1055, note I. Pingel-Lenuzza ; JCP G 2001, II, 10512, note Ch. Kaplan et G. Cuniberti ; Rev. arb. 2001, p. 114, note Ph. Leboulanger ; RTD com. 2001, p. 400, obs. E. Loquin ; Bull. ASA 2000, 605 : « l'engagement pris par l'État signataire de la clause d'arbitrage d'exécuter la sentence dans les termes de l'article 24 du règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale impliquait renonciation de cet État à l'immunité d'exécution ». Adde : E. Gaillard, « Effectivité des sentences arbitrales, immunités d'exécution des États et autonomie des personnes morales dépendant d'eux. Réflexions sur trois principes incompatibles », Pedone, 2004, p. 119.V. depuis : Convention des Nations Unies sur les immunités, art. 17 : « si un État conclut par écrit un accord avec une personne physique ou morale étrangère afin de soumettre à l'arbitrage des contestations relatives à une transaction commerciale, cet État ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre État, compétent en l'espèce, dans une procédure se rapportant : a) à la validité, à l'interprétation ou à l'application de l'accord d'arbitrage; b) à la procédure d'arbitrage; ou c) à la confirmation ou au rejet de la sentence arbitrale, à moins que l'accord d'arbitrage n'en dispose autrement »*), à l'égard des arbitres, du centre d'arbitrage chargé d'en assurer l'administration et ses organes, du juge d'appui (*Cf. le célèbre arrêt État d'Israël c. National Iranian Oil Company : Cass. civ. 1ère, 1er févr. 2005, n° 01-13.742 et n° 01-15.237, RTD com. 2005, p. 266, note E. Loquin, D. 2005, p. 2727, note S. Hotte, Rev. crit. DIP 2006, p. 140, note Th. Clay*), du juge de l'annulation, de l'exequatur (*Cass. civ. 1ère, 18 nov. 1986, JDI 1987, p. 120, note B. Oppetit, Rev. arb. 1987, p. 149, note J.-L. Delvolvé, Rev. crit. DIP, 1987, p. 786, note P. Mayer, Cass. civ. 1ère, 11 juin 1991, JDI 1991, p. 1005, note E. Gaillard, Rev. crit DIP 1992, p. 331, note P.L.*) ou de l'exécution (*Paris, 30 mars 2011, n° 10/18825, Sté Strategic Technologies c/ Procurement Bureau of the Republic of China, Ministry of National Defence, inédit : « la signature par un État d'une clause d'arbitrage, vaut renonciation à son immunité de juridiction lorsque ledit État veut s'opposer au déroulement de l'arbitrage et /ou aux conséquences de celui-ci ; que tel n'est manifestement pas le cas ici puisque la République de Chine a toujours revendiqué le recours à l'arbitrage contractuellement prévu et refusé la saisine des juridictions étatiques », cité par I. Prezas, Immunités internationales, J. class. Droit international, Fasc. 409-50, 2022, n° 51, et in JDI, juillet 2013, comm. 9, note S. El Sawah et J. E. Vinuales. Sur le lien, non nécessaire entre renonciation à l'immunité de juridiction et renonciation à l'immunité d'exécution, cf. la séquence jurisprudentielle de l'arrêt Eurodif (Paris, 21 avr. 1982, République islamique d'Iran et a. c/ Stés Eurodif et Sodidif) et NML Capital (Cass. 1re civ., 28 mars 2013, nos 11-10.450, 11-13.323 et 10-25.938, NML Capital c/ Argentine) qui consacrait cette absence de lien et donc la nécessité de deux renonciations, à l'affaire Commisempex et aux dispositions de la loi Sapin II de 2016*). Peu importe alors la source de la convention d'arbitrage, une relation contractuelle ou un instrument international, ou la

forme de la renonciation qui peut être tacite, par exemple en comparaissant devant une juridiction, étatique, voire arbitrale, sans soulever son immunité de juridiction (*Cass. civ. 1ère, 30 juin 1993, JDI 1994, p. 156, note G. Burdeau (impossibilité pour le juge de soulever d'office l'immunité*).

Une autre exception repose sur la *gravité du comportement d'un État, ses dirigeants, ses agents ou ses émanations*, comprise comme la violation des règles du droit international impératif dit de *jus cogens* (*Cf. A. Bianchi, « L'immunité des États et les violations graves des droits de l'homme : la fonction de l'interprète dans la détermination du droit international », RGDIP 2004, p. 63, Ch. Tomuschat, « L'immunité des États en cas de violations graves des droits de l'homme », RGDIP 2005, p. 51, C. Focarelli, « Immunités et jus cogens : la dynamique du droit international et la fonction du jus cogens dans le processus de changement de la règle sur l'immunité juridictionnelle des États étrangers », RGDIP 2008, p. 769*), c'est-à-dire des violations particulièrement graves dont les violations des droits humains par des crimes de guerre (*Cf. D. Mainguy, Arbitrage et litiges de guerre, JDI 2024, p. 807*).

Cette exception est d'une portée potentiellement considérable : d'un point de vue moral, en effet, on ne voit guère comment un État pourrait échapper à ses obligations internationales impératives, dont l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des Traités de 1969 précise, de manière tautologique, qu'on ne peut déroger à ces règles.

D'un point de vue juridique, on se trouve face à un conflit de normes impératives du droit international public, en général tranché en faveur de l'immunité de juridiction, ce qui était la position traditionnelle française (*Cass. civ. 1ère, 16 déc. 2003, n° 02-45.961, Bucheron c/ République fédérale d'Allemagne, D. 2004, p. 925 ; RGDIP 2004, p. 259, note F. Poirat (action de travailleurs forcés en Allemagne), Cass. civ. 1ère, 2 juin 2004, n° 03-41.851, Gimenez-Exposito c/ République fédérale d'Allemagne et a., D. 2004, p. 2269, obs. P. Courbe et H. Chanteloup, Rev. crit. DIP 2005, p. 75, note H. Muir Watt*).

Cette position a semblé être altérée dans l'affaire de l'attentat du vol UTA dont la responsabilité de la Libye avait été établie. La Cour de cassation décidait en effet, bien que la demande de réparation contre la Libye ait échoué, que « à supposer que l'interdiction des actes de terrorisme puisse être mise au rang de norme de *jus cogens* du droit international, laquelle prime les autres règles du droit international et peut constituer une restriction légitime à l'immunité de juridiction, une telle restriction serait en l'espèce disproportionnée au regard du but poursuivi dès lors que la mise en cause de l'État étranger n'est pas fondée sur la commission des actes de terrorisme mais sur sa responsabilité morale » (*Cass. 1re civ., 9 mars 2011, n° 09-14.743, GIE La Réunion aérienne c/ Jamahiriya Arabe Libyenne, Rev. crit. DIP 2011, p. 385, avis P. Chevallier, p. 401, rapp. A.-F. Pascal, RGDIP 2012, p. 738, note A. de Nanteuil, JDI 2011, comm. 19, p. 953, note Ph. Delebecque et S. Adeline, D. 2011, p. 890, note I. Gallmeister/ Comp. CEDH, gde ch., 21 nov. 2001, n° 35763/97, Al-Adsani c/ Royaume-Uni, CEDH, 4e sect., 14 janv. 2014, n° 34356/06 et n° 40528/06, Jones et a. c/ Royaume-Uni, CEDH, 12 oct. 2021, no 11625/17, J.C. et a. c/ Belgique, JCP G 2021, 1134, note G. Gonzalez*). Ici donc, la violation des règles du *jus cogens* par la participation à la commission d'un acte terroriste n'était pas telle qu'elle aurait justifié la mise à l'écart de l'immunité de juridiction de la Lybie. Outre que cette affirmation est très discutable, il en résulte que, *a contrario*, la violation d'une norme du *jus cogens* pourrait justifier la mise à l'écart de son immunité. Ce serait d'ailleurs une appréciation originale du principe de proportionnalité entre deux règles de valeur égale, que de considérer que l'abri de l'immunité par un État ne résiste *jamais* à un

comportement que cet État doit ne pas effectuer. La loi américaine a d'ailleurs créé une exception en ce sens, dite « *terrorism exception* » en 1996, amendant le FSIA. Ce n'est cependant pas l'opinion dominante, à la lumière de l'arrêt Al-Adsani de la CEDH.

En outre, s'agissant des règles du droit international, la convention sur les immunités de 2004 qui a valeur de droit coutumier, prévoit, dans son article 12, qu'un État ne peut invoquer son immunité face à une action en réparation pécuniaire due à un acte ou à une omission prétendument attribuable à l'État, si cet acte ou cette omission se sont produits sur le territoire de cet État et si l'auteur de l'acte était présent dans cet État. Cette situation correspond au contentieux entre l'Italie et l'Allemagne pour des actions commises par le IIIe Reich en Italie, accompagnées de mesures d'exécution sur un bien allemand en Italie (*Cf. A. Ciampi, « L'immunité de l'État responsable de crimes internationaux devant les juridictions italiennes », AFDI 2008, p. 45. Adde : M. du Bouexic de Pinieux, Entreprise et dignité humaine, Th. Paris I, 2023).*

La CIJ, en 2012, dans cette affaire dite des *immunités juridictionnelles*, s'est contentée de considérer que les actes d'une armée étrangère étaient des actes régaliens (actes *de jure imperii*), peu important leur caractère licite ou illicite (*CIJ, 3 févr. 2012, Immunités juridictionnelles des États, Allemagne c/ Italie ; Grèce (intervenant), n° 60 et 77*), sans s'interroger sur l'exception territoriale de l'article 12 de la convention sur les immunités : « un État continue de jouir, dans le cadre d'instances civiles, de l'immunité à raison d'actes *de jure imperii* lorsque sont en cause des actes ayant entraîné la mort, un préjudice corporel ou un préjudice matériel commis par ses forces armées et autres organes dans le cadre d'un conflit armé, même lorsque les actes en question ont eu lieu sur le territoire de l'État du for, (…) [pratique] assortie de l'*opinio juris*, ainsi que l'attestent les positions de divers États et la jurisprudence d'un certain nombre de juridictions nationales, qui ont clairement indiqué qu'elles considéraient que le droit international coutumier exigeait de reconnaître l'immunité ».

Prise *in abstracto*, la formule est valide et on comprend les réticences des États à voir leurs actions *dans un conflit armé* faire l'objet d'actions incessantes, à ceci près qu'il s'agissait ici de violations *graves et systématiques* du droit des conflits armés par un État dont c'était l'idéologie même et la pratique. Cette circonstance de fond n'est cependant pas pour la CIJ de nature à rejeter l'immunité en tant exception procédurale de recevabilité : « *à supposer* (...) *que les règles du droit des conflits armés* qui interdisent de tuer des civils en territoire occupé ou de déporter des civils ou des prisonniers de guerre pour les astreindre au travail forcé *soient des normes de jus cogens* », ces règles n'entrent pas en conflit avec celles qui régissent l'immunité de l'État.

Il est évident que cette position est juridiquement intenable (*Cf. H. Muir Watt « Les droits fondamentaux devant les juges nationaux à l'épreuve des immunités juridictionnelles », Rev. crit. DIP 2012, p. 539 ; J. Chacornac, « Aporétique de la souveraineté au croisement des droits internationaux : pour la reconnaissance de l'exception de terrorisme en droit français des immunités, Ecrits sans esprit de système, Mélanges Ph. Delebecque, Dalloz 2024, à paraître. V. aussi A. Caro de Beer, Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens) and the Prohibition of Terrorism, Brill Nijhoff, 2019, qui établit l'existence d'une opinio iuris en faveur de la reconnaissance de l'interdiction du terrorisme comme une norme coutumière intégrée au jus cogens*) : les règles du droit international humanitaire et des conflits armés sont, indiscutablement, des règles de *jus cogens* et il n'est pas question d'y déroger et, dans la jurisprudence française par exemple, ces règles sont une loi de police intégrant la conception française de l'ordre public international (*Paris,*

5 oct. 2021, n° 19/16601, DNO Yemen, et a. C. Rep. du Yémen, Dalloz Actualité, 20 mai 2022, obs. J. Jourdan-Marques et V. infra, n° 54).

À défaut, c'est le principe même des articles 2 et 51 de la Charte qui est détourné : il est interdit d'utiliser la force armée, sauf exceptions, mais, si elle est utilisée illégalement par des moyens de *jus in bello* illégaux, alors il n'est plus très sûr (*« à supposer »*) que ces règles soient des règles de *jus cogens*. En Italie, du reste, la Cour constitutionnelle a considéré que la loi de 2013 adoptée pour donner effet à l'arrêt de la CIJ de 2012 était anticonstitutionnelle, se fondant sur le droit d'accès au juge et non sur la primauté à donner aux règles de *jus cogens*. L'arrêt de 2012 de la CIJ décrédibilise cette institution, substantiellement, si la question est encore de savoir ce qu'est et à quoi peut bien servir le *jus cogens*. Elle se pose avec d'autant plus d'acuité que la Cour de cassation a, en 2023, s'agissant de l'exequatur d'une décision de justice étatique américaine, considéré que le comportement d'un État visant à financer un organisation terroriste était un acte *de jure imperii* ce d'autant que, d'après la Cour, qui reprend les termes scandaleux de la CIJ : « *à supposer même que l'interdiction des actes de terrorisme puisse constituer une norme de jus cogens* du droit international de nature à constituer une restriction légitime à l'immunité de juridiction, ce qui ne ressort pas de l'état actuel du droit international, les circonstances de l'espèce ne permettaient pas qu'il soit fait une exception à cette immunité, dès lors que la condamnation de l'État iranien au paiement des dommages-intérêts prononcée par la juridiction américaine ne reposait pas sur la démonstration de l'implication directe de la République islamique d'Iran et de ses agents dans l'attentat, mais seulement sur le fondement de la responsabilité civile que cet État devrait supporter au titre de l'aide ou des ressources matérielles apportées au groupe ayant revendiqué l'attentat » (*Cass. civ. 1ère, 28 juin 2023, n° 21-19.766, Flatow c. Iran, D. 2023. 1267, Procédures 2023, n° 265, obs. Y. Strickler, RTD civ. 2023, p. 847, note F. Marchadier, JDI 2024, n° 2, Comm.9, p. 541, note I. Prezas. V. aussi, G. Cuniberti, « Flatow v. Iran. French Supreme Court Rules on Sovereign Immunity in Exequatur Proceedings », (en ligne sur le site de The European Association of Private International Law). En l'espèce, une décision américaine avait condamné l'Iran à des dommages et intérêts du fait de son soutien financier à une organisation terroriste responsable d'un attentat à Gaza ayant entraîné la mort d'un citoyen américain, Flatow (parmi les nombreux cas de ce type, cf. infra, n° 84), et cherchait à obtenir l'exequatur du jugement américain en vue de mesures d'exécution en France. Outre l'admission de l'immunité de juridiction, la Cour de cassation confirmait que, au stade de l'exequatur, l'exclusion de l'immunité de juridiction de l'État étranger par le jugement étranger à exequaturer ne participe pas de sa substance mais peut-être saisi, en tant que de fin de non-recevoir, par le juge français de l'exequatur*). C'est juridiquement inexact – le terrorisme est interdit comme son financement au moins depuis la Convention du 9 décembre 1999 pour la répression du financement du terrorisme – et politiquement indéfendable : c'est une licence offerte à toutes les activités malveillantes par des États peu sourcilleux de respect du *jus cogens*, y compris de guerre, par des « *proxies* » ou par eux-mêmes.

Cette « non-exception » à l'immunité apparaît comme une anomalie insupportable du droit international et il ne faudrait pas que l'on oppose la renonciation à l'immunité par le consentement à une convention d'arbitrage, et sa « non-renonciation » sur le fondement de l'indifférence au comportement de l'État, en considérant alors, dans un litige où serait discuté le comportement d'un État au regard de la violation de règles de *jus cogens*, que l'action, pour laquelle le tribunal arbitral serait compétent, serait dans le même temps non arbitrable en raison du caractère *de jure imperii* des actes litigieux. Il ne serait pas impossible que, dans pareil cas, un État fasse une distinction entre l'effet simplement *processuel* de sa renonciation à l'immunité de juridiction en raison de son consentement à l'arbitrage, lequel ne préjugerait pas de l'effet *substantiel* de son immunité de juridiction pour des actes

de jure imperii. L'État en effet, pour invoquer son immunité devant le juge ou la CEDH consent nécessairement, *processuellement*, à y participer, dans le seul but d'invoquer l'irrecevabilité de la demande, en arguant, au soutien au fond de cette exception, son immunité. À moins que, au contraire, cette ambivalence permette à un arbitre de considérer sa compétence, et rejeter l'exception d'immunité de comportement, au risque de la critique ensuite de sa sentence.

La renonciation à l'immunité de juridiction n'entraîne par ailleurs aucune conséquence sur l'immunité d'exécution.

3 – L'immunité d'exécution

La loi « Sapin II » du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique a institué un régime légal de l'immunité d'exécution contre les biens des États étrangers, en soumettant les mesures d'exécution en France visant les biens d'un État étranger à une autorisation préalable d'un juge de l'exécution (CPC ex., art. L. 111-1-1 et L. 111-1-2) et à la condition de la renonciation par l'État concerné à l'immunité d'exécution pour ce qui concerne les biens diplomatiques, renonciation dont les conditions sont renforcées et, réciproquement, les possibilités d'exécution réduites.

– Avant la loi Sapin II, la jurisprudence proposait un régime beaucoup plus libéral, soumettant les mesures d'exécution contre les biens d'un État étranger en France, dans un premier temps, à la double condition que l'État y ait renoncé, de manière « expresse et spéciale » (c'est-à-dire portant sur des biens contractuellement déterminés par cet État : *Cass. 1re civ., 28 sept. 2011, n° 09-72.057, NML Capital c/ Argentine : JDI 2012, comm. 9, p. 668, G. Cuniberti ; Gaz. Pal. 28 févr. 2012, n° 59, p. 14, note Cl. Brenner ; Rev. crit. DIP 2012, p. 124, note H. Gaudemet-Tallon. – Cass. 1re civ., 28 mars 2013, nos 11-10.450, 11-13.323 et 10-25.938, NML Capital c/ Argentine : D. 2013, p. 1728, note D. Martel ; JDI 2013, comm. 10, p. 899, note G. Cuniberti ; RDC 2013, p. 1485, note M. Laazouzi ; Rev. crit. DIP 2013, p. 671, note H. Muir Watt ; Rev. arb. 2013, p. 989, note L. Franc-Menget. – Cass. 1re civ., 5 mars 2014, n° 12-22.406, Romak c/ Ouzbékistan : D. 2014, p. 1466, A. Leborgne. Adde Ph. Leboulanger, La renonciation à l'immunité d'exécution : désordre ou pragmatisme ?, in Mél. P. Mayer, LGDJ, 2015, p. 455. – D. Cohen, Immunité d'exécution des États et arbitrage international, LGDJ, 2015, p. 159*), puis même sans renonciation spéciale ni affectation particulière des biens (et donc éventuellement contre des biens relevant de missions diplomatiques ou consulaires : *Cass. 1re civ., 13 mai 2015, n° 13-17.751, Commissions Import Export (Commisimpex) c/ Congo : D. 2015, p. 1908, obs. I. Gallmeister, p. 1936, note S. Bollée, p. 2031, obs. L. d'Avout, p. 2588, obs. Th. Clay ; JCP G 2015, 759, note M. Laazouzi ; Rev. crit. DIP 2015, p. 653, note H. Muir Watt*), c'est-à-dire en adoptant une position assez souple s'agissant de l'exécution forcée contre des biens d'États étrangers (validant notamment les renonciations contenues dans un règlement d'arbitrage), considérée comme plus libérale que la position d'autres États similaires. Échappaient – et échappent encore – à l'immunité d'exécution en l'absence de renonciation tous, mais uniquement, les biens affectés à une activité économique ou commerciale relevant du droit privé à l'origine de la demande en justice, à la différence donc de biens affectés à une mission étatique (*Comme un chasseur des forces aériennes russes exposé au salon international du Bourget, peu important qu'il ne soit pas armé (TGI Bobigny, JEX, 2 juill. 2003, n° 01/06987, Russie c/ Sté Noga, inédit, cité par J. Vinuales, comm. ss déc. TIDM, 15 déc. 2012 : JDI 2013, comm. 9*).

– Apports de la loi Sapin II. La loi Sapin II revient donc très clairement sur cette position libérale notamment à travers l'exigence d'une autorisation préalable du juge de l'exécution. En d'autres termes, le créancier qui dispose d'une sentence arbitrale revêtue de l'*exequatur* ne peut pas, contrairement aux principes du droit de l'exécution, procéder aux mesures d'exécution qu'il jugerait utiles, mais doit demander l'autorisation du juge de l'exécution pour y procéder. Il en résulte qu'un tel créancier devrait donc, en premier, obtenir l'*exequatur*, puis l'autorisation du juge de l'exécution, puis enfin se soumettre éventuellement au contrôle de la régularité des mesures prises, si l'autorisation est donnée. Le mécanisme est censé transposer les conditions de la règle de l'immunité d'exécution des États posées par la Convention des Nations unies du 2 décembre 2004 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, ratifiée par la France mais non encore entrée en vigueur faute de ratifications suffisantes, quand bien même celle-ci ne prévoit pas une telle autorisation.

L'article L. 111-1-2 du Code des procédures civiles d'exécution prévoit alors que l'autorisation ne peut être donnée que lorsque l'une des trois conditions posées est remplie (qui ne sont donc pas cumulatives) :

– l'État étranger a expressément consenti à l'application d'une telle mesure (*cf.* aussi Conv. Nations unies, 2 déc. 2004, art. 7, qui précise qu'il peut s'agir d'un consentement *via* un accord international, un contrat écrit ou une déclaration faite devant un juge), ce qui suscite la question de la renonciation à l'immunité d'exécution par l'État et la forme, la nature et la portée de celle-ci ;

– l'État étranger a réservé ou affecté ce bien à la satisfaction de la demande qui a fait l'objet de la procédure ;

– ou encore lorsqu'un jugement ou une sentence arbitrale a été rendu contre l'État étranger et que le bien de cet État soumis à la mesure d'exécution est « spécifiquement utilisé ou destiné à être utilisé par cet État autrement qu'à des fins de service public non commercial » et entretient un lien avec « l'entité contre laquelle la procédure a été intentée ».

Le mécanisme français est donc plus restrictif que le texte de la Convention des Nations unies qui précise en outre que l'immunité d'exécution ne peut être invoquée lorsque l'État étranger a lui-même intenté cette procédure ou y est intervenu ou y a participé de quelque façon que ce soit sauf bien entendu s'il participe précisément pour invoquer son immunité ou fait valoir un droit à l'égard d'un bien objet d'une procédure d'exécution (Conv. Nations unies, 2 déc. 2004, art. 7).

En outre, il convient de préciser que si les dispositions de la loi « Sapin II » n'ont pas vocation à s'appliquer aux litiges nés avant son entrée en vigueur, la Cour de cassation a considéré que « compte tenu de l'impérieuse nécessité, dans un domaine touchant à la souveraineté des États et à la préservation de leurs représentations diplomatiques, de traiter de manière identique des situations similaires, l'objectif de cohérence et de sécurité juridique impose de revenir à la jurisprudence confortée par la loi nouvelle » (*Cass. 1re civ., 10 janv. 2018, n° 16-22.494. – Cass. 1re civ., 24 janv. 2018, n° 16-16.511 : Gaz. Pal. 24 juill. 2018, n° 309j7, p. 22, note D. Bensaude : « Attendu, cependant, que la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 a introduit, dans le Code des procédures civiles d'exécution, deux nouvelles dispositions ; que, selon l'article L. 111-1-2 de ce code, sont considérés comme spécifiquement utilisés ou destinés à être utilisés par l'État à des fins de service public non commerciales les biens, y compris les comptes bancaires, utilisés ou destinés à être utilisés dans l'exercice des fonctions de la mission diplomatique de l'État ou de ses postes consulaires ; qu'aux termes de l'article L. 111-1-3, des mesures conservatoires ou des mesures d'exécution forcée ne peuvent être mises en œuvre sur les biens, y compris les comptes bancaires, utilisés ou destinés à être utilisés dans l'exercice des fonctions de la mission diplomatique des États étrangers ou de*

leurs postes consulaires, de leurs missions spéciales ou de leurs missions auprès des organisations internationales qu'en cas de renonciation expresse et spéciale des États concernés ; Attendu que ces dispositions législatives, qui subordonnent la validité de la renonciation par un État étranger à son immunité d'exécution, à la double condition que cette renonciation soit expresse et spéciale, contredisent la doctrine isolée résultant de l'arrêt du 13 mai 2015, mais consacrent la jurisprudence antérieure (Cass. 1re civ., 28 sept. 2011, n° 09-72.057. – Cass. civ., 28 mars 2013 (2 arrêts), nos 10-25.938 et 11-10.450) ; que certes, elles concernent les seules mesures d'exécution mises en œuvre après l'entrée en vigueur de la loi et, dès lors, ne s'appliquent pas au présent litige ; que, toutefois, compte tenu de l'impérieuse nécessité, dans un domaine touchant à la souveraineté des États et à la préservation de leurs représentations diplomatiques, de traiter de manière identique des situations similaires, l'objectif de cohérence et de sécurité juridique impose de revenir à la jurisprudence confortée par la loi nouvelle »).

– Biens concernés. La troisième condition, qui vise les biens concernés par l'immunité d'exécution est celle qui pose et posera sans doute le plus de difficultés. L'article L. 111-1-2, 3° du Code des procédures civiles d'exécution vise certains biens pouvant bénéficier de l'immunité d'exécution :

– les comptes bancaires utilisés dans le cadre des fonctions de la mission diplomatique ou consulaire de l'État, de ses missions internationales ou de ses délégations dans des organes internationaux ;

– les biens de caractère militaire ;

– les biens faisant partie du patrimoine culturel de cet État ou de ses archives ;

– les biens faisant l'objet d'une position d'intérêt scientifique, culturel ou historique, les créances fiscales ou sociales de cet État ;

– les biens diplomatiques qui bénéficient en outre d'une immunité autonome (CPC ex., art. L 111-1-3).

Tous les autres biens – et cet ensemble ne recouvre pas la distinction du droit administratif français entre le patrimoine public ou privé de l'État – ne sont donc pas soumis à la renonciation.

La mesure se présente comme une règle d'exception, en ce sens que toute personne qui engage son patrimoine dans un contrat ou un litige doit en répondre, à moins qu'une règle, comme celle relative à l'immunité d'exécution, vise à protéger certains biens des États, ceux qui sont affectés à une mission de souveraineté, dans le but de garantir l'exercice de cette souveraineté. Dans cette situation, le terme « affecté » pourrait poser difficulté, dans la mesure où l'affectation peut être naturelle (les locaux d'une ambassade), légale (les biens militaires) ou volontaire. On peut penser que l'esprit du texte vise à exclure les affectations volontaires, dès lors que les biens concernés s'écarteraient de la liste de l'article L. 111-1-2 du Code des procédures civiles d'exécution.

Il l'exclut d'autant plus que les biens visés doivent entretenir un lien avec la procédure intentée : un tel lien est en principe identifié dès lors que la procédure est engagée contre un État et qu'il s'agit d'obtenir l'exécution d'une sentence prononcée contre cet État. À défaut, il faudrait une démonstration impossible par le requérant ; à l'inverse, il serait sans doute frauduleux, pour l'État, de se soustraire à ses obligations par une affectation artificielle de certains de ses biens. Par exemple, des immeubles acquis par un État pour loger du personnel, même diplomatique (*Cf. Cass. 1re civ., 25 janv. 2005, n° 03-18.176. – Cass. 1re civ., 19 nov. 2008, n° 07-10.570 (personnel militaire*), ne sont pas des biens affectés à une mission de souveraineté.

En revanche, la question se pose des sommes, valeurs, titres et biens détenus par un fonds d'investissement souverain. Il appartient alors à celui qui entreprend des mesures d'exécution contre un tel fonds, de démontrer ou bien que ce fonds, et donc les valeurs dont il est propriétaire, ne sont pas des émanations de l'État, par exemple parce que le fonds dispose d'une véritable autonomie d'action par rapport à l'État et à défaut, l'absence d'indépendance organique et fonctionnelle du fonds en fait une émanation de l'État *(Paris, 5 sept. 2019, n° 18/17592, AL-Kharafi c/ LIA et LAFICO : Gaz. Pal. 19 nov. 2019, p. 24, note D. Bensaude. Dans cette affaire, une sentence avait condamné la Libye à payer une somme de 1,5 milliard de dollars à une société koweitienne. Cette dernière avait obtenu l'exequatur de la sentence en France et avait obtenu la saisie de sommes détenues par une banque française appartenant à la Libyan Investment Authority (LIA) et la Libyan Arab Foreign Investement Company (LAFICO). Or la cour d'appel avait considéré que la LIA et la LAFICO étaient dépourvues d'indépendance organique de sorte que les biens objets de la saisie faisaient partie du patrimoine de l'État*) ou bien, dans ce dernier cas, que ces biens ne sont pas spécifiquement utilisés ou destinés à être utilisés à des fins de services publics non commerciales, ce qui est le cas de biens, titres ou valeurs d'un fonds souverain.

La question se pose encore des immeubles d'un État, qui ne seraient pas affectés à une mission étatique, de certains meubles, dont les créances d'un État à l'endroit d'un tiers. C'est également le cas des biens affectés à une activité économique « ordinaire », civile, agricole ou commerciale, La question se pose ainsi de savoir si la renonciation s'impose dans le cas de mesures réalisées visant les créances dues par un tiers à l'État : une distinction peut s'imposer entre des créances relevant de la matière civile ou commerciale ou des sommes relevant de la catégorie des ressources d'un État, comme des redevances d'une concession.

– Renonciation à l'immunité d'exécution. L'essentiel de la jurisprudence se concentre sur cette question et sur la forme que doit revêtir la renonciation d'un État à l'immunité d'exécution, qui doit être expresse et spéciale. Avant la loi Sapin II, la jurisprudence avait abaissé le niveau d'exigence de la forme de la renonciation qu'elle avait posée préalablement dans un arrêt de 2015 (*Cass. 1re civ., 13 mai 2015, Commissions Import Export (Commisimpex) c/ Congo, préc. V. ensuite, TJ Paris, JEX, 25 juin 2020, n° 16/00166 : D. 2020, p. 2484, obs. Th. Clay, ordonnant la levée d'une saisie sur des biens appartenant à la République du Congo en raison de l'immunité d'exécution dont jouit celle-ci*), n'exigeant qu'une renonciation spéciale, se prononçant dans une affaire dans laquelle un deuxième arrêt, rendu en 2018, après l'entrée en vigueur de la loi « Sapin II » donc, et exigeant, à nouveau, une renonciation expresse et spéciale (*Cass. 1re civ., 10 janv. 2018 : D. 2018, p. 541, note B. Haftel, p. 966, obs. F. Jault-Seseke, p. 1223, obs. A. Leborgne, p. 1934, obs. L. d'Avout, p. 2448, obs. Th. Clay ; JCP G 2018, 157, n° 9, obs. C. Nourissat, 294 et 295, concl. N. Ancel et note M. Laazouzi, 687, § 5, obs. J. Morel-Maroger ; Rev. crit. DIP 2018, p. 315, note D. Alland ; RTD civ. 2018, p. 353, obs. L. Usinier et P. Deumier ; Rev. arb. 2018, note D. Cohen. Adde Cass. 1re civ., 24 janv. 2018 ; D. 2018, p. 1934, obs. L. d'Avout, p. 2448, obs. Th. Clay ; JCP G 2018, 687, n° 5, obs. J. Morel-Maroger ; JDI 2018, p. 570, obs. J.-S. Bazille et R. Bismuth*). Dans cette affaire la société *Commisimpex*, en litige avec la République du Congo, avait, sur la base d'une convention d'arbitrage qui prévoyait que l'État renonçait à toute immunité, y compris d'exécution, obtenu une sentence qu'elle entendait faire exécuter sur des comptes d'une mission diplomatique à Paris et à l'UNESCO. Or, si l'arrêt de 2015, fondé sur le « droit coutumier international », n'exigeait qu'une renonciation expresse, il renvoyait ce faisant à l'article 19, *a)* de la Convention des Nations unies sur les immunités du 17 janvier 2005 (*CEDH, 23 mars 2010, n° 15869/02, Cudak c/ Lithuanie, § 64 et s. : AJDA 2010, 2362, chron. J.-F. Flauss ; RFDA 2011, 987, chron. H. Labayle et F. Sudre*). C'est donc pour se conforter au texte de la loi « Sapin II » que l'arrêt de 2018 exigeait, contrairement

aux règles internationales rappelées dans l'arrêt de 2015, une renonciation expresse et spéciale. Or la jurisprudence considère désormais que l'arrêt de 2018, en tant qu'il revient sur celui de 2015, assure l'application immédiate, y compris aux litiges nés avant la loi « Sapin II », de ses dispositions. Une renonciation expresse et spéciale s'impose donc, renforçant l'immunité d'exécution sur les biens des États et, inversement, rendant plus difficile l'exécution sur ces biens.

À bien des égards, il convient donc de distinguer selon les biens visés et ce depuis l'entrée en vigueur de la loi Sapin II. Si en effet, avant la loi Sapin II de 2016, on pouvait concevoir que la jurisprudence rendue en la matière pouvait sembler affectée d'un certain flou, s'agissait des caractères de la renonciation de l'État (*Cf. Cass. 1re civ., 28 sept. 2011, n° 09-72.057 : D. 2011, p. 2412 ; Rev. crit. DIP 2012, 124, note H. Gaudemet-Tallon (condition de spécialité réservée aux biens diplomatiques). – Cass. 1re civ., 28 mars 2013, nos 11-10.450, 10-25.938 : D. 2013, p. 1728, note D. Martel, p. 1574, obs. A. Leborgne, et p. 2293, obs. S. Bollée ; Rev. arb. 2013, 989, note L. Franc-Menget ; RDC 2013, 1845, note M. Laazouzi (généralisation à tous les biens de l'État). – Cass. 1re civ., 13 mai 2015, préc. (renonciation expresse y compris pour des biens diplomatiques). – Cass. 1re civ., 10 janv. 2018 (application de la loi Sapin II*), sans doute en raison des différences existant entre les règles internationales et l'absence de règle légale interne, les choses sont plus nettes depuis. La renonciation expresse et spéciale à l'immunité d'exécution n'est exigée de manière expresse que lorsque l'État y renonce s'agissant de biens diplomatiques (*CPC ex., art. L. 111-1-3 : « Des mesures conservatoires ou des mesures d'exécution forcée ne peuvent être mises en œuvre sur les biens, y compris les comptes bancaires, utilisés ou destinés à être utilisés dans l'exercice des fonctions de la mission diplomatique des États étrangers ou de leurs postes consulaires, de leurs missions spéciales ou de leurs missions auprès des organisations internationales qu'en cas de renonciation expresse et spéciale des États concernés »*), de sorte que pour les autres biens (et notamment les biens non diplomatiques mais de souveraineté), la renonciation ne devrait être qu'expresse (*Paris, 5 sept. 2019, préc. « Il convient, cependant, d'examiner, en premier lieu, l'existence d'une renonciation de l'État libyen à son immunité d'exécution, laquelle, s'agissant de biens dont il n'est pas discuté qu'ils ne sont pas utilisés ou destinés à être utilisés dans l'exercice de sa mission diplomatique, doit être, contrairement à ce qu'a retenu le premier juge, expresse et non pas expresse et spéciale, la nature des biens n'ayant à être examinée qu'en l'absence de renonciation expresse à l'immunité d'exécution »*).

– Renonciation « expresse ». Reste à mesurer la nature d'une renonciation « expresse ». Or, on observe qu'une telle renonciation est souvent précisée dans la convention d'arbitrage, dans un règlement d'arbitrage auquel la clause fait référence, voire dans le contrat litigieux lui-même ou dans un accord bilatéral d'investissement. Toutefois, comme le précise un arrêt du 5 septembre 2019, l'article 19 de la Convention des Nations unies, du 2 décembre 2004 sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens, non entrée en vigueur, mais ratifiée par la France, convention qui reflète le droit international coutumier et dont les dispositions pertinentes ont été transposées par la loi Sapin II, dispose « qu'aucune mesure de contrainte postérieure au jugement, telle que saisie, saisie-arrêt ou saisie-exécution, ne peut être prise contre des biens d'un État en relation avec une procédure intentée devant un tribunal d'un autre État excepté si et dans la mesure où : *a)* L'État a expressément consenti à l'application de telles mesures dans les termes indiqués : i) Par un accord international ; ii) Par une convention d'arbitrage ou un contrat écrit ; (…) », de sorte que l'engagement pris d'exécuter immédiatement une sentence arbitrale n'est pas équivalent à une renonciation expresse, dépourvue d'incertitude et d'équivoque. Dès lors, la clause, dans un contrat d'investissement, selon laquelle un État s'engage à exécuter les sentences arbitrales rendues au bénéfice d'un investisseur n'est pas équivalente à une telle renonciation (*Paris, 6 nov. 2013, n° 13/11017, Polo Garments Majunga*

c/ Madagascar : JurisData n° 2013-025372. – Paris, 5 sept. 2019, préc.), à la différence de la jurisprudence antérieure (*Cass. 1re civ., 6 juill. 2000, n° 98-19.068, Creighton (sté) c/ Qatar : D. 2001, p. 2139, note J. Moury ; RTD com. 2001, p. 409, obs. E. Loquin ; Rev. arb. 2001, p. 114, note P. Leboulanger*). De même la clause dans la Charte de l'énergie, renvoyant au règlement de la CCI, fondement d'un arbitrage par laquelle les parties s'engagent à exécuter les sentences sans délai et renoncent à toutes voies de recours, ne vaut pas renonciation (*Paris, 15 févr. 2018, n° 17/1908, Rép. Kazakhstan*). Il en faut donc plus et ce sera là encore affaire de circonstances et en fonction du cas d'espèce.

– Récapitulatif. De cet ensemble, dans lequel se mêlent des éléments complexes liés à l'application immédiate de la loi « Sapin II » mais aussi des éléments de fond liés aux trois conditions de l'article L. 111-1-2 du Code des procédures civiles d'exécution, on peut tirer une méthode. Il convient en effet, pour qu'une mesure d'exécution contre des biens d'un État soit possible, que l'État y ait consenti, de manière expresse (ou spéciale et expresse pour des biens diplomatiques) ou que les biens soient réservés à la satisfaction de la demande, ou encore que ces biens de l'État ne soient pas affectés à une mission de souveraineté, c'est-à-dire qu'ils soient « spécifiquement utilisés ou destinés à être utilisé par cet État à des fins de service public non commercial » et entretiennent un lien avec « l'entité contre laquelle la procédure a été intentée ».

– Immunité d'exécution, loi « Sapin II », dispositions « anti-fonds vautours ». L'article 60 de la loi « Sapin II » a en outre créé de nouvelles règles s'agissant de l'exécution forcée à l'encontre des biens d'un État étranger à l'initiative du détenteur d'un titre de créance mentionné à l'article L. 213-1, A du Code monétaire et financier ou de tout instrument ou droit de l'article L. 211-41 de ce code présentant des caractéristiques analogues à celles d'un titre. Derrière ce vocabulaire technique on découvre, par exception aux articles L. 111-1-1 et suivants du Code des procédures civiles d'exécution, l'impossibilité pour le juge de l'exécution d'autoriser une mesure d'exécution forcée sur un bien d'un État étranger de façon à empêcher certains fonds, dits « vautours », d'acquérir des créances exigibles contre des États en situation de difficulté financière puis de saisir les biens de cet État, à l'étranger pour autant que certaines conditions techniques sont rassemblées (*« 1° L'État étranger figurait sur la liste des bénéficiaires de l'aide publique au développement établie par le comité de l'aide au développement de l'Organisation de coopération et de développement économiques lorsqu'il a émis le titre de créance ; 2° Le détenteur du titre de créance a acquis ce titre alors que l'État étranger se trouvait en situation de défaut sur ce titre de créance ou avait proposé une modification des termes du titre de créance ; 3° La situation de défaut sur le titre de créance date de moins de quarante-huit mois au moment où le détenteur du titre de créance sollicite du juge une ordonnance sur requête l'autorisant à pratiquer une mesure d'exécution forcée ou une mesure conservatoire, ou la première proposition de modification des termes du titre de créance date de moins de quarante-huit mois au moment où le détenteur du titre de créance sollicite du juge une ordonnance sur requête l'autorisant à pratiquer une mesure d'exécution forcée ou une mesure conservatoire, ou une proposition de modification, applicable au titre de créance, a été acceptée par des créanciers représentant au moins 66 % du montant en principal des créances éligibles, indépendamment du seuil requis, le cas échéant, pour l'entrée en vigueur »*), faisant écho aux procédures engagées notamment contre l'Argentine.

SECTION 2 LES OPERATEURS PRIVES, LES SOCIETES COMMERCIALES

La situation des sociétés soulève des difficultés. Une distinction doit être effectuée entre les sociétés indépendantes ou isolées et les sociétés faisant partie d'un groupe. Une place particulière doit être réservée à la société européenne. On laissera de côté les sociétés véritablement internationales qui ont pour base un traité entre États. Elles peuvent avoir une personnalité morale internationale, conférée par le traité qui leur a donné naissance (Banque mondiale par exemple). Le droit applicable à de telles sociétés peut être le droit international ou même celui d'un État en fonction du traité ou de l'accord international qui l'a institué.

I. Les sociétés indépendantes ou isolées : la loi applicable aux sociétés

Agissant dans le commerce international, les sociétés indépendantes sont confrontées aux questions de conflit de lois.

A – La détermination de la loi applicable aux sociétés indépendantes, la *lex societatis*

En principe, toute société est soumise à la loi d'un État et d'un seul. Il serait très curieux qu'une société puisse être soumise à deux lois différentes, simplement parce qu'elle développe ses activités sur ces deux territoires.

La *lex societatis* n'est donc pas seulement la loi applicable à un acte ou à un fait juridique déterminé ; elle est la loi applicable *en permanence* à la société, à fois pour ses organes et pour les tiers.

Aucune règle de conflit universelle de lois n'existe et deux grandes solutions se présentent celle de l'incorporation et celle du siège social réel.

1. L'incorporation

Ce critère de rattachement prend comme élément déterminant le droit de l'État dans lequel les sociétés ont rempli les formalités de constitution. Il repose sur l'idée que chaque société se forme dans le cadre d'un système juridique choisi par ses fondateurs. Les statuts de la société vont ainsi désigner le pays où sera situé le siège statutaire de la société.

Ce critère présente plusieurs avantages :

- Il respecte la volonté des fondateurs, ne leur imposant que de se soumettre aux exigences du droit local.
- Il est facilement identifiable.
- Il est stable, car il n'est affecté que par des changements volontaires, qui restent rares.
- Il est flexible, car la loi applicable reste la même même si la société déplace ses activités ou son centre de gravité, ou établit des liens plus étroits avec un autre État.

L'inconvénient du critère de l'incorporation réside dans son faible niveau d'exigence. Une société peut être incorporée dans un pays sans y exercer sa direction effective ni y avoir d'activités. Cela peut même être avantageux, fiscalement notamment, pour certains États, qui bénéficient d'un afflux d'incorporations sans véritables activités économiques locales.

Cependant, un problème peut surgir lorsqu'une société incorporée dans un État A mène la majorité de ses activités dans un État B. Les tiers peuvent ignorer que la société relève du droit de l'État A. Il devient alors légitime de se demander si cette société ne devrait pas plutôt être soumise à la loi de l'État dans lequel elle exerce l'essentiel de ses activités.

Certains États peuvent ainsi être tentés d'adopter des dispositions protégeant les tiers ou imposant des responsabilités aux dirigeants. Ce système, d'origine anglaise, repose sur la notion de domicile d'origine : toute société est régie par la loi selon laquelle elle a été créée, avec son domicile sur le territoire de l'État dont la loi a présidé à sa constitution.

Ce critère est également appliqué aux Pays-Bas depuis la loi du 25 juin 1959, où la loi néerlandaise régit les sociétés enregistrées aux Pays-Bas. Bien que ce rattachement soit généralement basé sur le siège statutaire, un correctif a été introduit en 1998 concernant les sociétés étrangères de pure forme. La Suisse, de son côté, applique également traditionnellement ce critère depuis bien avant l'entrée en vigueur de la LDIP. Aujourd'hui, l'article 154.1 de la LDIP précise que les sociétés sont régies par la loi de l'État dans lequel elles sont organisées, généralement le lieu d'enregistrement. Un rattachement subsidiaire est prévu (article 154.2) dans le cas où une société ne remplit pas les conditions de la loi selon laquelle elle a été constituée, en appliquant alors la loi du pays où la société est administrée. Cela permet d'éviter la nullité de la société, qui serait préjudiciable aux tiers ou aux employés.

En résumé, la Suisse est un pays d'incorporation, et la jurisprudence sur le siège fictif n'est plus appliquée. Une société constituée en Suisse peut donc dépendre du droit suisse, même si elle cherche à échapper à des règles plus strictes dans son lieu de siège effectif.

2. Le critère du siège réel

Au contraire du critère de l'incorporation, qui repose essentiellement sur des éléments qui dépendent de la volonté des fondateurs de la société, le *critère du siège social réel, ou effectif*, repose essentiellement sur des éléments objectifs permettant de vérifier les liens qui existent entre une société et un État. Ce système est (ou a été) traditionnellement appliqué en Allemagne, en Belgique, au Luxembourg, en Grèce et en France.

Le rattachement des sociétés à leur siège social réel ne signifie pas que la loi en vertu de laquelle une société s'est constituée, indiquée par le siège social statutaire de la société [système de l'incorporation) est rejetée : il exige en outre que le siège statutaire, choisi par les associés soit un *siège réel et sérieux,* sauf à être un *siège fictif* voire de complaisance.

En France, deux textes principaux permettent d'effectuer la détermination de la *lex societatis* (loi applicable aux sociétés) :

L'article L. 210-3 al. 1 du C. com. dispose que « les sociétés dont le siège social est situé en territoire français sont soumises à la loi française ».

L'article 1837 du Code civil dispose que « toute société dont le siège social est sur le territoire français est soumise aux dispositions de la loi française ».

L'appartenance de la France à la catégorie des pays partisans du siège réel est aujourd'hui de plus en plus contestée en doctrine. L'article L. 210.3, al. 1 du Code de commerce ne mentionne pas expressément le *siège réel* mais le siège *statutaire*. De plus, en dehors des cas de fraude ou de siège fictif, il ne semble pas exister en jurisprudence de cas dans lequel le siège statutaire ait été remplacé par le siège réel. La seconde affaire *Banque ottomane* est en ce sens, le siège réel en France n'étant pris en considération qu'à l'égard des tiers, non des actionnaires.

2. Les règles issues de conventions internationales

– La Convention de La Haye du 2 juin 1956 sur la reconnaissance de la personnalité juridique des sociétés, associations et fondations avait pour objet la reconnaissance des sociétés, et non directement la détermination de la loi applicable. Toutefois, dans son article 2, elle se réfère au critère de l'incorporation pour désigner les sociétés à reconnaître dans un autre État. L'article 2 consacre également le critère du siège réel en précisant que la personnalité juridique acquise selon les dispositions de l'article 2 peut ne pas être reconnue dans un autre État contractant si cet État considère le siège réel comme étant situé sur son propre territoire. Ainsi, cette convention reconnaît les deux critères, montrant qu'ils peuvent être complémentaires. Cependant, cette convention n'est jamais entrée en vigueur.

– La Convention de Bruxelles du 29 février 1968 sur la reconnaissance mutuelle des sociétés s'inscrit dans la lignée de celle de La Haye, bien que son objectif soit légèrement différent. Appliquée aux sociétés constituées ou ayant leur siège dans un État membre, elle reprend la même solution : reconnaître les sociétés incorporées dans un État membre, mais permet aux autres États de ne pas reconnaître les sociétés ayant leur siège réel sur leur territoire, même si elles sont incorporées dans un autre État membre. Toutefois, cette convention ne permet pas de refuser le rattachement par l'incorporation. Elle autorise simplement les États à imposer les dispositions impératives de leur droit national en tant que droit du siège réel. La convention s'applique aussi aux sociétés établies en dehors de la Communauté européenne, permettant aux États de ne pas reconnaître les sociétés dont le siège réel se trouve à l'étranger et qui n'ont pas de lien économique sérieux avec le territoire européen. Cette convention n'a jamais pris effet en raison de l'opposition des Pays-Bas.

– Dans le cadre de l'Union européenne, plusieurs arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE, devenue CJUE) ont indirectement limité la possibilité pour certains États membres de s'opposer à la création d'entités sur leur territoire, même en violation de leur propre droit des sociétés. Ces décisions se fondent sur le principe de la liberté d'établissement au sein de l'Union, imposant de facto le critère de l'incorporation aux États membres, bien que cela ne soit pas explicitement mentionné.

B. – Le domaine de la lex societatis

Elle a un vaste domaine et régit notamment :

– la constitution de la société ;
– le fonctionnement de la société ;
– la dissolution et la liquidation de la société.

1 – La constitution de la société

La *lex societatis* gouverne la constitution de la société dans une perspective assez large. Elle régit notamment :

les formalités de publicité ;
la formation du capital ;
la forme des actions ;
l'émission et le régime des titres, même si en l'espèce son influence est doublement limitée par :
– les règles de contrôle des sociétés étrangères ou les lois de police du marché boursier,
– la loi d'autonomie car la loi du siège social n'a pas une compétence de principe pour les obligations ou les titres équivalents ;
les modes d'acquisition et de perte de la qualité d'associé ;
les devoirs de la société envers ses associés et les obligations des associés aux dettes.

2 – Le fonctionnement de la société

La *lex societatis* régit également le fonctionnement de la société dans des termes assez larges et notamment :

– les modalités de répartition des bénéfices entre associés ;
– la capacité de la société à contracter ;
– les actes juridiques passés au nom de la société (Civ. 3e, 30 nov. 2017, n° 16-20210, *D.* 2018. 966, obs. S. Clavel) ;
– les pouvoirs des organes sociaux et les droits des associés.

La jurisprudence applique fréquemment la *lex societatis* à ces questions, surtout à propos de l'art L. 225-35 C. com. exigeant des dirigeants sociaux l'autorisation du conseil d'administration pour accorder des garanties au nom de la société.

Échappent toutefois à la *lex societatis* notamment les contrats conclus par la société (application de la Convention et du Règlement de Rome), par exemple les contrats de stock-options soumis à la *lex contractus*.

3 – La dissolution et la liquidation de la société

C'est la *lex societatis* qui détermine si la personne morale survit pour les besoins de sa liquidation.

La désignation et les pouvoirs du liquidateur relèvent de la *lex societatis* en cas de liquidation non judiciaire.

4. Lois de police

Même si le domaine d'application de la *lex societatis* est vaste, celle-ci doit parfois céder la place à des dispositions internationalement impératives, souvent qualifiées de lois de police. Ces lois ne sont pas toujours strictement liées au fonctionnement interne de la société, mais peuvent s'appliquer à des activités que la société mène au-delà du territoire de l'État dont la loi lui est applicable.

– Règles de droit boursier. Compte tenu des enjeux, les règles d'organisation et de fonctionnement d'un marché boursier particulier s'appliquent à toutes les opérations qui s'y déroulent, même si elles sont menées par des opérateurs étrangers. Ces règles interagissent peu avec la *lex societatis*, ce qui justifie davantage leur application. Par exemple, lorsqu'une société étrangère souhaite émettre des titres sur le marché français et faire appel public à l'épargne, elle doit se conformer à un ensemble de règles impératives.

Parmi ces règles, on trouve l'obligation de soumettre le prospectus de l'offre publique à l'Autorité des Marchés Financiers pour approbation, ainsi que l'obligation de fournir certaines informations. Les règles relatives aux franchissements de seuil et aux pactes d'actionnaires doivent également être respectées. De plus, les règles sur les offres publiques d'acquisition doivent être appliquées dès lors que l'offre concerne le marché français.

– Droit de la concurrence. Bien que le droit de la concurrence s'applique à divers contextes, seules les règles concernant le contrôle des concentrations doivent être examinées ici. Les opérations de concentration, qui modifient souvent la structure des sociétés, peuvent nécessiter l'intervention de règles présentes dans la *lex societatis*. En France, le contrôle des concentrations a été instauré par une loi du 19 juillet 1997, modifiée par la loi NRE du 15 mai 2001. Au niveau européen, le règlement de 1989 a été remplacé par le règlement n° 139/04 du 20 janvier 2004, suivi du règlement 802/04 du 7 avril 2004.

Le droit des concentrations s'applique lorsque le contrôle d'une société française est pris par une société étrangère, ou inversement. Toutefois, la question essentielle réside dans la détermination de la portée territoriale de la réglementation des concentrations, qu'il s'agisse de droit français ou européen. Le critère principal est celui de l'effet : les règles sur les concentrations s'appliquent lorsque l'opération envisagée pourrait avoir des effets anticoncurrentiels sur le marché national ou européen, notamment en affectant le commerce entre États membres.

Bien que ces règles restreignent parfois la liberté des entreprises de se rapprocher ou de se réorganiser, les interférences avec la *lex societatis* sont rares. En effet, la majorité des concentrations sont autorisées, et lorsque des restrictions sont imposées (telles que des cessions d'actifs ou des mesures comportementales), elles n'entrent généralement pas en conflit avec la *lex societatis*.

II. Les sociétés dans un contexte international

De très nombreuses sociétés développent une activité telle qu'elles opèrent dans de très nombreux pays, via un réseau de filiales qui, se présentent cependant souvent comme une unité. Dites, multinationales, ou transnationales, elles posent, juridiquement, le problème de leur nationalité, mais aussi des questions plus subtiles, de « patriotisme économique », d'ajustements fiscaux, de comptabilité, etc.

A. – La nationalité des sociétés

Il existe un lien évident entre la question de la nationalité d'une société et celle de la loi qui lui est applicable et, d'ailleurs, pendant longtemps, les deux ont souvent été confondus, alors qu'ils doivent être soigneusement distingués [1]. Du reste, très souvent les commentateurs de telle décision de justice évoque, la société *française* X face à la société *italienne* Y simplement par cette relation entre le siège et la nationalité supposée de ces sociétés. Cette confusion a une double origine.

Pendant longtemps, en Europe, le droit international privé s'est fondé sur la règle selon laquelle le statut personnel des personnes *physiques* relevait de leur loi nationale. Cela impliquait l'utilisation de la nationalité comme facteur de rattachement en matière de conflits de lois.

Ce raisonnement a été transposé au domaine des personnes *morales*, des sociétés : la loi applicable aux sociétés serait leur loi nationale, alors même que les critères d'attribution de la nationalité aux sociétés n'étaient pas clairement définis, contrairement à ce qui existe pour les individus.

Cette confusion a également été renforcée par les critères disponibles pour attribuer la nationalité aux sociétés. Les mêmes critères utilisés en matière de conflits de lois – contrôle, incorporation, siège social – sont aussi les principaux critères d'attribution de la nationalité d'une société. Cette similitude des critères entraîne souvent une confusion entre les deux concepts, qui peuvent produire des effets similaires.

Cependant, il est essentiel de ne pas confondre nationalité et loi applicable à la société. La détermination de la loi applicable est une nécessité technique qui repose sur le choix d'un critère de rattachement. En revanche, la nationalité d'une société est l'expression de la compétence d'un État à l'égard de son ressortissant. Elle reflète un lien d'allégeance entre l'État et la société, créant des droits et des obligations.

Une différence clé découle de cette similitude entre les deux notions : un État peut décider, selon ses règles de conflit de lois, de soumettre une société à une loi étrangère spécifique et appliquer cette loi. Cependant, il ne peut attribuer à une société une

nationalité étrangère. Il doit reconnaître la nationalité donnée par un autre État, sans pouvoir l'imposer lui-même.

Pour comprendre l'importance de cette distinction, il est utile d'examiner la fonction du concept de nationalité des sociétés.

1 – Intérêts de la détermination de la nationalité des sociétés

En laissant de côté la fonction controversée de la nationalité comme critère de la *lex societatis*, la détermination de la nationalité a plusieurs intérêts pour les sociétés :

– elle peut être une condition de leur reconnaissance (par exemple les sociétés anonymes en France) ;
– elle permet de bénéficier de protection de règles internes protégeant ou organisant certaines activités, comme celle de la fabrication d'armes de guerre, de casino, les sociétés de sécurité ou les sociétés militaires privées (interdites en France par exemple), etc.
– Elle permet de circonscrire un certain nombre de règles internes ; ainsi la loi française de nationalisations de certaines entreprises à exclu les activités « étrangères » qui étaient visées (entreprises de banque, d'assurance, etc.).
– elle leur permet, dans l'ordre international, de bénéficier de la protection diplomatique de l'État dont elles ont la nationalité c'est-à-dire de bénéficier de l'aide de l'Etat de sa nationalité en cas de difficulté
– elle leur permet de bénéficier de règles issues des traités internationaux lorsque cela est possible, des mêmes droits que les personnes physiques de même nationalité ainsi que des traités conclus pour ces personnes physiques, comme c'est le cas des traités de protection des investissements (TBI).

Dans le même temps c'est un critère très relatif en raison des activités internationales d'une société, Ainsi nationale du point de vue de telle règle, et étrangère pour une autre (*T. confl. 23 nov. 1959, Rev. crit. O/P 1960. 180, note Loussouarn; JDI 1961. 442, note B. G; v. encore Paris, 17 mai 1967, JO/ 1967. 874, note Loussouarn; JCP 1968. Il. 15427, note Oppetit : « la nationalité des sociétés ne peut être déterminée qu'au regard des dispositions législatives ou réglementaires dont l'application ou la non- application dépend de savoir si celle-ci est ou n'est pas française »*).

2 – Les critères de détermination de la nationalité

a – Multiplicité des critères

Les critères proposés varient considérablement. Deux tendances s'opposent en doctrine comme en jurisprudence. La première est en faveur de l'adoption d'un critère unique. La seconde est favorable à la pluralité de critères. Les critères en concours sont notamment :

– l'incorporation : ce critère, utile pour déterminer la loi applicable à une société, peut aussi être utilisé pour déterminer à la société la nationalité de l'État du lieu où ont été accomplies ses principales formalités : constitution et immatriculation. Ce critère a également été critiqué car il serait « impérialiste » et permettrait une fraude à la loi.

– Le siège social : il peut être statutaire, ce qui renvoie au critère de l'incorporation, ou *réel* qui établit un lien plus fort avec l'État de ce siège réel, c'est-à-dire le lieu où est exercée la direction effective de la société, le lieu de résidence des organes de direction et de tenue des assemblées, pas toujours faciles à identifier et pose le problème du transfert de nationalité associé, ou non, au transfert du siège.

Une variante est le critère du « centre de décision » ou du « centre d'exploitation, notamment pour une filiale.

– le contrôle : la société a la nationalité des personnes qui la contrôlent par exemple les associés majoritaires ou les dirigeants sociaux (Req. 20 juill. 1915, *Lenzbourg, DP* 1916, 144 ; Req. 27 mai 1921, *Gaz. Pal.* 1921. II. 206, *JDI* 1923, p. 322). Ce critère, utilisé pendant la première guère mondiale pour cibler des « sociétés ennemies » présente plusieurs inconvénients :

– elle contredit l'idée du « voile de la personnalité morale », alors que la société est, par hypothèse, une personne autonome distincte de la personnalité de ses associés,
– la complexité, notamment lorsque le contrôle s'effectue à plusieurs degrés ou en cas de contrôle égalitaire, mais encore en cas de changement de contrôle qui emporterait changement de nationalité,
– l'imprévisibilité et l'insécurité juridique, la nationalité de la société se déterminant au cas par cas (T. confl., 23 nov. 1959, *Mayol-Arbona*, *D.* 1960. 224, note R. Savatier ; *Rev. crit. DIP* 1960, p. 180, note Y. Loussouarn).

b. Appréciation

– application de règle du droit international

Les règles du droit international trouvent principalement application à propos de la protection diplomatique pouvant être accordée à une société. Dans l'arrêt *Barcelona Traction* du 5 février 1970 (*CIJ 5 févr. 1970, Rec. 1970, p. 3 et v. F. Francescakis « Lueurs sur le droit international des sociétés de capitaux ; l'arrêt Barcelona de la Cour internationale de justice, Rev. crit. DIP 1970. 609*), la CIJ s'est prononcée sur les conditions requises par le droit international pour qu'un État puisse attribuer sa nationalité à une société pour que celle-ci puisse être opposable à l'État dont la responsabilité était recherchée, reconnaissant une « analogie » entre le lien Etat-Unidividu et Etat-société, et donc la protection diplomatique à « une société à l'État sous les lois desquelles elle s'est constituée et sur le territoire duquel elle a son siège », et la possibilité que d'autres critères puissent jouer (donc, siège réel, contrôle) sans, prudemment, établir aucune hiérarchie entre ces critères, solution finalement peu utile donc.

– application de règles nationales

Les règles légiférées du droit des sociétés déterminent parfois des critères permettant de définir la nationalité d'une société. C'est le cas en période de guerre, pour identifier une société ennemie ou adverse, c'est le cas par exemple pour l'application de règle de protection d'intérêts particulier, par exemple dans le domaine de la presse. L'article 17 de la loi du 2 août 1986 sur la presse limite à 20 % la part de capital ou des droits de vote que

peuvent détenir des *étrangers* dans une entreprise éditant une publication de langue française, supposant donc qu'une société candidate puisse être définie comme *non-française* est alors étrangère une société, de droit français, dont plus de 50% du capital ou des droits de vote est la propriété d'étrangers (qui peuvent également être des sociétés, etc.).

De même en est-il du droit français des investissements *étrangers* : les articles L. 151-1 et suivants déterminent les exceptions au principe de liberté d'investissement en France et l'article R. 151-1 dispose que :

Lorsqu'il réalise un investissement mentionné à l'article R. 151-2, constitue un investisseur au sens du présent chapitre :

1° Toute personne physique de nationalité étrangère ;

2° Toute personne physique de nationalité française qui n'est pas domiciliée en France au sens de l'article 4 B du code général des impôts ;

3° Toute *entité de droit étranger* ;

4° Toute *entité de droit français contrôlée par une ou plusieurs personnes ou entités mentionnées au présent 1°, 2° ou 3°*.

II.-Constitue une *chaîne de contrôle*, au sens du présent chapitre, l'ensemble formé par un investisseur mentionné au 3° ou au 4° du I et les personnes ou entités qui le contrôlent. Toutes les personnes et entités appartenant à une chaîne de contrôle constituent des investisseurs au sens du présent chapitre.

III.-Le contrôle mentionné au présent article s'apprécie au sens de l'article L. 233-3 du code de commerce ou, lorsqu'aucun contrôle n'a pu être établi sur le fondement de cet article, au sens du III de l'article L. 430-1 du même code.

L'article 233-3 du Code de commerce dispose ainsi que :

I.- Toute personne, physique ou morale, est considérée, pour l'application des sections 2 et 4 du présent chapitre, comme en contrôlant une autre :

1° Lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société ;

2° Lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société ;

3° Lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société ;

4° Lorsqu'elle est associée ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société.

II.-Elle est présumée exercer ce contrôle lorsqu'elle dispose directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieure à 40 % et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne.

III.-Pour l'application des mêmes sections du présent chapitre, deux ou plusieurs personnes agissant de concert sont considérées comme en contrôlant conjointement une autre lorsqu'elles déterminent en fait les décisions prises en assemblée générale.

Cependant, une situation internationale implique par hypothèse plusieurs Etats qui peuvent proposer des solutions différentes, ces Etats pouvant par ailleurs s'entendre, dans

une convention international, par exemple, bilatéral ou multilatéral de protection des investissements pour identifier ces critères.

A défaut de précision par le législateur ou d'une convention internationale des critères d'dentification d'une société, c'est alors à la jurisprudence de les établir. La méthode est alors assez complexe. A priori en effet, la nationalité d'une société dépend de la loi applicable à cette société, laquelle repose sur des critères eux-mêmes discutés, siège statutaire, siège réel, etc., alors même que la loi applicable de cet Etat étranger pourrait parfaitement considérer que la telle société relève de sa nationalité.

Dès lors plusieurs logiques apparaissent.

Après une évolution jurisprudentielle (Civ. 1re, 30 mars 1971, *Caisse centrale de réassurance des mutuelles agricoles*, *GADIP* n° 50, *Rev. crit DIP* 1971. 451, note P. Lagarde; *JCP* 1972. II. 17140 et 17101, note B. Oppetit, *JDI* 1972. 834, note M. Loussouarn ; Ass. plén. 21 déc. 1990, *Rev. crit. 0/P 1990. 70, note G. Duranton; JCP 1991. II. 21640, concl. D.H. Dontenville, JCP E 1991. 11. 120, rapport J. Lemontey, interprêtant une convention franco-suisse*), le critère principal de détermination est le siège social (art. L. 210-3 al. 1 et art. L. 225-97 du Code de commerce). Est donc considérée comme française une société qui a procédé à ses formalités de constitution en France, y est immatriculée et y a son siège social *réel* et se voit donc appliquer la loi française.

C'est donc le critère du siège social réel qui se présente comme l'élément principal de détermination de la nationalité d'une société (d'où la confusion avec la question de la loi applicable à la société).

Il est parfois exceptionnellement complété par le critère de contrôle, par exemple en temps de guerre ou pour appliquer certains textes spécifiques, par exemple en matière de contrôle des investissements étrangers.

2 – Le changement de nationalité

Il peut être :

– volontaire : en changeant son siège social et en se localisant dans un autre État, la société perd en principe la nationalité d'origine au profit de celle de l'État d'accueil, sauf si le critère de siège social est écarté au profit de celui de contrôle. L'article L. 225-97 du Code de commerce apporte une précision en ce qui concerne les SA en exigeant que « …le pays d'accueil ait conclu avec la France une convention spéciale permettant d'acquérir sa nationalité et de transférer le siège social sur son territoire, et conservant à la société sa personnalité juridique » ;
– involontaire ou subi en cas de mutation de souveraineté territoriale par exemple lors d'une annexion ou d'une accession à l'indépendance, sans que ce changement soit toutefois automatique. C'est même au contraire une question très discutée.

C'est le cas récent de l'affaire *Oschadbank* de la Cour de cassation du 7 décembre 2022 à propos d'une sentence rendue en application d'un TBI entre la Russie et l'Ukraine (*Cass. 1re civ., 7 déc. 2022, n° 21-15390, Oschadbank (Joint Stock Company), D. 2023, p. 196, Note*

V. Korom, JDI 2023, comm. 12, note M. Audit, Dalloz actualité 9 janv. 2023, obs. J. Jourdan-Marques. Adde : pour une étude très complète : A. Kallergis, « L'applicabilité des traités bilatéraux d'investissements dans les zones contestées », JDI 2022, p. 825).

Dans cette affaire, la banque ukrainienne *Oschadbank* (anciennement *Public Joint Stock Compagny*) avait engagé un arbitrage d'investissement sur le fondement de ce TBI pour obtenir l'indemnisation de l'expropriation de ses actifs en Crimée, après l'invasion de ce territoire par la Russie en 2014. Elle avait obtenu 1,3 milliard de dollars d'une sentence rendue sous l'égide de la Cour permanente d'arbitrage le 26 novembre 2018. La Russie n'avait cependant pas comparu à l'audience arbitrale, invoquant le fait que la banque existait avant le 1er janvier 1992, point de départ de l'application du TBI, entré en vigueur par ailleurs le 27 janvier 2000, et qu'un « *investissement* » au sens de cet article 12 n'est pas protégé par ce traité, de sorte que le tribunal arbitral aurait dû se déclarer incompétent, *ratione materiae* et *ratione temporis*. La Russie considérait par ailleurs que pour que le TBI fût applicable, l'investissement aurait dû être réalisé par la partie ukrainienne en Russie, alors qu'il l'avait été en Crimée, alors ukrainienne. Elle ajoutait que la question de l'appartenance ou non de la Crimée de la Russie n'est de la compétence ni du TBI ni du tribunal arbitral et que le TBI ne pouvait s'appliquer à un territoire ainsi disputé et dont l'appartenance n'est pas mutuellement reconnue par l'Ukraine et la Russie, de sorte que le fait que la Crimée soit devenue russe n'a pas fait d'un investissement interne, un investissement étranger.

Pour la cour d'appel de Paris (*Paris, 5e ch. Pôle 16, 30 mars 2021, n° 19/04161, Dalloz actualité, 30 avr. 2021, obs. J. Jourdan-Marques ; D. 2021.2272, obs. T. Clay ; JCP E 2022. 1241, obs. M. Laazouzi*), la question « temporelle » de l'application du TBI devait s'apprécier au regard de l'article 31 de la Convention de Vienne sur les traités du 23 mai 1969 qui « en tout état de cause reflète le droit international coutumier », et qui impose une application de bonne foi d'un traité et implique de considérer que les seuls investissements réalisés après le 1er janvier 1992 étaient concernés par le TBI. La solution est corroborée par le Tribunal fédéral suisse du 16 octobre 1998 dans une affaire *Fédératon de Russie c. Stabli et Ukmaka* qu'elle cite, avec d'autres décisions étrangères. La cour observe que la banque ukrainienne est le résultat d'un démantèlement d'une entité publique existante à la suite de la fin de l'URSS et attribuée à l'Ukraine en 1991, de sorte que l'offre d'arbitrage contenue dans le TBI, applicable pour des investissements réalisés après le 1er janvier 1992, ne pouvait s'appliquer, rendant incompétente le tribunal arbitral.

Pour la Cour de cassation, qui censure l'arrêt d'appel, conduisant à un nouvel arrêt d'appel à venir, le contrôle de la compétence du tribunal, au sens de l'article 1520, 1° du CPC, « est exclusif de toute révision au fond de la sentence », ce qui était le cas de l'arrêt d'appel, « alors que ni l'offre d'arbitrage stipulée à l'article 9 ni la définition des investissements prévue à l'article 1er ne comportaient de restriction *ratione temporis* et que l'article 12 n'énonçait pas une condition de consentement à l'arbitrage dont dépendait la compétence du tribunal arbitral, mais une règle de fond, la cour d'appel, qui devait seulement vérifier, au titre de la compétence *ratione temporis*, que le litige était né après l'entrée en vigueur du traité ».

B. – L'activité internationale des sociétés

1. – La reconnaissance en France des sociétés étrangères

La « reconnaissance » d'une société est une condition qui peut être imposée à une société étrangère et qui permet l'admission dans un autre Etat, de sa personnalité morale telle que conférée par une loi étrangère en vue de la considérer comme un sujet de droit dans l'ordre juridique du for de la reconnaissance. Cette condition ne vise donc que les sociétés dotées de la personnalité morale, et ne concerne pas les sociétés des États membres de l'Union européenne, en vertu des règles posées en termes de liberté d'établissement par le droit de l'UE (*TFUE, art. 49 et 56 du Traité, Charte des droits fondamentaux de l'UE, art. 15*). Elle suppose que soit résolue la question de la loi applicable à la société en question et celle de sa nationalité, étant entendue que c'est encore une autre difficulté qui se pose : une société valable constituée selon les règles de la loi (étrangère) qui lui est applicable ne sera pas nécessairement reconnue dans un autre Etat, et ce rejet de reconnaissance n'est en aucun cas la sanction de la méconnaissance des règles de constitution ou d'immatriculation par la loi considérée comme applicable par le juge du for, même si, en pratique, ce refus de reconnaissance est souvent opposé à une société étrangère constituée selon les règles d'une loi qui n'est pas celle que désigne le DIP du for (ce qui est une confusion avec les règles de la loi applicable à la société), ou pour des raisons plus politiques, comme le fait que cette société étrangère n'est tout simplement pas la bienvenue.

Pendant longtemps, en droit français, une distinction devait être effectuée entre les sociétés anonymes et les autres sociétés. Pour les sociétés anonymes, leur reconnaissance dépendait de l'existence d'un traité ou, en application d'une loi française du 30 mai 1857 très critiquée par la doctrine, de l'adoption d'un décret pour chaque État. La multiplication de décrets collectifs atténue cette exigence.

La jurisprudence était très hostile à cette disposition législative et n'hésitait pas à l'écarter pour plusieurs raisons, notamment des arguments de procédure ou même par le recours à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et notamment le principe fondamental du droit d'ester en justice (*Cass. com., 8 juill. 2003, D. 2003. Jur. 692, obs. G. Khairallah, JCP 2004. II. 10111, obs. H. Kenfack et B. de Lamy*). Des articles, 6.1 et 14 de la CEDH ou 1 et 5 du Premier Protocole additionnel il résulte que « toute personne morale, quelle que soit sa nationalité a droit au respect de ses biens et à ce que sa cause soit entendue par un tribunal indépendant et impartial » (*Corn. 12 nov. 1990, Gaz. Pal 1991. 1. 87, rapport D. Bayet; Rev. crit. DIP 1991. 667, note G. Khairallah; Rev. soc. 1992. 39, note G. Roujou de Boubée ; Civ. 1''', 25 juin 1991, Rev. crit DIP 1991. 667, note G. Khairallah; Corn. 15 nov. 1994 Bull civ. IV, n° 335*).

Pour les sociétés autres que les sociétés anonymes, le principe était celui de leur reconnaître de plein droit la personnalité morale, qu'il s'agisse des sociétés de personnes (*Cass. civ. 1re, 17 juin 1958, Rev. crit. DIP 1958, p. 704, note Ph. Francescacis*) ou de capitaux, à condition qu'elles jouissent de la personnalité morale dans l'État de constitution ou même à défaut d'une simple capacité juridique (*Versailles, 14 janv. 1999, Bull. Joly 1999, § 97, p. 466, note M. Menjucq*) ;

La loi du 30 mai 1857 a été abrogée par l'article 27, 11, 4° de la loin° 2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit.

Cette distinction n'a donc plus aucun intérêt et on peut considérer qu'aucune société ne peut plus se voir opposer un refus de reconnaissance en tant que tel, du point de vue de son droit d'ester en justice devant les tribunaux français, ou de défendre ses droits fondamentaux.

La reconnaissance peut être fondée sur un traité international, comme c'est le cas du traité bilatéral du 25 novembre 1959 entre la France et les USA permettant d'établir la reconnaissance du *partnership* (*Cass. civ. 1'", 17 mars 2011, D. 2004. 692, note G. Khairallah, BJS 2003. 1179, note M. Menjucq*) ou encore du droit de l'UE dont l'article 54 du TFUE qui pose le principe de la reconnaissance de toute société constituée conformément à la législation d'un État membre et possédant dans cet État son siège social statutaire ou réel.

Deux conventions européennes relatives à la reconnaissance mutuelle des sociétés ont été conclues, mais ne sont pas entrées en vigueur : la Convention de La Haye du 1er juin 1956 et la Convention de Bruxelles du 29 février 1968.

Cette reconnaissance entraîne la possibilité pour cette société étrangère d'exercer son activité en France.

2. Etablissement et mobilité d'une société étrangère

La notion d'établissement international des sociétés ne concerne pas la création *ex nihilo* d'une société commerciale, qui relève du droit des sociétés applicable dans l'État où les fondateurs souhaitent créer leur entreprise. L'établissement international d'une société implique qu'une société existante dans un Etat décide d'étendre son activité dans d'autres États, soit en modifiant ses structures, soit en implantant de nouvelles unités sans changer sa structure d'origine. Une telle « mobilité » ou « circulation internationale d'entreprises » englobe des réalités complexes, touchant tant les structures juridiques que matérielles de l'entreprise, laquelle évolue à partir de la société existante. Dans ce contexte, la notion d'établissement est davantage économique que juridique.

En France, la question est étroitement liée aux règles du droit d'établissement de l'UE.

L'établissement international des sociétés nécessite une coordination entre les différents systèmes juridiques concernés, soit à un niveau international, par traité, soit régional comme en droit de l'UE à travers les règles relatives à la liberté d'établissement, largement élaborée par la jurisprudence de la CJUE.

La principale difficulté liée au droit d'établissement apparaît lorsqu'une société souhaite déplacer son siège social d'un État à un autre. Ce transfert soulève des questions sur la continuité de la personnalité morale et sur la permanence de l'entité juridique à la suite de ce changement. Ce problème, loin d'être purement théorique, a des implications sur les coûts, les formalités et la fiscalité.

Les formes d'établissement secondaire, n'impliquant pas de modification des éléments centraux de la société d'origine, posent également des problèmes. Ces difficultés concernent les conditions imposées par l'État où se situe l'établissement secondaire, ainsi que les règles de fonctionnement. Parfois, la nature réellement secondaire de l'établissement peut être remise en question, soulevant la question d'éventuels abus ou fraudes, exploitant la liberté de création d'un établissement secondaire. De plus, cela soulève des questions sur l'intégration des opérateurs économiques extérieurs à une organisation économique régionale, et sur les règles qui devraient leur être appliquées.

Ces difficultés, bien qu'essentiellement juridiques, sont aussi influencées par des préoccupations économiques, tant des États que de l'Union européenne. Les États hésitent parfois à accepter qu'une société déplace son siège vers un autre État, car cela peut entraîner des pertes de recettes fiscales ou des fermetures d'établissements locaux. Les États bénéficiaires de ces transferts peuvent également imposer des conditions coûteuses à ces entreprises, qui restent soumises à une loi étrangère. Il est donc important de distinguer le transfert du siège principal de la création d'établissements secondaires.

a. Le transfert du siège social

i. Avant la directive de 2017

– Principes

Le transfert du siège social d'un État à un autre peut parfois résulter d'un changement de souveraineté, comme ce fut le cas pour l'Algérie lors de son indépendance. Cependant, il est plus fréquent que ce transfert soit motivé par des raisons de commodité pour la gestion de la société. Même lorsque les intentions sont légitimes, les conséquences juridiques du transfert sont importantes et nécessitent une attention particulière. Nous examinerons d'abord les implications générales de ce transfert, puis les solutions du droit européen.

Le transfert international du siège entraîne trois conséquences principales : un changement de domicile de la société, un possible changement de la loi applicable, et, dans certains cas, une remise en question de la nationalité de la société. Le changement de la loi applicable peut lui-même poser deux types de difficultés.

Le maintien de la personnalité morale constitue la première difficulté. Si l'on adhère à la thèse de la fiction, la personnalité morale est conférée par la loi de l'État d'origine. Un changement de loi pourrait entraîner la dissolution de la société. Cependant, si l'on considère la personnalité morale comme une réalité indépendante, elle pourrait survivre au transfert, à condition que la nouvelle loi ne s'y oppose pas. Toutefois, rien ne garantit que la loi du nouvel État accepte la continuité de la personnalité morale sans exiger une dissolution préalable.

La coordination des lois applicables est la deuxième difficulté. Cette coordination n'est pas impossible, comme l'a reconnu une sentence arbitrale, mais elle reste délicate. L'absence d'une vision globale de la part des deux législations peut rendre la transition difficile, notamment en ce qui concerne la protection des associés et des tiers. Parfois, les exigences des lois en question peuvent rendre le transfert pratiquement impossible. Par

exemple, en France, le transfert du siège d'une société en commandite ou d'une société à responsabilité limitée à l'étranger nécessite l'unanimité des associés. Pour les sociétés anonymes, une convention avec le pays d'accueil est nécessaire, mais aucune n'existe actuellement. Il n'existe également aucune solution légale pour l'accueil de sociétés étrangères en France, à l'exception de réponses ministérielles.

– Solutions en droit de l'UE

– la liberté d'établissement

La liberté d'établissement au sein de l'Union européenne est invoquée par les sociétés selon les articles 49 et 54 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Cette liberté permet à toute société constituée selon le droit d'un État membre et ayant son siège statutaire, son administration centrale ou son principal établissement dans l'Union, de bénéficier des règles de droit communautaire. Toutefois, le Conseil, dès le 18 avril 1961, a imposé que les sociétés bénéficient de cette liberté à condition de démontrer un lien économique effectif et continu avec l'État membre concerné.

– liberté d'établissement et loi applicable à la société

Dans un premier temps, en 1988, dans l'affaire *Daily Mail*, la Cour de justice a statué que le transfert du siège social, qui n'était alors pas traité en droit européen, en l'espèce du Royaume-Uni avec les Pays-Bas, ne dépendait que de la législation nationale, supposant donc sans l'autorisation de l'État d'origine (*CJCE 27 sept. 1988, aff. 81/87, Rec. p. 5483; RTD eur: 1989. 260, obs. Cartou; JDI 1989. 429, note M.-C. Boutard-Labarde*). En conséquence, la mise en œuvre de la liberté d'établissement, relevant du droit de l'UE, est postérieure à la décision de transférer le siège, relevant de la loi applicable à la société. Dès, lors, pour la CJUE, en 2008 (*V. CJCE 16 déc. 2008, Cartesio, aff. C-210/06, JDI 2009. 665, obs. S. Francq, 886, note Th Vignal; JCP 2009. Il. 10027, note M. Menjucq; Rev. crit DIP 2009. 548, note J. Heymann*), il peut en être différemment si la société se transforme en une forme de société relevant de la loi de la loi de destination de la société (qui suppose l'autorisation de cet Etat), auquel cas, la loi applicable est cette dernière, ne permettant plus à l'Etat d'origine de s'opposer à ce déplacement, au nom, cette fois du principe de liberté d'établissement. Même solution alors s'il s'agit d'un transfert de siège et de loi applicable lorsque l'Etat de destination s'oppose à ce transfert, opposition écartée par l'application des règles en matière de liberté d'établissement (*CJUE 12 juill. 2012, Vale, aff.C-378/10, JDI 2013. 623, note Francq, Rev. crit. 2013236, note J. Heymann, D. 2012. Pan. 2333, par L. d'Avout et S. Bollée, et p. 3009, note P.-H. Conac, JCP E 2012.1547, note T. Mastrullo, JCP 2012. 1089, note M. Menjucq, BJS 2012. 735, note Oamman, Europe 2012, comm. 386, obs. L. ldot*), y compris pour un transfert de siège statutaire, et non du siège réel *(CJUE 25 oct. 2017, Polbud, aff. C-106/16, Bull Joly, p. 19, note Th. Mastrullo, Rev. crit DIP 2019. 511, obs. J. Heymann; D. 2017. 2512, note L. d'Avout; JCP E 2018. 1014, note M. Menjucq; JCP 2017. 1352, note M. Combet; Rev. sociétés 2018. 47 s., note G. Parléani*).

Plus complexe est l'hypothèse dans laquelle une société décide de conserver son siège statutaire dans un pays, mais de déplacer le siège réel dans un autre comme dans l'affaire *National Grid* (*CJUE 29 nov. 2011, National Grid, aff. C. 371/10, D. 2012. 784, note R. Kovar, D. 2012, JDI 2012. 785, note Francq, Dr. fisc. 2012. 125, obs. G. Blanluet. Comp. CJCE 5 nov. 2002, aff. C-208/00, Überseering, Rev. crit. 0/P 2003. 508, note P. Lagarde; JCP E 2003, n°*

448, note M. Menjucq; Europe 2003, comm. n° 19, L. ldot; Rev. soc. 2003. 315, note J.-Ph. Dom; Gaz. Pal 25 et 26 juin 2003, p. 27, obs. M.-L. Niboyet), où en l'espèce, le déplacement impliquait, aux Pays-Bas (siège statutaire) l'imposition des plus-values latentes, considérées comme une entrave à la liberté d'établissement.

– Autres situations de mobilité des sociétés

La création d'un établissement secondaire, qui suppose la présence d'un établissement principal dans l'Union, a fait l'objet de décisions clés. Dans l'affaire *Centros (CJCE 9 mars 1999, Centros, ait. C. 212/97, Rec. 199\1. 1. 1459*), la Cour a considéré que le refus du Danemark d'immatriculer un établissement secondaire d'une société de droit anglais constituait une entrave à la liberté d'établissement, de même que le seraient l'exigence de respect de règles locales plus contraignantes pour une société étrangère (*CJCE 30 s pt. 2003, Inspire Art, aff. C 167/01, Rec. 1, 10223; JCP 2004. 251, note Magnier; D. 2004, 491, note E. Pataut; JCP 2004. Il. 10002, note M. Luby; Rev. crit 0/P 2004. 151, note H. Muir Watt*).

ii. Transfert du siège et nouvelles directives européennes

Avant l'entrée en vigueur de la directive 2019/2121/UE, seules certaines entités bénéficiaient d'un régime organisé de transfert de siège au sein de l'Union. Cette directive, inspirée notamment de l'arrêt *Polbud*, vise à établir un cadre européen pour la transformation transfrontalière des sociétés. Les États membres sont tenus de transposer cette directive avant janvier 2023.

Les principales dispositions de cette directive incluent la mise en place d'un certificat préalable au transfert de siège, la consultation des parties prenantes et le contrôle des autorités compétentes de chaque État impliqué. Cette directive renforce également la protection des créanciers, des travailleurs et des associés minoritaires.

En résumé, la directive rétablit un équilibre entre les lois nationales et les règles européennes en matière de transfert de siège, tout en offrant une protection accrue aux parties concernées.

III. Les sociétés transnationales, les groupes internationaux de sociétés

Le groupe transnational de sociétés est désormais un acteur incontournable dans les relations économiques internationales. Pourtant, son importance économique et la reconnaissance juridique de cette réalité demeurent encore incomplètes. Un examen de la constitution (1) et des éléments de régime juridique (2) du groupe transnational de sociétés permettra de mieux comprendre cette question.

A. La constitution du groupe transnational de sociétés

1. Notion de groupe

Les groupes de sociétés sont constitués par la création d'une entité, le groupe, composé de sociétés juridiquement distinctes. Dans le langage juridique et économique, on utilise les termes de firme, société ou entreprise transnationale, ainsi que groupe multinational ou transnational de sociétés. Ces termes, comme leur diversité l'indique, manquent de

précision et sont juridiquement imparfaits, car il n'existe pas de statut juridique unique pour les groupes internationaux de sociétés.

Le phénomène des groupes de sociétés, bien qu'ancien, a pris une importance considérable. Il désigne toute activité d'une société exercée dans plusieurs pays par l'intermédiaire d'autres sociétés sous sa domination et intégrées dans sa stratégie globale. Le nombre de sociétés impliquées et la complexité de leurs relations peuvent grandement compliquer ce modèle de base. Le poids économique des groupes transnationaux est immense.

Les techniques du droit des sociétés, la réglementation des investissements internationaux, et la mobilité du capital, couplées aux nouvelles stratégies économiques liées à la mondialisation, ont considérablement renforcé ce phénomène.

Il ne faut pas confondre un "groupe" avec un "groupement". Si tout groupe implique un groupement d'entreprises, l'inverse n'est pas nécessairement vrai. Les groupements d'entreprises résultent d'accords pour coordonner des activités spécifiques entre partenaires, par exemple dans des contrats de co-traitance ou de consortium. Dans d'autres cas, il peut s'agir de joint-ventures lorsque l'objectif commun est plus durable.

Le véritable groupe de sociétés, lui, est le reflet d'une stratégie globale englobant toutes les sociétés du groupe, sans être limité à une opération ou un projet spécifique. Il vise non seulement à partager les responsabilités et les risques commerciaux, mais aussi à optimiser la fiscalité, pénétrer des marchés étrangers, rechercher les lois les plus favorables, ou réaliser des synergies économiques. Quels sont donc les principaux modes de constitution de ces groupes transnationaux ?

2. Principaux modes de constitution

Les deux principaux modes de constitution des groupes transnationaux de sociétés sont la fusion et la prise de contrôle.

a. La fusion transfrontalière

Dans une vision strictement organique, la fusion ne semble pas adaptée au concept de groupe, car elle tend à réduire le nombre de sociétés en présence en absorbant l'une d'entre elles. Cependant, la fusion demeure un moyen extrême de contrôle d'une société sur une autre, même si elle entraîne la disparition de l'une des entités fusionnées. En effet, les actifs et les compétences de la société absorbée sont transférés à l'entité absorbante. La fusion se réalise souvent entre sociétés d'un même groupe ou entre groupes différents, et elle fait donc partie intégrante du phénomène des groupes de sociétés.

i. Principaux problèmes de la fusion transfrontalière

La fusion entre deux sociétés est un mécanisme de restructuration des entreprises, aboutissant à la dissolution de l'une des sociétés et au transfert de ses actifs à l'autre, sans liquidation. Les actionnaires de la société absorbée reçoivent des parts ou actions dans la société absorbante. Dans certains cas, les deux sociétés fusionnées disparaissent pour donner naissance à une nouvelle société.

La fusion présente des avantages économiques, tels qu'une rentabilité accrue et une

croissance accélérée. Toutefois, elle comporte aussi des risques, notamment pour les salariés, avec des licenciements possibles, et pour l'intérêt général, en réduisant la concurrence, ce qui pourrait entraîner une hausse des prix et une baisse de qualité des produits et services.

Les difficultés juridiques de la fusion transfrontalière sont multiples, notamment en ce qui concerne les lois applicables. Le projet de fusion doit répondre aux exigences des lois des deux sociétés concernées, ce qui entraîne souvent l'application cumulative des législations les plus strictes.

ii. Solutions issues du droit européen

Le droit européen a ouvert deux voies favorisant les fusions intracommunautaires ou transfrontalières. L'une d'elles est la création d'une société européenne (SE) par fusion entre sociétés anonymes d'au moins deux États membres. Cette fusion peut prendre la forme d'une absorption ou de la création d'une nouvelle SE. Le règlement du 8 octobre 2001 impose des règles distributives entre les lois des États concernés, mais maintient certaines exigences locales.

La directive n° 2005/56/CE du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières de capitaux a également introduit un cadre juridique harmonisé pour les fusions transfrontalières, depuis renforcé par la directive n° 2019/2121 UE, qui régit les transformations, fusions et scissions de sociétés de capitaux. Ce cadre repose sur un schéma harmonisé impliquant l'établissement d'un projet de fusion soumis à des contrôles stricts dans chaque État concerné.

En France, la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 facilite ces fusions en autorisant le transfert du siège social dans un autre État membre et en instituant des procédures de contrôle de la légalité de la fusion.

La directive n° 2005/56/CE, transposée en France par la loi n° 2008-649, permet la fusion transfrontalière sous réserve que la législation des États membres concernés l'autorise. La directive impose également le respect des règles relatives à la participation des travailleurs dans l'État membre où le siège statutaire de la société résultante est établi.

b. Les prises de contrôle internationales

i. Généralités

L'intégration d'une société dans un groupe s'effectue souvent par une prise de contrôle par une autre société membre du groupe. Cette prise de contrôle dépend des liens capitalistiques pouvant s'établir entre les deux sociétés. Ces liens conduisent à la domination de la société contrôlée grâce aux droits de vote attachés à la détention d'une partie du capital, ou encore à la possibilité de nommer ou révoquer les dirigeants (art. L. 233-3-11 C. com.).

Il est généralement admis que la détention de 50 % du capital confère ce contrôle. Le Code de commerce, à l'article L. 233-1, qualifie de filiale toute société dont une autre société possède 50 % du capital. Il convient de noter que la constitution d'un groupe peut aussi bien résulter de la prise de contrôle d'une société existante que de la création ex nihilo d'une filiale.

Cependant, des prises de participation inférieures à 50 % du capital peuvent également aboutir à un contrôle, notamment lorsque le capital des sociétés cotées en bourse est dispersé. Ainsi, l'article L. 233-3-11 du Code de commerce présume qu'une société contrôle une autre si elle détient 40 % des droits de vote, à condition qu'aucun autre actionnaire ne détienne une part de capital supérieure.

Concernant les sociétés ayant leur siège social en France, la loi française a mis en place des règles protectrices en cas de prises de participation, quelle que soit leur origine. Ces règles peuvent revêtir le caractère de lois de police. Comme elles concernent des sociétés dont le siège est en France, elles sont de toute manière applicables au titre de la **lex societatis**. Elles imposent certaines obligations de notification et d'information lorsque des seuils de participation sont franchis.

ii. Règles applicables aux prises de contrôle internationales

– Société non cotée

Pour les sociétés non cotées sur un marché réglementé, la prise de contrôle découle d'un accord de cession, régie essentiellement par le droit commun des contrats. La loi applicable à cet accord est déterminée par la convention de Rome du 21 juin 1980 ou par le règlement de Rome I du 17 juin 2008, applicable aux contrats conclus après le 17 décembre 2009. La convention de Rome s'applique aux cessions de titres, dès lors que celles-ci ne sont pas directement liées au fonctionnement interne de la société ou à la négociabilité des titres.

Le caractère international du contrat est pris en compte via la notion de "conflit de lois" : il suffit qu'un élément d'extranéité soit présent pour déclencher l'application de la convention. Il n'est pas nécessaire que le contrat soit lié au commerce international pour être qualifié d'international.

Les parties peuvent choisir la loi applicable au contrat. Si elles ne le font pas, on appliquera la loi du pays de résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique, généralement le cédant. Toutefois, la pertinence de cette règle pour déterminer la loi la plus liée au contrat peut être discutée. La Cour de cassation n'a pas encore statué directement sur l'application de l'article 4 de la convention de Rome à ce sujet, bien qu'elle ait déjà cassé une décision d'appel qui n'avait pas suffisamment pris en compte les éléments de localisation du contrat dans un cas antérieur.

Indépendamment de la loi applicable au contrat, la **lex societatis** régit certains aspects de l'opération, notamment les conditions d'acquisition de la qualité d'associé et l'opposabilité de cette qualité.

– Société non-cotée

– Loi applicable : L'acquisition de titres dans une société cotée repose aussi sur un mécanisme contractuel, mais celui-ci est fortement influencé par le marché sur lequel la transaction se déroule. Ni la convention ni le règlement de Rome I n'excluent le choix de la loi applicable. En l'absence de choix, la convention favorise la loi de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique. Toutefois, l'article 4-1, h du règlement Rome I introduit une règle spéciale pour les contrats conclus au sein d'un

système multilatéral, qui sont alors soumis à la loi régissant ce système.

Si un contrat échappe à cette règle, la loi applicable sera celle de la résidence de la partie fournissant la prestation caractéristique, à moins qu'une clause d'exception ne s'applique. La solution de l'article 4-1, h est réaliste, tenant compte de l'attraction exercée par le système sur la loi applicable. Par ailleurs, en raison de la nature des lois de police, le droit du marché boursier français s'applique aux sociétés dont les actions sont cotées en France. Ce droit vise à protéger les investisseurs et à garantir le bon fonctionnement du marché, réduisant ainsi l'influence de la loi choisie par les parties.

Le droit français, comme d'autres droits nationaux européens, est largement influencé par des directives d'harmonisation. La structuration des groupes transnationaux de sociétés cotées passe principalement par des offres publiques d'achat (OPA) ou d'échanges de titres, les seules solutions viables pour ces sociétés.

– Droit matériel communautaire des OPA : Le droit applicable aux OPA provient de la directive n° 2004/25/CE du Parlement européen et du Conseil, adoptée le 21 avril 2004 après plusieurs échecs. Cette directive laisse une certaine flexibilité aux États membres, mais impose aussi des principes impératifs visant à garantir le sérieux des offres et la protection des actionnaires minoritaires.

Les détenteurs de titres doivent bénéficier d'un traitement équitable, d'un délai de réflexion suffisant et de l'accès à certaines informations, tout en ayant la possibilité de se prononcer sur l'offre. La société cible est protégée, tant contre ses dirigeants que contre l'auteur de l'offre. Des obligations spécifiques concernent l'offre elle-même, comme son caractère obligatoire dans certaines circonstances, la fixation d'un prix équitable, et l'information des salariés.

Les États membres ont toutefois la latitude de fixer le seuil à partir duquel une offre publique doit être lancée et peuvent imposer des conditions plus strictes que celles prévues par la directive.

En France, une loi anti-OPA a été adoptée dans un contexte particulièrement passionné, lors de l'offre de Mittal-Steel sur Arcelor, en pleine controverse sur le patriotisme économique. La loi sur les OPA, adoptée le 31 mars 2006, introduit l'article L. 233-32 du Code de commerce, qui permet aux dirigeants d'une société cotée de mettre en œuvre des mesures pour contrer une offre, à condition d'obtenir l'approbation de l'assemblée générale durant la période de l'offre. Ce principe s'applique sous réserve de réciprocité et consiste principalement en l'attribution gratuite de bons de souscription d'actions aux actionnaires, rendant l'offre plus coûteuse pour son auteur.

B. régime du groupe transnational de sociétés

1. Statut du groupe

a. Conditions propres à l'existence d'un statut unitaire du groupe

Le groupe transnational de sociétés repose sur des liens qui permettent à une ou plusieurs sociétés d'exercer une influence sur les décisions et engagements pris par d'autres sociétés dans le cadre d'une politique de groupe imposée par les sociétés dominantes. Un statut juridique unitaire du groupe correspondrait donc à cette réalité. Il pourrait être fondé sur

deux éléments : d'une part, un accord conclu entre les sociétés du groupe, et d'autre part, un ensemble de règles définissant les rapports entre les sociétés membres du groupe, ainsi que leurs relations avec les tiers.

Il a été démontré de manière éclairante que le « groupe de droit » est celui qui repose sur un contrat de domination liant les sociétés du groupe, contrat qui doit être complété par des règles établies par le législateur. Dans l'élaboration de ces règles, le législateur doit suivre deux principes : premièrement, accorder une large place à la liberté contractuelle des sociétés signataires du contrat, et deuxièmement, instituer un contrôle strict pour empêcher que la majorité ne dépouille la minorité de ses droits.

Une autre situation se présente lorsque le législateur crée un ensemble de règles applicables au groupe sans qu'il y ait de contrat constitutif. Dans ce cas, il est justifié de parler de « groupe de fait ». Le législateur doit alors faire face à la difficulté redoutable de définir un critère d'identification du groupe de fait.

Il faut reconnaître que ces conditions sont rarement rencontrées. Un contrat constitutif, qui serait l'acte juridique collectif fondateur du groupe de sociétés, ne sera signé que si un ensemble de règles garantit sa validité et la reconnaissance de ses effets. Peu d'États ont élaboré des législations applicables aux groupes de sociétés. La législation allemande est fréquemment citée comme exemple. Elle prévoit un double régime, applicable selon que l'on est en présence d'un groupe de droit ou d'un groupe de fait. Dans l'Union européenne, le projet de 9e directive, bien que toujours incomplet, reste en suspens. Quant à l'OHADA, son acte uniforme n'a pas non plus permis d'avancer significativement sur cette question.

Le groupe transnational de sociétés, évoluant à une échelle mondiale, ne peut se contenter d'un droit des groupes d'origine étatique ou régionale. Seul un instrument d'origine internationale, avec une portée universelle, pourrait remplir cette fonction. Cependant, aucune initiative de cette envergure n'a encore vu le jour.

b. Conséquences de l'absence d'un statut unitaire du groupe transnational de sociétés

i. Personnalité morale

Le groupe transnational de sociétés, tout comme le groupe de sociétés interne, est dépourvu de personnalité morale. Il ne peut donc être considéré comme un sujet de droits ou d'obligations, ni dans l'ordre juridique interne, ni dans l'ordre international. La jurisprudence a ainsi statué qu'un groupe ne peut pas être partie à un contrat.

ii. Nationalité

Le groupe transnational de sociétés n'étant pas une personne juridique, il ne peut se voir attribuer une nationalité. La nationalité s'apprécie alors au regard de chacune des composantes du groupe, individuellement. Autrement dit, chaque société membre du groupe voit sa nationalité déterminée selon les critères habituels. Cependant, l'appartenance au groupe peut exercer une certaine influence sur la nationalité des filiales. En France, entre les deux guerres mondiales, le critère de contrôle a parfois été utilisé, avec modération. Il s'agissait moins de déduire mécaniquement les conséquences d'un contrôle étranger que de vérifier si la filiale, bien que contrôlée de l'extérieur, conservait

une autonomie d'action suffisante ou des liens significatifs avec l'économie du pays d'accueil.

Ce pragmatisme relativise le critère du siège social en faveur du centre de décision du groupe, qui influence la filiale. Pourtant, ce critère n'a pas permis de dégager une solution de principe pour la nationalité des filiales. Les tribunaux continuent d'adopter une démarche pragmatique. Ainsi, le fait qu'une société reçoive des directives de l'extérieur ne suffit pas à modifier sa nationalité si elle conserve les moyens matériels et intellectuels de poursuivre ses objectifs sociaux propres.

Les analyses juridiques sur la nationalité des groupes peuvent sembler insuffisantes. Peut-on concevoir que des sociétés désormais "globales" soient exemptes de tout lien de nationalité ? Une recherche récente sur l'entreprise et les conflits internationaux de lois propose l'idée d'une nationalité "consolidée" pour un groupe, sans porter atteinte à la nationalité propre des filiales.

iii. Loi applicable

Le groupe transnational de sociétés n'étant pas régi par un ensemble de règles matérielles spécifiques, il est nécessaire de se référer au droit commun des sociétés. Il convient alors de se demander si chaque société du groupe est régie par sa propre lex societatis, ou si l'appartenance au groupe influence la loi applicable. Une telle influence pourrait se manifester en faveur de la loi de la société dominante, au détriment de la loi des sociétés contrôlées. Cela permettrait de consacrer juridiquement le phénomène de domination au sein du groupe. En pratique, la détermination de cette loi est complexe, d'autant plus que le groupe ne se formalise pas systématiquement par un accord dévoilant ses composantes et son organisation. La proposition de se fonder sur le centre de décision du groupe se heurte à la géométrie évolutive du groupe transnational.

Théoriquement, les arguments en faveur de l'application de la loi de la société dominante paraissent faibles en comparaison de l'application de la lex societatis à chaque société du groupe. L'appartenance d'une société à un groupe ne saurait l'exonérer de sa propre lex societatis, notamment pour son fonctionnement interne. C'est la solution attendue par les actionnaires, les salariés, et les tiers.

Les relations entre les sociétés du groupe sont rarement prises en compte par le droit commun des sociétés (liens mère-filiale, pouvoirs de direction, protection des actionnaires minoritaires, créanciers). C'est à la loi de chaque filiale de trancher ces questions, en déterminant les prérogatives attachées à une participation de contrôle. La célèbre affaire Fruehauf a illustré cette solution en protégeant les actionnaires minoritaires d'une filiale française contre une directive de la société mère américaine, imposant la rupture d'un contrat avec la Chine, en violation de la politique étrangère américaine.

L'application de la loi propre à chaque société du groupe n'exclut pas la prise en compte des relations intra-groupe dans l'ordre juridique désigné. Ainsi, une mesure prise dans l'intérêt du groupe peut, sous certaines conditions, être licite, même si elle est préjudiciable à une filiale. L'arrêt Rozenblum a justifié en France les accords d'omnium de trésorerie entre les sociétés du groupe.

2. Réalité pratique du groupe de sociétés

La prise en compte de la réalité du groupe transnational de sociétés varie considérablement selon qu'elle se situe au niveau d'un ordre juridique étatique ou au niveau international. Le législateur ou la jurisprudence peuvent chercher à prendre en compte la réalité du groupe en fonction des objectifs poursuivis par des règles intervenant dans différentes matières. Dans ces cas, le réalisme prime. Sur le plan des instruments internationaux, le groupe est souvent appréhendé en fonction de l'impact social de ses activités. Les règles de conduite issues du droit souple occupent une place importante dans ce cadre.

a. Réalité jurisprudentielle du groupe

Alors que la fragmentation juridique du groupe impose souvent aux États, dont les lois s'appliquent ou dont les tribunaux sont saisis, de ne pas reconnaître l'unité du groupe, il arrive que la réalité de ce dernier soit prise en compte, parfois au détriment du principe de l'autonomie des personnes morales. Dans ces situations, le groupe sert de cadre d'adaptation pour l'application de diverses règles, mais la dynamique provient des règles ou des institutions concernées, et non du groupe lui-même, dont le statut juridique reste inchangé.

– Responsabilité. La qualité de société mère au sein d'un groupe ne constitue pas, à elle seule, une base suffisante pour imputer à celle-ci la responsabilité des dettes ou des affaires d'une filiale. Des éléments supplémentaires sont nécessaires. Par exemple, la société mère peut avoir garanti, par une lettre d'intention, l'exécution des engagements d'une filiale. Elle peut également s'être immiscée dans l'exécution d'un contrat ou dans la gestion de la filiale. Ainsi, une sentence arbitrale a été déclarée opposable à la société mère italienne d'une société française en raison de l'immixtion de la première dans la gestion de la filiale. Cette immixtion, engageant une responsabilité délictuelle, a fondé la compétence internationale des tribunaux saisis.

Dans un autre cas, un arrêt de la Court of Appeal (*Court of Appeal* {*Civil Division*} *2012 EWCA CIV 525, Rev. crit. 0/P 2013. 632 obs. H. Muir Watt*) a établi, dans le cadre d'un dommage causé par l'amiante à un salarié d'une filiale, que la société mère pouvait être tenue responsable de la santé et de la sécurité des salariés de cette filiale, dans des circonstances appropriées. La société mère disposait d'une meilleure connaissance des conditions de sécurité et de santé, ce qui justifiait la reconnaissance de sa responsabilité. D'autres affaires ont par la suite montré que les juridictions anglaises, avec les nuances nécessaires, prenaient en compte la réalité du groupe international de sociétés en matière de compétence et de responsabilité (*Cour suprême du Royaume-Uni, 10 avr/ 2019, [2019) UKSK 20, « La saga juridiction- nelle VEDANTA [suite) : le devoir de vigilance de la société-mère à l'égard des tiers», Rev. crit. 0/P 2019. 504, note H. Muir Watt; High Court, Queen's Bench Division-Royaume-Uni, 2 mars 2020 [2020), « Le contentieux international pour atteinte à l'envi- ronnement : la responsabilité de Royal Dutch Shell au Ni,géria », Rev. crit. 0/P 2020. 577, note H. Muir Watt. Pour une jurisprudence nord-américaine moins favorable, cf. Cour d'appel du 11• circuit (USA) 24 juill. 2014, Rev. crit. 0/P 2014. 851, note H. Muir Watt; sur l'ensemble de la question sous l'angle de la compétence juridictionnelle, cf. F. Marrella*).

Aspects fiscaux et du droit du travail. Sur le plan fiscal, l'appartenance à un groupe transnational de sociétés peut être prise en compte pour éviter des cumuls d'imposition. En droit du travail international, la mobilité des salariés au sein d'un groupe peut être un

critère pour déterminer l'employeur. Ainsi, plusieurs sociétés du groupe peuvent se voir attribuer la qualité d'employeur, en fonction des circonstances. C'est également au sein du groupe transnational que s'applique l'obligation de reclassement des salariés prévue par l'article L. 1231-5 du Code du travail.

En matière de protection de l'environnement, la loi Grenelle II a mis en place un dispositif permettant d'impliquer les sociétés mères en cas de pollution causée par une de leurs filiales. Ce dispositif comporte deux volets : le premier repose sur une prise en charge volontaire par la société mère des obligations incombant à la filiale ; le second permet d'engager la responsabilité de la société mère en cas de liquidation judiciaire de la filiale, notamment si une faute de gestion de la société mère est démontrée. La société mère peut alors être condamnée à prendre en charge les frais de remise en état du site affecté par la cessation d'activité de la filiale.

– Arbitrage international. Dans le domaine de l'arbitrage international, la réalité du groupe transnational de sociétés a également été prise en compte. Cela a permis d'étendre la convention d'arbitrage à d'autres sociétés du groupe auxquelles appartient la société signataire. Cette extension ne peut toutefois se fonder uniquement sur la constatation de l'unité économique du groupe. Elle dépend des attentes des parties et du comportement des différentes entités au moment de la conclusion ou de l'exécution du contrat auquel se rapporte la convention d'arbitrage. La sentence **Dow Chemical** illustre bien cette approche.

– Droit de la concurrence. Le droit de la concurrence adopte une approche réaliste propre au droit économique, qui permet de mieux prendre en compte le phénomène des groupes de sociétés, qu'ils soient transnationaux ou non. En recourant au concept d'« entreprise », le droit de la concurrence se libère des contraintes imposées par la distinction entre entités dotées d'une personnalité juridique distincte. Ainsi, une société mère, une société holding, des sous-ensembles de sociétés, voire un groupe entier, peuvent être qualifiés d'entreprise. Si une filiale n'a pas d'autonomie pour définir sa stratégie sur un marché déterminé, elle peut échapper aux règles réprimant les ententes anticoncurrentielles, ce qui est le cas des accords intra-groupes. En revanche, si le groupe est qualifié d'entreprise, les comportements de l'une des filiales peuvent être imputés à la société mère.

b. Droit souple et règles de conduite

Diverses tentatives ont été faites pour réglementer les activités des sociétés transnationales au niveau international.

– Responsabilité. Dans le cadre du droit souple, deux textes traitent de la responsabilité des sociétés transnationales et proposent des solutions pour faciliter la mise en œuvre de cette responsabilité au sein des groupes, notamment en raison des dommages causés par leurs activités. L'Institut de droit international a adopté une résolution sur les obligations des sociétés transnationales et de leurs filiales, permettant aux États d'imputer une responsabilité aux sociétés dominantes, dans certaines conditions. Cette résolution, ambitieuse et réaliste, aurait mérité une plus grande attention.

Plus récemment, lors de sa 75e conférence (Sofia, 2012), l'Association de droit international a adopté les **Lignes directrices de Sofia** sur les meilleures pratiques en matière d'actions civiles pour violation des droits de l'homme. Ces lignes visent à établir

des règles adaptées à la compétence internationale des juridictions nationales, à la détermination du droit applicable, et à l'effet des jugements rendus sur ces bases. La question de la responsabilité directe fondée sur le droit international reste cependant d'actualité.

– **Règles de conduite.** En général, le droit souple n'a pas été dépassé dans ces tentatives. Le 20 juin 1976, le Conseil des ministres de l'OCDE a adopté trois recommandations établissant des principes directeurs pour les sociétés transnationales, régulièrement actualisées. La dernière version de ces **Principes directeurs** date du 25 mai 2011, et figure dans la Déclaration de l'OCDE sur l'investissement international et les entreprises multinationales.

Certaines organisations internationales avaient déjà élaboré des textes précurseurs. Ainsi, le conseil d'administration de l'OIT avait adopté, le 16 novembre 1979, une réglementation de principe sur les firmes multinationales. La Commission de l'ONU sur les firmes transnationales avait également joué un rôle pionnier en adoptant en 1984 un projet de Code de conduite, qui insistait notamment sur le respect de la souveraineté des États, la protection de l'environnement, et la promotion de l'innovation et des transferts de technologie.

Au-delà de la responsabilité juridique, une responsabilité sociale plus diffuse émerge, parfois désignée comme responsabilité « sociétale » de l'entreprise. Elle repose sur la prise de conscience de la puissance des groupes de sociétés sur la scène internationale. Cette responsabilité influence les règles de conduite que les entreprises s'imposent elles-mêmes, tant au niveau de leur fonctionnement interne (relations avec les salariés) que dans leurs rapports avec les cocontractants et les tiers affectés par leurs activités.

Un rapprochement s'impose également avec l'éthique, souvent sollicitée à ces mêmes fins. Ce stade, cependant, est souvent dépassé.

c. Droits de l'homme et lutte contre les pratiques illicites

En matière de protection des droits de l'homme, de nombreuses violations ont été alléguées contre des groupes transnationaux de sociétés. Il ne s'agit pas seulement de créer des règles spécifiques pour ces sociétés, mais aussi de les inciter à respecter ces règles et, le cas échéant, à sanctionner leur violation. Le **Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises**, rédigé par John Ruggie, fait autorité sur ce sujet. De plus, la norme **ISO 26000** comporte des lignes directrices à l'intention des entreprises dans divers domaines, sous l'égide de la « responsabilité sociétale » des entreprises. Le **Global Compact** des Nations unies, un ensemble de principes proposé aux acteurs du commerce international, a rencontré le succès escompté par ses promoteurs.

Il est essentiel de ne pas négliger les engagements unilatéraux pris par les entreprises dans leurs codes de conduite, ni de sous-estimer l'importance des actions en justice qui peuvent parfois s'avérer indispensables pour faire respecter les droits de l'homme. Ce mouvement, basé sur les engagements volontaires des entreprises, n'empêche cependant pas d'observer un « accroissement des disciplines externes de l'entreprise », lesquelles peuvent emprunter plusieurs voies.

Il serait erroné de penser que les États sont démunis en matière de protection des droits

de l'homme face aux sociétés transnationales. En réalité, les droits de l'homme confèrent aux États un pouvoir considérable pour en assurer le respect, dans la mesure où ces droits reposent sur de véritables obligations internationales, qui incombent principalement aux États, et non directement aux entités privées. À cet égard, il est pertinent de suivre de près le développement, au sein des Nations unies, du projet intitulé *"Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises"*.

En outre, de nouveaux concepts juridiques émergent, exprimant au sein même des sociétés transnationales des devoirs, voire des obligations, qui se concrétisent par l'adoption de règles de conduite. Un de ces concepts est celui de **l'accountability**, qui désigne une obligation continue de "rendre des comptes", proche de l'idée de transparence, à laquelle les entreprises doivent se conformer.

– **Le devoir de vigilance et droits humains, protection de la santé, et de l'environnement.** La conformité des comportements ou des projets à certaines normes est de plus en plus évaluée en amont, et non seulement après coup, lorsque des dommages ont déjà été causés. Le concept de **compliance** ou de **devoir de vigilance** s'est progressivement diffusé au sein des grandes entreprises. Ce phénomène consiste pour l'entreprise à s'assurer de l'observation, au niveau de sa propre gouvernance interne, des principes de protection (droits de l'homme, environnement, santé) adoptés par les législateurs ou régulateurs externes, et à les traduire en règles de conduite internes, propres à prévenir les dommages et les responsabilités potentielles qui pourraient en découler.

La France a intégré ce principe de devoir de vigilance dans son droit avec la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017, relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre. Les obligations de compliance qui incombent aux entreprises peuvent également conditionner le volet financier de certains projets. De plus, les entreprises sont souvent les sujets indirects des sanctions internationales visant certains États. En effet, les sanctions économiques, telles que les embargos ou interdictions de commercer avec des entreprises basées dans des pays sous sanctions, ont des répercussions sur la conclusion et l'exécution des contrats. Les entreprises doivent être très vigilantes, sous peine de s'exposer à de lourdes sanctions elles-mêmes.

– Corruption. Le phénomène de la corruption internationale est abordé par plusieurs conventions internationales, relayées ensuite dans les législations nationales. En France, la loi Sapin II a instauré un ensemble d'obligations pour les entreprises, notamment à travers la mise en place d'un programme de conformité. Ce programme impose l'identification des situations à risque, la sensibilisation des personnels, ainsi que la mise en place de procédures rigoureuses de contrôle et d'évaluation.

IV. – La défaillance internationale des sociétés

Une distinction doit être effectuée entre le droit commun et le droit européen de la faillite internationale, en laissant de côté d'autres droits pourtant bien construits comme le droit OHADA : l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives comporte non seulement des dispositions de droit interne (prévention, redressement judiciaire et liquidations des biens) mais aussi de « droit international interne » qui régissent les procédures collectives internationales de la zone OHADA.

A. – Le droit commun de la faillite internationale

1. – Les compétences juridictionnelle et législative

– La compétence juridictionnelle

D'après l'article R. 600-1 du Code de commerce le tribunal territorialement compétent pour connaître de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire est celui dans le ressort duquel le débiteur a le siège de son entreprise ou, à défaut de siège en territoire français, le centre principal de ses intérêts en France.

Par conséquent, le juge français sera compétent lorsque :

– le débiteur soumis à la procédure collective est établi en France. Dans ce cas, les effets de la faillite ne sont pas limités au territoire français, mais ont une vocation universelle (Civ. 1re, 19 nov. 2002, *Banque Worms*, *JCP* 2002. II. 10201, concl. J. Sainte-Rose, note S. Chaillé de Néré) sous la nuance de son acceptation par les ordres juridiques étrangers ;

– sans être établi en France, le centre principal des intérêts du débiteur est en France, cette notion s'entendant en jurisprudence comme « le principal de ses établissements secondaires » (Com., 19 janv. 1988, *D.* 1988. 565, note J.-P. Remery ; Com., 26 oct. 1999, *Bull. Joly* 2000, p. 385, note M. Menjucq). Cette notion peut être entendue de manière extensive (Com., 26 oct. 1999, *Bull. Joly* 2000, p. 385, note M. Menjucq).

Dans cette seconde hypothèse de compétence, la procédure ouverte en France n'a qu'une portée locale.

– les articles 14 et 15 du Code civil sont applicables.

Le juge français peut donc être compétent sur le fondement des articles 14 et 15 du Code civil si leurs conditions sont réunies. Ainsi, en application de l'article 14 par exemple, un créancier français peut demander que son débiteur étranger, même s'il n'a pas d'établissement en France, y soit mis en redressement ou en liquidation judiciaire (Com., 19 mars 1979, *Bull. civ. IV*, n° 104).

En matière interne, l'article L. 721-8 du Code de commerce réserve, pour certaines procédures, la compétence à des tribunaux de commerce spécialement désignés. C'est le cas par exemple lorsque l'entreprise a un nombre de salariés supérieur ou égal à 250 et un chiffre d'affaires d'au moins 20 millions d'euros. Ce sont ces tribunaux spécialisés qui sont désormais également compétents pour les procédures d'insolvabilité principales ouvertes à l'égard d'un débiteur qui possède un établissement sur le territoire d'un autre État membre de l'Union européenne et pour les procédures secondaires ou territoriales (v. ci-dessous la compétence internationale).

– La compétence législative

Lorsque le juge français est compétent pour prononcer une procédure collective, cette dernière est soumise à la loi française. L'équation est donc juge français – loi française. Cette loi a un large domaine car elle régit toutes les questions relatives à la procédure collective.

2. – Les effets en France du jugement étranger de faillite

Si le jugement de redressement ou de liquidation judiciaire en France produit ses effets partout où le débiteur a des biens, sous les réserves des traités internationaux ou d'actes communautaires et dans la mesure de leur acceptation par les ordres juridiques étrangers, les effets en France du jugement étranger de faillite dépendent de l'obtention ou non de l'*exequatur*.

En l'absence d'*exequatur*, le jugement étranger a de moindres effets relatifs à l'administration de l'entreprise mais il reste inefficace sur la situation des créanciers. Le débiteur n'est pas dessaisi de l'administration de son patrimoine.

L'*exequatur* est nécessaire pour que le jugement étranger bénéficie en France de la chose jugée et de la force exécutoire. Pour l'essentiel, l'obtention de l'*exequatur* est conditionnée par la vérification des conditions de droit commun auxquelles s'ajoute l'inexistence d'un jugement français ayant prononcé la faillite. Cet *exequatur*… peut être demandé par voie incidente dans une instance qui n'a pas pour objet principal ce jugement (Civ. 1re, 10 janv. 2018, n° 16-20.416, *D.* 2018. 118, obs. F. Jault-Seseke). La Cour confirme ainsi que les jugements étrangers demeurent soumis à *exequatur* constitutif de leur efficacité en France même si cet *exequatur* peut désormais être obtenu plus facilement, pendant un procès ayant un autre objet.

En cas d'obtention, le jugement d'*exequatur* produit tous ses effets en France.

B. – Le droit européen de la faillite internationale

Il est issu du Règlement CE n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité entré en vigueur le 31 mai 2002 (*JOCE* L. 160 du 30 juin 2000, p. 1). Il a été l'objet en France d'une circulaire d'application du 17 mars 2003 et est remplacé depuis le 26 juin 2017 par un nouveau règlement (v. ci-dessous). Il continuera toutefois de s'appliquer aux procédures ouvertes avant le 26 juin 2017. La CJUE a conféré à ce règlement une portée européenne qui est contestée par la doctrine (CJUE, 1re ch., 16 janv. 2014, aff. C-328/12, *JCP* 2014. 253, F. Mélin, *JCP* 2014. 977, n° 10, obs. M. Menjucq ; v. approuvant la décision, P. Nabet, *Bull. Joly Entrep. diff.* 2014, p. 273, et la critiquant, J.-L. Vallens, *Rev. proc. coll.* 2014, étude 16).

Un nouveau Règlement UE 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité est désormais en vigueur.

Ce règlement apporte un changement important en droit européen des procédures d'insolvabilité avec notamment l'insertion dans les droits des États membres des règles en faveur des procédures négociées et des plans de restructuration. Ramenées à l'essentiel, les principales dispositions sont relatives :

– à la meilleure définition du critère principal de compétence juridictionnelle, le centre des intérêts principaux du débiteur qui s'intègre parfaitement désormais dans la lutte contre le *forum shopping*. Une disposition anti *forum shopping* est créée pour lutter contre les

déplacements motivés par la recherche de la législation la plus favorable aux intérêts du débiteur,
– à la meilleure articulation entre les procédures principales et secondaires qualifiées de procédures parallèles,
– au traitement de l'insolvabilité des groupes,
– au développement des coopérations entre les organes de procédure tant dans le cadre des procédures parallèles que dans celui du traitement des groupes de sociétés,
– à l'offre élargie des instruments au service du redressement du débiteur : champ d'application élargie aux procédures de pré-insolvabilité et aux procédures partiellement collectives,
– à la création de deux nouvelles procédures européennes : la procédure synthétique et celle de coordination collective,
– au renforcement de la sécurité juridique, améliorant ainsi la situation des créanciers par la création des registres de l'insolvabilité européenne et leur interconnexion.

En France, la législation a été modifiée par ordonnance pour accompagner le nouveau Règlement (V. Ord. n° 2017-1519 du 2 nov. 2017, *JO* 3 nov. 2017). Le Code de commerce a désormais une section relative aux règles particulières de mise en œuvre du règlement européen (Livre VI, Titre IX, article L. 690-1 et s. issus de l'article 2 de l'ord.).

Certaines dispositions de l'ordonnance ont été complétées par décret (Décr. n° 2018-452 du 5 juin 2018, *JO* du 7 juin). Par exemple, l'article 3 de l'ordonnance apporte des précisions sur la compétence des tribunaux de commerce spécialisés selon l'article L. 721-8 du Code de commerce. Ils doivent connaître de toute procédure ouverte en France sur le fondement du règlement européen qu'elle soit principale, secondaire ou territoriale, ainsi que des procédures de coordination collectives (art. 61 du règl.) ou de toute instance française liée aux procédures secondaires (art. 36 du règl.).

On présentera le règlement de 2000 en précisant les apports du nouveau règlement.

1. – Domaine

Le Règlement s'applique « aux procédures collectives fondées sur l'insolvabilité du débiteur qui entraînent le dessaisissement partiel ou total de ce débiteur ainsi que la désignation d'un syndic » (art. 1-1). Cette définition ne comporte ni intervention du juge, ni liquidation des biens. Pour la France, la sauvegarde, le redressement et la liquidation judiciaires sont concernés (annexe A du Règlement modifié par le Règlement 694-2006 du 27 avr. 2006). Ne sont en revanche pas concernées les procédures de surendettement des particuliers (Civ. 2e, 17 mars 2016, no 14-26-868).

L'article 1er-2 écarte de son domaine d'application les procédures d'insolvabilité concernant les entreprises opérant dans un secteur particulier. Sont exclus notamment :

– les entreprises d'assurances. S'agissant de ces activités il existe une directive n° 2001/17 du 19 mars 2001 sur l'assainissement et la liquidation des entreprises d'assurance, transposée en France par l'ordonnance n° 2004-504 du 7 juin 2004 ;
– les établissements d'investissement, les banques et les établissements de crédit. En ce qui concerne ces derniers, d'après la directive n° 2001/24 du 4 avril 2001 sur

l'assainissement et la liquidation des banques et autres établissements de crédit (transposée en France par une ordonnance n° 2004/1127 du 21 oct. 2004), si un établissement de crédit ayant des succursales dans plusieurs pays est en état d'insolvabilité, la liquidation s'inscrit dans une procédure unique d'insolvabilité engagée dans l'État d'origine (celui où l'établissement a son siège statutaire) et régi en matière de faillite par le droit unique de ce pays.

2. – Contenu

Le Règlement prévoit essentiellement des règles relatives à :

– la juridiction compétente ;
– la loi applicable ;
– la reconnaissance et la coordination des procédures ;
– l'égalité des créanciers.

a. Juridiction compétente

Essayant de concilier les théories de l'universalité et de la territorialité de la faillite, le Règlement de 2000 admet l'ouverture de deux procédures :

– Une procédure principale ayant une portée universelle. Elle est ouverte par les juridictions de l'État où se situe le centre des intérêts principaux du débiteur (art. 3-1). Le centre des intérêts doit être apprécié à la date de la demande d'ouverture de la procédure (CJUE, 7e ch., 24 mai 2016, aff. C-353/15, *Rev. crit. DIP* 2016. 692, note L. d'Avout, *D.* 2017. 1024, obs. F. Jault-Seseke). Pour les sociétés et personnes morales, il est présumé que ce centre est le lieu du siège social. Il n'y a pas de présomption selon laquelle le centre des intérêts principaux du débiteur personne physique est son domicile ou sa résidence et il convient de rechercher directement le « lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est donc vérifiable pour les tiers » (Com. 15 févr. 2011, n° 10-13882).

Un arrêt précise la priorité d'ouverture d'une procédure principale d'insolvabilité en cas de saisine parallèle de juridictions d'États membres différents, la Cour de cassation décidant que le conflit entre une décision d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et une instance en cours visant l'ouverture d'une telle procédure doit se résoudre en faveur de la décision d'ouverture déjà intervenue qui doit être internationalement reconnue, et non en fonction des dates respectives de saisine des juridictions (Com. 27 mai 2014, n° 13-14.956, *JCP* 2014, chron. 977, n° 11, obs. M. Menjucq).

Cette procédure principale concerne tous les biens du débiteur quel que soit le lieu de leur situation.

– Une procédure secondaire ayant une portée territoriale. Elle est ouverte par les juridictions de l'État sur le territoire duquel se situe seulement un établissement du débiteur (art. 3-2).

Cette procédure secondaire ne concerne que les biens du débiteur situés sur le territoire du juge compétent.

Un arrêt a apporté d'utiles précisions sur l'**articulation entre ces deux procédures** (CJUE, 1re ch., 11 juin 2015, aff. C-649-13, *D.* 2015. 1514, note R. Dammann et M. Boché-Robinet).

Rendu dans la célèbre affaire de la faillite du groupe de télécommunication Nortel, la CJUE décide :

– les articles 3-2 et 27 du Règlement no 1346-2000 du 29 mai 2000 doivent être interprétés en ce sens que les juridictions de l'État membre d'ouverture d'une procédure secondaire d'insolvabilité sont compétentes, alternativement avec les juridictions de l'État membre d'ouverture de la procédure principale, pour statuer sur la détermination des biens du débiteur entrant dans le périmètre des effets de cette procédure secondaire ;
– la détermination des biens du débiteur qui entrent dans le périmètre de cette procédure secondaire d'insolvabilité doit être effectuée conformément aux dispositions de l'article 2, g du règlement.

Un arrêt récent rendu sous l'empire de l'ancien Règlement et transposable au nouveau précise que le débiteur qui fait déjà l'objet d'une procédure principale d'insolvabilité dans un autre État membre de l'UE n'est pas tenu de déclarer son état de cessation des paiements en France où seule une procédure secondaire peut être ouverte (Com. 7 févr. 2018, n° 17-10056, *D.* 2018. 966 obs. F. Jault-Seseke, 1195, note R. Dammann et G. Podeur, 1947, obs. L. d'Avout ; *Rev. sociétés* 2018. 203, obs. L.-C. Henri et 396, obs. A. Reygrobellet). Ainsi, si une procédure collective est ouverte contre une personne morale dans l'État membre de son siège social et qu'une procédure est ultérieurement ouverte contre le même débiteur en France sans que la nature en soit précisée dans le dispositif du jugement d'ouverture, cette procédure postérieure ne peut être que secondaire au sens du Règlement tel qu'interprété par la CJUE.

– Le nouveau règlement de 2015 effectue une distinction :

La procédure principale est ouverte comme ci-dessus indiqué. Le créancier ou le débiteur peut attaquer devant une juridiction la décision d'ouverture de la procédure d'insolvabilité principale pour des motifs de compétence internationale (art. 5 §1). Le droit national peut ouvrir des voies de recours soit à d'autres parties soit pour d'autres motifs que l'absence de compétence internationale (art. 5 §2). C'est ce que fait le droit français en permettant au ministère public, par la voie de l'appel, et à tout créancier, par la même voie, ou la tierce opposition, de contester cette ouverture pour un motif de compétence internationale.

La procédure secondaire est celle ouverte par les juridictions d'un État où le débiteur possède un établissement, dès lors qu'une procédure principale a déjà été ouverte dans un État membre où est localisé le centre des intérêts principaux du débiteur (art. 3 § 3). L'ordonnance et le décret effectuent une distinction selon que la procédure secondaire soit ou non ouverte en France.

La procédure territoriale est quant à elle ouverte en considération d'un simple établissement du débiteur, sans qu'une procédure principale n'ait été au préalable ouverte dans un autre État (art. 3 § 4).

L'article L. 690-1 du Code de commerce rappelle cette articulation.

Comme indiqué ci-dessus ce sont les juridictions spécialisées de l'article L. 721-8 du Code de commerce qui ont cette compétence. Ainsi, le tribunal de commerce spécialisé compétent pour l'ouverture de la procédure d'insolvabilité sera celui dans le ressort duquel est situé le centre des intérêts principaux du débiteur ou un établissement de ce dernier.

b. Loi applicable

En principe, la loi applicable est celle de l'État dans lequel la procédure d'insolvabilité a été ouverte (art. 4 du Règlement de 2000 et art. 7 du Règlement de 2015). Cette loi régit notamment :

– les débiteurs susceptibles de faire l'objet de la procédure ;
– les biens objets de dessaisissement et ceux qui sont acquis par le débiteur après l'ouverture de la procédure ;
– les pouvoirs respectifs du débiteur et des syndics ;
– les conditions d'opposabilité d'une compensation ;
– les effets de la procédure (sur les contrats en cours ou sur les poursuites individuelles à l'exception des instances en cours) ;
– les créances à produire au passif du débiteur et le sort des créances nées après l'ouverture de la procédure ;
– les règles relatives à la production, à la vérification, à l'admission des créances, à la distribution du produit à la réalisation des biens, au rang des créances, au droit des créanciers ;
– les conditions et effets de la clôture de la procédure d'insolvabilité.

Deux exceptions existent à ce principe :

– la limitation des effets de la procédure principale à l'égard des droits réels des créanciers sur les biens du débiteur situés à l'étranger (art. 5 Règlement de 2000), de la compensation (art. 6 du Règlement de 2000) et de la clause de réserve de propriété (art. 7 du Règlement de 2000) ;
– la compétence d'autres lois que celle de l'État dans lequel la procédure a été ouverte (art. 8 à 15 du Règlement de 2000). Par exemple, c'est la loi du lieu de situation de l'immeuble qui seule régira les effets de la procédure d'insolvabilité sur le contrat donnant le droit d'acquérir l'immeuble ou encore les effets d'une telle procédure sur un contrat de travail seront exclusivement régis par la loi de l'État membre applicable au contrat de travail. La même logique s'applique pour les droits et obligations de ceux qui participent aux systèmes de paiement et aux marchés financiers, aux effets de la procédure sur les droits soumis à enregistrement, aux actes préjudiciables, à la protection du tiers acquéreur et aux effets de la procédure sur les instances en cours.

Un arrêt récent a précisé que relèvent de cet article 4, § 2, c'est-à-dire de la *lex fori concursus*, la déchéance de la créance ainsi que l'arrêt des poursuites individuelles (CJUE 9 nov. 2016, aff. C-212/15 : ENEFI, *JCP* 2017, 226, n° 9). La Cour rappelle que le sort des

créanciers n'ayant pas participé à la procédure d'insolvabilité n'est pas expressément mentionné par cet article mais elle n'est qu'indicative. Elle précise que toute autre interprétation porterait une atteinte sérieuse à l'efficacité de la procédure d'insolvabilité, en introduisant une inégalité entre les créanciers ayant produit leurs créances et ceux ne l'ayant pas fait qui trouveraient ainsi un avantage car pouvant demander le paiement intégral de leurs créances (considérant 23). Cette décision doit être approuvée.

c. Reconnaissance

En principe, toute décision ouvrant une procédure d'insolvabilité prise par une juridiction d'un État membre, compétente en vertu de l'article 3, est reconnue dans tous les autres États membres, dès qu'elle produit des effets dans l'État d'ouverture (art. 16 du Règlement de 2000). Les procédures principales et secondaires sont donc de plein droit reconnues.

Quelques exceptions :

– l'ordre public international : un État membre peut ne pas reconnaître une décision si cette reconnaissance (ou son exécution) peut produire des effets manifestement contraires à son ordre public et spécialement à ses principes fondamentaux ou aux droits et libertés individuelles garantis par sa constitution (art. 26 du Règlement de 2000). Cette hypothèse devrait être rare dans le commerce international (v. cependant rejetant un pourvoi fondé sur cet article mais marquant la vigilance des juridictions : Com. 15 févr. 2011, n° 09-71.436) ;
– l'incompétence de la juridiction étrangère (art. 14 du Règlement de 2000) ;
– l'absence de preuve de la nomination du syndic (art. 19 du Règlement de 2000) ;
– lorsque l'effet de la décision est de limiter la liberté individuelle ou le secret postal (art. 25-3 du Règlement de 2000).
La décision reconnue produit, dans tout État membre, sans aucune formalité, les effets importants que la loi d'ouverture lui attribue. Ainsi, les pouvoirs conférés par cette loi de l'État d'ouverture au syndic peuvent être exercés par lui sur le territoire d'un autre État membre.

d. Coordination des procédures (art. 3 du Règlement de 2000), coopération et communication des praticiens et des juridictions

Pour éviter le « conflit de procédure », le Règlement de 2000 prévoit des dispositions limitant matériellement et territorialement la procédure secondaire et organisant la coordination de l'action des syndics.

Cette coordination se traduit par une hiérarchisation des procédures en faveur de la procédure principale.

Le Règlement de 2015 va plus loin.

Pour éviter toutes les difficultés causées lorsque le même débiteur est soumis à plusieurs procédures d'insolvabilité parallèles, l'une dans l'État membre du centre de ses intérêts principaux et les autres dans d'autres États membres où il dispose d'établissements, ce qui

peut entraîner la compétence de plusieurs juridictions et la présence de plusieurs praticiens d'insolvabilité, le règlement prévoit un mécanisme de coopération et de communication des praticiens entre eux, des juridictions entre elles ainsi que des uns avec les autres (art. 41 s.).

Cette coopération dont l'objectif est aussi de permettre une résolution optimale des difficultés du débiteur peut prendre la forme d'accords ou de protocoles (art. 41 et 56).

La même perspective a été créée lorsque plusieurs sociétés d'un même groupe sont soumises à des procédures d'insolvabilité (art. 56 s.).

Le Code de commerce comporte désormais des dispositions permettant la mise en œuvre de ces coopérations et communication (art. L. 695-1).

e. Égalité des créanciers

Elle est assurée à travers leur information, la production des créances et le paiement. Le nouveau règlement garantit aux créanciers étrangers de pouvoir déclarer leurs créances dans la procédure et oblige la juridiction compétente (ou le praticien de l'insolvabilité désigné) à les informer sans délai. L'article R. 693-2 du Code de commerce apporte des précisions à cet effet en imposant que le mandataire judiciaire informe les créanciers étrangers de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, de l'obligation de déclarer leurs créances, du délai pour le faire et des sanctions encourues en cas de dépassement de ce délai, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par courrier électronique avec demande d'avis de réception s'ils y ont consenti.

f. Situation des groupes de société : procédure de coordination collective et coopération

Pas plus le nouveau règlement que l'ancien ne contiennent de dispositions permettant d'envisager de manière unitaire les difficultés rencontrées par les différentes sociétés d'un même groupe. Si le règlement de 2015 ne prévoit pas la possibilité d'ouvrir une procédure d'insolvabilité unique contre l'ensemble des sociétés d'un même groupe, il prévoit cependant un nouveau type de procédure spécifique aux groupes de société : la procédure de coordination collective.

En conclusion, il faut ajouter ici que la Commission européenne a présenté le 22 novembre 2016, une proposition de directive sur les procédures préventives de restructuration, sur la seconde chance et sur les mesures accroissant l'efficacité des procédures de restructuration, d'insolvabilité et de décharge de dettes (Parl. UE et Cons. UE, dir., 2016/0359, 22 nov. 2016). L'UE souhaite une harmonisation des législations nationales pour favoriser les sauvetages précoces et protéger les emplois. À plus long terme, l'objectif visé est d'arriver à une plus grande sécurité juridique pour les créanciers et, par conséquent, favoriser les investissements transfrontaliers. Il s'agit aussi de donner une seconde chance aux entrepreneurs, objectif louable, mais difficile à atteindre tant les droits nationaux des États membres sont éloignés dans ces domaines.

Il convient de signaler pour terminer sur ces questions que la CNUDCI a élaboré une loi type sur l'insolvabilité en 1977 qui s'applique aux effets internationaux des procédures collectives ouvertes contre tout débiteur, fondées sur l'insolvabilité, et qui nécessitent la coopération entre des tribunaux ou des syndics d'États différents. Des États ont adopté des législations fondées sur cette loi type notamment le Mexique, l'Afrique du Sud, le Japon, les USA ou le Royaume Uni.

V. La société européenne (SE)

Pendant longtemps qualifiée avec ironie de « serpent de mer communautaire », la société européenne a (enfin ?) été approuvée lors de la conférence intergouvernementale de Nice de décembre 2000. Le Conseil des ministres de l'Union européenne a adopté une double proposition de règlement relative au statut de la société européenne et de directive concernant l'implication des travailleurs dans la société européenne. Les textes définitifs ont été adoptés :

– le Règlement du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (JOCE n° L. 294 du 10 nov. 2001). Ce texte est désormais intégré dans le Code de commerce, notamment aux articles L. 229-1 à L. 229-15 sous un chapitre IX intitulé « De la société européenne » (issu d'une loi du 26 juill. 2005 complétée par un décret d'application du 14 avril 2006).

– la Directive 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001 complétant le statut de la société européenne en ce qui concerne l'implication des travailleurs (JOCE n° L. 294 du 10 nov. 2001). Ce texte est introduit dans le Code du travail aux articles L. 2351-1 à L. 2353-32.

En 2014, environ 2 115 sociétés européennes seulement avaient été constituées en Europe, dont à peine 34 en France (succès important cependant en Allemagne).

A. – Les principales règles de la société européenne proprement dite

Elles sont contenues dans le Règlement du 8 octobre 2001 préc., les articles L. 229-1 à L. 229-15 du Code de commerce et les dispositions applicables aux sociétés anonymes non contraires aux précédents articles (art. 229-1 al. 2).

1. – Dispositions générales

L'objectif du Règlement est clairement défini dans les considérants 10 et 11. Aux termes du considérant 10, « l'objectif essentiel… (est) qu'une SE puisse être constituée aussi bien pour permettre à des sociétés d'États membres différents de fusionner ou de créer une société holding que pour donner la possibilité à des sociétés et à d'autres personnes morales exerçant une activité économique et relevant du droit d'États membres différents de créer des filiales communes ». Le considérant 11 ajoute qu'il « convient de permettre à une société anonyme ayant son siège statutaire et son administration centrale dans la Communauté de se transformer en SE sans passer par une dissolution, à condition que cette société ait une filiale dans un État membre autre que celui de son siège statutaire » Il s'agit essentiellement de permettre la création d'une société qui a son propre cadre juridique en essayant d'éviter les contraintes juridiques et pratiques des différents ordres juridiques.

D'autres considérants apportent des précisions et opèrent plusieurs renvois aux législations nationales :

– le Règlement ne couvre pas la fiscalité, la concurrence, la propriété intellectuelle ou l'insolvabilité. Ces domaines relèvent des dispositions du droit des États membres ou du droit communautaire applicables (Considérant 20) ;

– lorsqu'une entreprise contrôle une autre entreprise relevant d'un ordre juridique différent, ses droits et obligations en matière de protection des tiers et des actionnaires minoritaires sont régis par le droit auquel est soumise l'entreprise contrôlée (considérant 15).

Forme de la société européenne : société anonyme constituée sur le territoire de la Communauté (art. 1er).

Capital minimum : 120 000 € (art. 4-2).

Siège : il doit être dans le même État membre que celui où est installée son administration centrale (siège réel, art. 7). Le transfert du siège social d'un État membre à un autre est possible, sans dissolution ni création d'une personne morale nouvelle (art. 8).

Rattachement : à « défaut » de dispositions du Règlement, la législation nationale qui est subsidiairement applicable à la société européenne est celle de l'État membre dans lequel la société a fixé son siège statutaire (art. 9).

Dénomination : la société européenne doit faire précéder ou suivre sa dénomination sociale du sigle SE qui lui est réservé (art. 11-1 et 2).

Immatriculation :

– en principe, la SE doit être immatriculée dans l'État membre de son siège statutaire (art. 12-1), elle n'a donc pas d'immatriculation européenne ;

– elle ne peut l'être qu'en cas d'accord sur l'implication des travailleurs (art. 12-2) ;

– elle permet à la SE d'avoir la personnalité juridique (art. 16-1) ;

– une double publicité est exigée : la première est requise au plan national, conformément aux modes prévus par la législation de l'État membre du siège statutaire de la SE (art. 13). La seconde est au plan européen : la publicité de l'immatriculation et de la radiation doit faire l'objet d'un avis publié pour information au *JOCE*.

2. – Constitution de la SE

Loi applicable : outre le Règlement, la constitution de la SE relève de la loi applicable aux sociétés anonymes de l'État de son siège statutaire (art. 15).

Cinq possibilités de constitution :

– la fusion de sociétés anonymes (art. 17-1).

Elle peut prendre la forme d'une fusion par absorption (art. 17-2-a) ou d'une fusion par constitution d'une nouvelle société (art. 17-2-b) ;

– la constitution d'une SE holding par des sociétés anonymes ou des sociétés à responsabilité limitée ;

– la constitution d'une SE/filiale par toute société ;

– la transformation d'une SA en SE ;

– la création par une SE de filiales sous forme de SE.

Dans les trois premiers cas, deux au moins des sociétés « fondatrices » doivent relever du droit d'État membres différents. Dans le quatrième cas, la société anonyme doit avoir une filiale relevant du droit d'un État membre depuis au moins deux ans.

3. – Structures de la SE

Cette structure s'inspire largement de celle de la société anonyme :
– assemblée générale des actionnaires (art. 52 et s.). Son organisation, son déroulement et les procédures de vote relèvent de la législation de l'État membre du siège statutaire de la SE applicable aux SA (art. 53) ; la compétence de cette assemblée générale est la même que celle octroyée à l'assemblée générale des SA par le droit de l'État membre où la SE a son siège statutaire (art. 52) ;
– option entre un système dualiste (organe de surveillance et organe de direction, art. 39 et s.) et un système moniste (organe d'administration, art. 43 et s.). Cette diversité illustre les différentes organisations prévalant dans les sociétés anonymes en Europe.

4. – Comptes annuels et comptes consolidés

L'établissement, le contrôle et la publicité des comptes sont régis par les règles applicables aux sociétés anonymes du droit de l'État membre du siège statutaire (art. 61).

5. – Fin de la SE

La dissolution, la liquidation, l'insolvabilité et la cessation des paiements relèvent de la loi qui s'appliquerait à une société anonyme constituée selon le droit de l'État membre dans lequel la SE a son siège statutaire (art. 63).

B. – La participation des travailleurs à la société européenne

L'implication des travailleurs dans la société européenne a constitué pendant longtemps un blocage à l'adoption du statut de la société européenne. Aujourd'hui, la directive précitée organise cette question. Il ne s'agit pas de faire participer les travailleurs à la gestion journalière de la société car elle relève de la compétence des dirigeants, mais plutôt à la surveillance et au développement des stratégies de l'entreprise.

Cette implication des travailleurs concerne essentiellement l'information des travailleurs, leur consultation, leur participation et « tous autres mécanismes par lesquels les représentants des travailleurs peuvent exercer une influence sur les décisions à prendre au sein de l'entreprise » (art. 2-h).

Enfin, la société européenne n'est pas la seule forme de « sociétaire européenne ». On peut citer également :

– le Groupement européen d'intérêt économique. Il est issu d'un Règlement 2137/85 du Conseil des communautés européennes du 25 juillet 1985. Aujourd'hui les textes la régissant en France sont les articles L. 252-1 à L. 252-13 du Code de commerce ;

– la société coopérative européenne. Elle est issue du Règlement CE n° 1435/2003 du 22 juillet 2003 (*JOUE* n° l 207, 18 août 2003, p. 1) et de la directive 2003/72/CE du 22 juillet 2003 sur l'implication des travailleurs (*JOUE* n° 207, 18 août 2003, p. 25).

Le Règlement est entré en vigueur le 18 août 2006.

Aux termes de l'article 1er-3 du Règlement, la société coopérative européenne a pour objet « la satisfaction des besoins et/ou le développement des activités économiques et ou sociales de ses membres, notamment par la conclusion d'accords avec ceux-ci en vue de la fourniture de biens ou services ou de l'exécution de travaux dans le cadre de l'activité que la société coopérative européenne exerce ou fait exercer ».

CHAPITRE 3 LES OPERATIONS DU COMMERCE INTERNATIONAL

Le commerce international donne naissance à une multitude de contrats, nommés ou innommés, dont les qualifications juridiques varient. La plupart du temps, ces contrats concernent des ventes, lesquelles, en raison de leur caractère international, s'accompagnent nécessairement de un ou plusieurs transports. Ces deux types de contrats, intrinsèquement complémentaires, forment le cœur même des opérations commerciales à l'échelle internationale. Les contrats de mandat, et plus largement de représentation, sont tout aussi cruciaux. Ils établissent le lien entre les opérateurs et leurs clients, voire entre les opérateurs eux-mêmes, et soulèvent des problématiques juridiques souvent complexes. En parallèle, les services logistiques et de distribution continuent de croître, exigeant un encadrement juridique plus adapté. Par ailleurs, les mécanismes de financement jouent un rôle clé dans l'expansion des échanges internationaux. Le crédit, véritable moteur des affaires, favorise celles-ci d'autant plus lorsqu'il s'appuie sur des garanties solides, qu'elles soient personnelles ou réelles, et sur des clauses contractuelles robustes.

La communauté juridique internationale s'efforce aujourd'hui, avec des résultats divers, de moraliser les opérations du commerce international. Cela se traduit par des mesures de lutte contre la corruption, la concussion et le blanchiment d'argent. Ces initiatives s'accompagnent d'un renforcement de la transparence, en particulier dans les décisions des fonctionnaires, gérants et mandataires. S'y ajoutent des mesures en faveur des « meilleures pratiques », comme celles relatives à la gouvernance d'entreprise ou à la responsabilité sociale des entreprises (RSE), avec un impact non négligeable sur la lutte contre la fraude commerciale. La CNUDCI, pour sa part, a engagé des travaux visant à identifier et prévenir les pratiques frauduleuses. Parmi les critères recensés figurent la tromperie ou la transmission d'informations inexactes, la fraude exploitant les systèmes commerciaux, ou encore des pertes économiques significatives dues à ces malversations.

Les travaux préliminaires de la CNUDCI ont permis de dresser une liste d'indicateurs de fraude, tels que l'irrégularité des documents, l'emploi abusif de termes techniques, ou l'incohérence des transactions. D'autres signes incluent l'usurpation de nom, des revenus disproportionnés, une complexité excessive des opérations ou encore un manquement à la diligence raisonnable. Il est également courant de rencontrer des incitations trompeuses, des dysfonctionnements dans les contrôles, des virements rapides ou irrévocables, ainsi que des explications irrationnelles. Des fraudes peuvent aussi provenir d'alliances personnelles ou de la participation d'employés. Enfin, certaines fraudes s'appuient sur des méthodes pyramidales ou des manipulations des marchés financiers.

Il est impératif que chaque contrat ou convention du commerce international soit étudié avec minutie, car ils se négocient souvent dans des conditions inédites et comportent fréquemment des clauses spécifiques. Si les principes généraux du droit des obligations sont bien sûr essentiels, ils ne suffisent pas à eux seuls à régir l'ensemble des contrats internationaux.

Les contrats internationaux ne peuvent prospérer que dans un environnement qui offre des garanties financières, économiques et commerciales suffisantes. Ces garanties ne se limitent pas aux techniques classiques du droit des obligations ou des sûretés, ni aux règles de procédure civile, bien qu'elles soient indispensables. Elles doivent être complétées par des protections que seules les autorités nationales peuvent offrir. Un investisseur sera réticent à s'engager sans ces garanties, qu'elles soient publiques ou privées, et nécessaires à la sécurisation de son projet. Ces protections sont autant de

conditions préalables aux opérations internationales.

Ainsi, l'étude des contrats du commerce international (Section 1) précèdera celle des conditions qui les entourent, notamment celles relatives au droit de l'investissement international (Section 2) et aux garanties (sûretés et mesures d'exécution), lesquelles ne peuvent être pleinement comprises que si les risques inhérents aux activités internationales sont correctement identifiés (Section 3).

SECTION 1. LES CONTRATS INTERNATIONAUX

Les opérations du commerce international se déroulent dans le cadre de contrats. Ces contrats obéissent aux règles usuelles de formation et d'exécution, telles que prévues par les textes légaux et interprétées par la jurisprudence. En somme, ils fonctionnent comme tout autre contrat : il s'agit d'accords entre deux ou plusieurs parties auxquels le droit confère une force obligatoire en sanctionnant les engagements pris. Cependant, il convient de noter que les contrats du commerce international se distinguent par certains aspects des règles habituelles, notamment en accordant une grande liberté contractuelle. En effet, bon nombre de clauses qui, en droit interne, seraient jugées inapplicables, sont considérées comme valides dans le cadre des relations internationales. Cette singularité des contrats internationaux mérite d'être soulignée, et cela s'exprimera en examinant les problèmes communs qu'ils posent.

Les contrats internationaux correspondent par ailleurs à des formes juridiques bien établies. Il s'agit essentiellement de contrats de vente, de transport, de prêt, de mandat ou encore de louage d'ouvrage. En apparence, ils sont tout à fait ordinaires, mais présentent des particularités, soit en raison de leur structure économique, soit du fait de leurs stipulations. Ces caractéristiques spécifiques doivent être combinées avec les règles communes applicables à l'ensemble des contrats. Ces contrats spéciaux du commerce international nécessitent des éclaircissements, que nous apporterons en distinguant les contrats commerciaux des contrats de financement.

De plus, il sera essentiel d'aborder la question du paiement, car toutes les obligations sont vouées à se résoudre en procurant, en principe, satisfaction au créancier. Le paiement étant l'aboutissement des engagements contractuels, il mérite une attention particulière dans l'analyse des opérations internationales.

Avant de procéder à l'examen détaillé de ces contrats, il convient de se demander si tous ces types de contrats ne sont pas soumis à ce que l'on pourrait appeler des règles communes. Cette question du droit applicable constituera notre point de départ pour l'étude de ces contrats.

SOUS-SECTION 1 LA DETERMINATION DU DROIT APPLICABLE AUX CONTRATS INTERNATIONAUX

Le contrat étant très important dans le commerce international, le propos est limité à la détermination du droit applicable aux contrats du commerce international.
À défaut d'une règle matérielle internationale propre, il convient de recourir – et c'est la situation la plus fréquente – à l'application d'un droit national. Plusieurs droits nationaux peuvent être en concours et c'est le droit des conflits de lois, élément important du droit international privé, qui apporte des solutions à cette détermination. Il s'agit ici du droit des conflits de lois étatiques, à l'exclusion par exemple de la lex mercatoria. En France,

cette détermination dépend des règles françaises de droit international privé, c'est-à-dire principalement la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, entrée en vigueur en France le 1er avril 1991 pour les contrats conclus postérieurement à cette date et du Règlement du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).

§ 1 – Les sources de la détermination du droit applicable

La Cour de cassation rappelle à l'ordre les juges du fond qui déterminent la loi applicable au contrat sans passer par la Convention de Rome. Au visa des articles 3 et 4, elle exerce sa censure et décide que la loi applicable doit être « déterminée par application de la Convention de Rome… » (*Civ. 1re, 31 mai 2005, Bull. civ. I, n° 231 ; Com., 16 déc. 2008, D. 2009. Pan. 972, obs. H. Kenfack).*

Même si la Convention de Rome avait en son temps rempli la mission qui lui était assignée, à savoir réaliser une unification souple du droit international privé des contrats au sein de la Communauté économique européenne, son vieillissement, son inadaptation au commerce mondial ou même une certaine insécurité juridique ont conduit à envisager sa réécriture. Un projet de formatage (transformation) de cette Convention en Règlement a alors été mis en chantier. S'il avait fallu 22 ans pour rendre effectif la Convention de Rome (10 ans pour l'élaborer et 12 ans pour réunir les 7 ratifications exigées), la gestation du Règlement Rome I a été moins longue en raison de son origine communautaire.

Un livre vert de la Commission du 14 janvier 2003, suivi d'une audition publique à Bruxelles le 7 janvier 2004, 80 réponses au livre vert provenant de divers opérateurs, des avis du comité économique et social européen du 29 janvier 2004 et du Parlement européen le 12 février 2004, une réunion des experts des États membres pour examiner un avant-projet le 17 février 2005, une proposition rendue publique par la Commission le 15 décembre 2005, suivie d'un débat et d'une adoption du texte définitif le 17 juin 2008 : cela fait donc environ 5 ans. Le Règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (dit Rome I) est adopté et applicable à tous les États membres de l'Union européenne à l'exception du Danemark. Il est applicable à partir du 17 décembre 2009. Tout en maintenant certaines solutions issues de la Convention de Rome, le Règlement Rome I apporte des changements opportuns, spécialement sur la détermination de la loi applicable au contrat à défaut de choix effectué par les parties. Désormais, des solutions plus directes et plus prévisibles sont adoptées et pour les contrats les plus importants du commerce international, il aboutit à assurer la sécurité juridique.

Il ne faudrait cependant pas enterrer la Convention de Rome très vite. Devant le juge français, pour les contrats conclus avant le 1er avril 1991, date de l'entrée en vigueur de la Convention, ce sont les règles jurisprudentielles élaborées par la Cour de cassation qui s'appliquent. Pour ceux conclus entre le 1er avril 1991 et le 17 décembre 2009, c'est la Convention de Rome qui s'applique et enfin pour ceux postérieurs au 17 décembre 2009, seul le Règlement Rome I s'applique (art. 28 du règlement Rome I)

À noter : V. cependant un arrêt pouvant conduire à l'application du règlement Rome I à un contrat conclu avant le 17 décembre 2009 : en l'espèce, appelée à se prononcer sur l'applicabilité du règlement à un contrat passé en 1996, soit plus de 20 ans avant son

entrée en application, la CJUE consacre une interprétation extensive et inédite de son article 28. D'après elle, il n'est pas exclu qu'un contrat conclu avant le 17 décembre 2009 fasse l'objet, à compter de cette date, d'une modification convenue entre les parties contractantes, d'une telle ampleur que celle-ci se traduirait, non pas par une simple actualisation ou adaptation dudit contrat, mais par la création d'un nouveau rapport juridique entre les parties contractantes, de sorte que le contrat initial devrait être considéré comme ayant été remplacé par un nouveau contrat, conclu à compter de ladite date, au sens de l'article 28 du règlement Rome I (CJUE, gr. ch., 18 oct. 2016, aff. C-135/15, *Rép. Griecheland c/ G. Nikiforidis*, *JCP* 2017. 226, n° 3, obs. C. Nourissat, *ibid.* 2017. 62, obs. S. Lemaire et L. Perreau-Saussine, *D.* 2017. 1016, obs. H. Gaudemet-Tallon ; sur l'ensemble de la question, E. Fohrer, *La prise en considération des normes étrangères*, LGDJ, coll. « Thèses », 2008, t. 501).

C'est principalement à la Convention et au Règlement Rome I qu'on va consacrer les développements suivants en se limitant aux instances introduites directement devant un juge étatique. Quelques précisions préliminaires et communes seront envisagées.

La Convention et le Règlement ont un caractère universel : la loi désignée s'applique même si elle est celle d'un État non contractant ou membre de l'UE. Ces deux textes se substituent ainsi au droit international privé des contrats des États contractants ou membres de l'UE. Ainsi, si un juge étatique français est saisi d'un litige relatif à un contrat conclu entre une entreprise installée au Brésil et une entreprise installée en France, il doit appliquer la loi de l'État brésilien désignée par la Convention de Rome ou le Règlement Rome I alors même que le Brésil n'est pas un État signataire de cette Convention ou membre de l'UE.

La Convention de Rome a un domaine d'application bien délimité (art. 1er). Elle ne s'applique pas à certaines matières, pour lesquelles, pour l'essentiel, un autre texte international est applicable (art. 1er-2) :

– état et capacité des personnes physiques ;
– obligations tenant aux testaments, successions, régimes matrimoniaux et autres relations de famille ;
– obligations nées de lettres de change, chèques, billets à ordre et autres instruments négociables dont le régime international est réglé par la Convention de Genève ;
– conventions d'arbitrage et d'élection de for (clause attributive de juridiction) ;
– droit des sociétés, associations et personnes morales ;
– pouvoirs de représentation ;
– trusts (ce ne sont pas des contrats) ;
– preuve et procédure ;
– certains contrats d'assurance couvrant les risques situés dans le territoire des États membres de la Communauté.

En plus de ces exclusions, le champ d'application matériel du Règlement Rome I exclut également « les obligations découlant de tractations menées avant la conclusion du contrat ». Pour l'essentiel, ce domaine d'application a été maintenu par Rome I même si ce texte réalise une harmonisation avec Bruxelles I et Rome II en alignant son domaine d'application sur ceux de ces textes. Le Règlement Rome I, comme déjà la Convention,

s'applique « dans les situations comportant un conflit de lois, aux obligations contractuelles relevant de la matière civile et commerciale ». Aucune définition n'est donnée au contrat international et aux obligations contractuelles. Cette tâche incombe au juge national qui doit avoir à l'esprit l'uniformité dans l'interprétation de la Convention (art. 18 de la Convention de Rome). Cette exigence avait été insérée dans ce texte pour pallier l'absence de compétence de la CJCE comme cela est naturellement le cas pour les règlements. Cependant, deux protocoles confiant à la CJCE le pouvoir d'interpréter cette Convention sont entrés en vigueur le 1er août 2004. Le décret n° 2005-17 du 5 janvier 2005 (*JO* 12 janv. 2005, p. 501) porte publication de ces deux protocoles. Désormais, la Cour de cassation, le Conseil d'État et les juridictions d'appel pourront saisir, à titre préjudiciel, la CJUE lorsqu'ils sont confrontés à une question d'interprétation de notions dont dépend l'application de la Convention de Rome, notamment les notions « d'obligation contractuelle », ou de « consommateur ». Elle va sans doute maintenir les interprétations qu'elle avait adoptées pour la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. L'adoption du Règlement Rome I facilite les questions d'interprétation qui relèvent de la CJUE.

La Convention de Rome ne porte pas atteinte à l'application des conventions internationales auxquelles un État peut être partie (art. 21). Par conséquent, en application de la règle *specialia generalibus derogant*, si un conflit est susceptible de naître entre elle et une autre convention de droit spécial, cette dernière devrait l'emporter. C'est le cas par exemple pour la Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels.

Compréhensible sous l'empire de la Convention de Rome, cette articulation ne l'est pas sous celui du Règlement. L'article 25 du Règlement adopte des solutions assez proches. On aurait pu espérer que l'adoption du Règlement soit l'occasion de réaliser une unification de règles de conflits en Europe, notamment pour deux des contrats les plus importants du commerce international, la vente et les contrats d'intermédiaires et de représentation. Cette occasion est manquée, et vont continuer à coexister à côté du Règlement Rome I, la Convention de La Haye du 15 juin 1955 et celle de la Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaire et de représentation.

Il convient cependant de signaler une exception prévue par le nouveau texte : ce dernier prévaut sur les conventions conclues exclusivement entre États membres sur lesquelles le nouveau Règlement prévaut dans les relations entre États membres.

§ 2 – Le choix de la loi applicable

A. – Convention de Rome

La Convention de Rome consacre le principe d'autonomie : « le contrat est régi par la loi choisie par les parties » (art. 3-1).

En plus d'annoncer ce principe de la liberté de choix par les parties, la Convention essaie d'apporter des solutions à certaines questions que peut entraîner son application. Ainsi :

– l'autonomie de la volonté ou la liberté de choix ne va pas jusqu'à permettre le contrat dit « sans loi ». Par exemple, le choix de la *lex mercatoria* n'est pas envisagé par la Convention. Il n'est pas non plus envisagé par Rome I ;

– aucun lien n'est exigé entre la loi choisie et le contrat : possibilité de choisir une loi neutre. Un français domicilié à Paris peut conclure un contrat avec un anglais domicilié à Londres et choisir la loi libanaise ;

– le « dépeçage » ou « déshabillage » du contrat est autorisé (art. 3-1). Les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat. Ce « dépeçage » peut se faire clause par clause ou obligation par obligation… ;

– des modalités du choix sont prévues ainsi que des possibilités de modification d'un tel choix qui peut être :

– exprès (clause *d'electio juris*) ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause (art. 3-1),
– fait verbalement ou le plus souvent par écrit,
– effectué après la conclusion du contrat,
– modifié ultérieurement au profit d'une autre loi.

Une limite est apportée à cette liberté de choix par l'article 3-3 de la Convention de Rome qui précise qu'il ne peut, « lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés au moment de ce choix dans un seul pays, porter atteinte aux dispositions auxquelles la loi de ce pays ne permet pas de déroger par contrat ».

Une grande liberté est accordée aux opérateurs du commerce international. Ils l'utilisent très souvent pour choisir la loi applicable à leur contrat par l'intermédiaire d'une clause d'*electio juris*. En l'absence d'un tel choix, ils s'exposent à des incertitudes que la Convention a essayé de limiter.

B. – Règlement Rome I

Pour l'essentiel, le Règlement Rome I maintient ces principes. L'article 3 ne fait l'objet que de modifications mineures. La liberté de choisir la loi applicable reste une des pierres angulaires. Pas plus que l'ancien, le nouveau texte ne permet aux parties de choisir un droit non étatique alors même que la proposition de la Commission du 15 décembre 2005 avait ouvert la voie d'un possible choix des Principes Unidroit ou des Principes européens du droit des contrats. Cette question est renvoyée à des considérants du texte. Le considérant 13 énonce simplement que le Règlement n'interdit pas aux parties d'intégrer dans leur contrat un droit non étatique ou une convention internationale, ce qui n'est pas nouveau. Le considérant 14 précise qu'un éventuel futur instrument communautaire sur des règles matérielles de droit des contrats peut prévoir que les parties peuvent choisir d'appliquer ces règles.

§ 3 – La loi applicable à défaut de choix

A. – Convention de Rome

La Convention de Rome a prévu :

– une solution générale ;
– une clause d'exception ;
– des solutions propres à certains contrats.

1. – La solution générale : l'importance de la prestation caractéristique

Un principe est posé : à défaut de choix exprès de la loi applicable, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits (art. 4-1).

Une présomption est établie pour préciser ce principe général : « il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle, ou s'il s'agit d'une société, association ou personne morale, son administration centrale. Toutefois, si le contrat est conclu dans l'exercice de l'activité professionnelle de cette partie, ce pays est celui où est situé son principal établissement ou, si, selon le contrat, la prestation doit être fournie par un établissement autre que l'établissement principal, celui où est situé cet établissement » (art. 4-2).

La prestation caractéristique est celle en contrepartie de laquelle le paiement est dû, celle qui confère leur physionomie à la plupart des contrats synallagmatiques (M. Giuliano et P. Lagarde, « Rapport concernant la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *JOCE* 31 oct. 1980, n° C-282-1).

Dans certains contrats, elle est facilement déterminée. Ainsi, en cas de vente, bail, transport, crédit-bail, assurance, ce sont respectivement les prestations du vendeur, bailleur, transporteur, crédit-bailleur, assureur qui sont caractéristiques. De même dans une convention passée entre une maison de retraite, une personne âgée et son fils aux termes de laquelle la personne âgée est placée dans la maison de retraite, la prestation caractéristique du contrat est la fourniture de cet hébergement (Civ. 1re, 12 oct. 2011, n° 10-19.517).

Dans d'autres contrats, elle est difficile à déterminer par exemple en cas d'échange, transaction ou contrats de distribution même si de manière critiquable, dans les premières applications de l'article 4 de la Convention de Rome, la Cour de cassation française décide que la prestation caractéristique du contrat de concession exclusive est celle du concédant (Civ. 1re, 15 mai 2001, *Bull. civ. I*, n° 134 ; Civ. 1re, 25 nov. 2003, *D.* 2004. Jur. 495, note H. Kenfack). La question divise la doctrine. Certains sont en faveur de la prestation du concédant, d'autres en faveur de celle du concessionnaire.

2. – La clause d'exception : la mise à l'écart de la présomption et le retour à la solution générale

La présomption ci-dessus exposée est écartée dans deux situations (art. 4-5) :

lorsque cette prestation caractéristique ne peut être déterminée (échange, transaction contrats de distribution ?) ;

lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente les liens les plus étroits avec un autre État (que celui du débiteur de la prestation caractéristique). C'est le cas lorsque de nombreux éléments pertinents (lieu de conclusion du contrat, lieu d'exécution, monnaie du contrat, nationalité des parties…) convergent vers un pays autre que celui du débiteur de la prestation caractéristique.

Dans ces cas, le juge étatique détermine directement la loi avec laquelle le contrat présente les liens les plus étroits en évaluant les points de contact que le contrat présente avec différents pays : c'est un retour à la solution générale.

Un arrêt de 2005 illustre la mise en œuvre de cette clause d'exception à propos d'un contrat de travail (Soc. 23 mars 2005, n° 03-42.609, inédit). Dans cette affaire la Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir écarté la loi de l'ex-Zaïre (lieu d'exécution du travail) en faveur de la loi française parce que les contrats « avaient été conclus entre personnes de nationalité française, qu'ils étaient rédigés en langue française et qu'ils fixaient le salaire de l'intéressée en francs français, en rémunération d'un travail accompli dans un établissement français soumis à la réglementation française en vigueur dans les établissements d'enseignement, sous le pouvoir disciplinaire du conseiller culturel de l'ambassade de France, lui-même placé sous l'autorité du ministre français de la Coopération ». D'après la Cour de cassation, la cour d'appel a pu en déduire que les contrats concernés présentaient des liens plus étroits avec la France et par conséquent la loi française était applicable en l'espèce (dans le même sens, en faveur de l'application de la loi italienne à un cautionnement donné par un acte séparé conclu en Italie, par un particulier résidant en France, pour garantir le prêt accordé par une banque italienne à un particulier résident en Italie : Civ. 1re, 16 sept. 2015, n° 14-10373).

Dans un arrêt récent, la Cour de cassation indique qu'en l'absence de choix, il faut toujours partir de la présomption pour ensuite comparer les attaches concrètes du contrat avec la loi qu'elle désigne et celles pouvant exister avec une loi (v. déjà, CJCE 6 oct. 2009, n° C-133/08 ; *adde* CJUE 12 sept. 2013, *Schlecker* ; Com. 19 oct. 2010, n° 09-69.246).

3. – Les solutions propres à certains contrats

La Convention de Rome ne prévoit des solutions spéciales que pour quatre contrats :

Contrats portant sur des immeubles (art. 4-3). Si le contrat a pour objet un droit réel immobilier ou un droit d'utilisation d'un immeuble, il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où est situé l'immeuble. C'est le cas par exemple pour les ventes, les baux d'immeuble ou même les hypothèques. L'immeuble est attractif de compétence législative (et même de compétence juridictionnelle).

Contrats de transport de marchandises (art. 4-4). En principe, la prestation caractéristique demeure celle du transporteur. Toutefois aux termes de cet article « si le pays dans lequel le transporteur a son établissement principal au moment de la conclusion du contrat est aussi celui dans lequel est situé le lieu de chargement ou de déchargement ou l'établissement principal de l'expéditeur, il est présumé que le contrat a les liens les plus étroits avec ce pays. Pour l'application du présent paragraphe, sont considérés comme contrats de transport de marchandises les contrats d'affrètement pour un seul voyage, ou d'autres contrats lorsqu'ils ont principalement pour objet de réaliser un transport de marchandises ». La qualification du contrat de commission de transport suscite des difficultés. La CJUE décide que « l'article 4-4, dernière phrase de la Convention de Rome doit être interprété en ce sens que cette disposition s'applique au contrat de commission de transport uniquement lorsque l'objet principal du contrat consiste dans le transport proprement dit de la marchandise concernée » (CJUE, 3e ch., 23 oct. 2014, aff. C-305/13, *D.* 2015. 136, note. P. Delebecque et J.A Lévy, et p. 1056, obs. H. Gaudemet-Tallon, Pan. 1129, obs. H. Kenfack ; *JCP E* 2015. 1166, obs. C. Nourissat). La Cour semble admettre une conception de la commission de transport bien distincte du contrat de transport proprement dit, refusant d'assimiler les deux, le commissionnaire ayant pour objet l'organisation du transport. En résumé, ce n'est que dans le cas où le commissionnaire réalise personnellement l'opération de transport qu'il peut y avoir assimilation entre les deux, avec des conséquences pour la détermination de la loi applicable. Encore faudra-t-il déterminer dans cette hypothèse si la prestation de transport n'est que l'accessoire des obligations du commissionnaire. Cette solution doit être maintenue sous l'empire de Rome I. La Cour de cassation adopte cette position (Com. 10 févr. 2015, n° 12-13.052, *D.* 2015. 1299, obs. H. Kenfack).

Contrats conclus par les consommateurs (art. 5). Cet article concerne les contrats « ayant pour objet la fourniture d'objets mobiliers corporels ou de services à une personne, le consommateur, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, ainsi qu'aux contrats destinés au financement d'une telle fourniture ». Une protection est accordée à la partie présumée la plus faible. Si le principe demeure la liberté de choix, l'article 5 dispose que ce choix ne peut avoir pour effet de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle. Par conséquent, si le contrat est en principe régi par la loi choisie par les parties, la loi de la résidence habituelle du consommateur écartera les dispositions de la loi choisie si elle protège mieux le consommateur.

Lorsque les conditions de l'article 5 sont réunies, la protection accordée par la loi de résidence du consommateur lui apporte donc une garantie. Ces conditions sont :

– le contrat doit être conclu entre un consommateur au sens de cet article et un professionnel ;
– il doit, comme l'exige le texte, concerner la fourniture d'objets mobiliers corporels ou de service ;
– il doit avoir été conclu dans des circonstances prévues par cet article : soit la conclusion du contrat a été précédée d'une proposition spéciale ou d'une publicité dans le pays de résidence du consommateur et celui-ci doit avoir accompli dans ce pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat, soit le cocontractant du consommateur ou son représentant a reçu la commande du consommateur dans le pays de résidence de ce

dernier soit, si le contrat est une vente de marchandises, il a été conclu dans un pays autre que celui de résidence du consommateur lorsque le voyage a été organisé par le vendeur avec pour objectif d'inciter le consommateur à conclure le contrat.

Contrats individuels de travail (art. 6). Cet article est également inspiré par le même esprit de protection de la partie présumée la plus faible auquel s'ajoute un souci de proximité entre le juge et le litige. La liberté des parties demeure, mais quelle que soit la loi choisie, elle ne « peut avoir pour effet de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi qui serait applicable à défaut de choix ». Aucune condition similaire à l'hypothèse précédente n'est exigée ici. En outre, en l'absence de choix de la loi applicable, le contrat de travail est en principe soumis à la loi du pays dans lequel le travailleur accomplit habituellement son travail. Dans ce cas, le détachement temporaire ne devrait pas avoir de conséquences, même si l'application de la clause d'exception peut conduire à un résultat différent (Soc., 23 mars 2005, n° 03-42.609, préc.).

Le premier arrêt de la CJUE interprétant cet article 6 est intervenu le 15 mars 2011 (CJUE, gr. ch., 15 mars 2011, n° C-29/10, *Koelzsch c/ État du Grand-Duché de Luxembourg*) et indique quelle est la protection impérative du travailleur mobile, celui qui n'effectue pas sa prestation sur le territoire d'un seul État. À cette occasion, la Cour précise que le premier critère de rattachement objectif – le lieu du travail – doit être interprété largement alors que le second – le lieu d'établissement d'embauche – doit l'être restrictivement. La protection du salarié est au centre de cette interprétation comme l'illustre un autre arrêt plus récent : Soc. 9 juill. 2015, n° 14-13497 censurant l'arrêt qui écarte l'application de la loi française aux demandes formées par un salarié à l'encontre de ses employeurs et relatives notamment à la rupture de son contrat de travail et au paiement d'heures complémentaires sans rechercher, comme il lui était demandé, après avoir pourtant constaté que le lieu d'exécution habituel du travail était en France, si les dispositions des lois belges et espagnoles, choisies par les parties et relatives aux différents chefs de compétence du salarié, étaient plus protectrices que les dispositions de la loi française qui aurait été applicable à défaut de ces choix (*adde* Soc. 13 janv. 2016, n° 14-18566).

Ce système a été très critiqué. Il était considéré comme créant une insécurité des transactions alors même que dans le commerce international, la prévisibilité doit être la règle. Le Règlement Rome I tente de corriger cet inconvénient.

B. – Règlement Rome I

Le Règlement Rome I n'a pas supprimé tous les inconvénients même si un grand pas a été franchi.

Le nouveau texte opère un changement de méthodologie très important. Si la clé de voûte du système reste la prévisibilité des solutions, la clause d'exception n'a pas été entièrement supprimée.

La proclamation du principe de proximité, consistant à rechercher d'emblée les liens les plus étroits, est supprimée et remplacée par l'adoption de règles plus directes de rattachements principaux. En outre, de central dans la Convention de Rome, le critère de

prestation caractéristique est relégué au second plan. En même temps, le choix a été effectué de maintenir une certaine proximité et souplesse, à titre résiduel.

1 – Les rattachements principaux : l'adoption de règles plus directes

L'article 4 du Règlement Rome I prévoit 8 rattachements principaux qui dépendent de règles directes.

En transformant les anciennes présomptions en règles fixes et en élargissant ces dernières, le Règlement Rome I participe à la sécurité juridique. Ces règles concernent les contrats les plus importants du commerce international. Certes, pour 4 d'entre eux – vente, prestation de service, transport, contrats relatifs aux droits réels immobiliers – la solution nouvelle n'est qu'une simplification par rapport à l'ancienne car on fait l'économie de la recherche de la prestation caractéristique. Pour les autres contrats, le progrès est plus important.

a – Ventes en général

Dans la grande catégorie des contrats de vente de « biens », le principe reste le rattachement du contrat à la loi de l'État du vendeur (art. 4-1, a). Il s'agit ici de vente de marchandises.

Deux innovations doivent être signalées :

– le Règlement Rome I envisage désormais le contrat de vente de biens aux enchères et le soumet non pas à la loi du pays du vendeur mais à celle du pays où la vente a eu lieu, si ce pays peut être déterminé. Le texte n'apporte cependant pas de réponse sur la vente aux enchères électroniques ;

– le Règlement envisage également le rattachement relatif « au contrat conclu au sein d'un système multilatéral assurant ou facilitant la rencontre de multiples intérêts acheteurs et vendeurs exprimés par des tiers pour des instruments financiers, au sens de l'article 4§1, 17 de la directive 2004/39/CE selon des règles non discrétionnaires ». Le texte soumet ce contrat à la loi du pays régissant le système multilatéral en cause. Il s'agit de contrats portant sur des instruments financiers et négociés sur un marché réglementé ou un système multilatéral de négociation. Un marché réglementé est, d'après la directive concernant les services d'investissement, un système multilatéral exploité ou géré par un opérateur de marché assurant ou facilitant la rencontre, en son sein même et selon des règles non discrétionnaires, de multiples intérêts acheteurs et vendeurs exprimés par des tiers pour des instruments financiers admis à la négociation dans le cadre de ces règles et/ou de ce système et qui est agréé et fonctionne conformément aux dispositions relatives notamment aux conditions d'agrément…

2. – Prestation de service en général

Pour les contrats de prestation de service en général, le rattachement principal à la loi du pays dans lequel le prestataire de services a sa résidence habituelle n'est pas une nouveauté (art. 4-1, b). La seule difficulté est la qualification de la notion de prestation de service qui

englobe notamment les contrats de financement et de garantie (par exemple les garanties à première demande ou les crédits documentaires) ou les contrats d'intermédiaire et de représentation.

3. – Contrats de distribution

Pour ces contrats, les innovations sont majeures.

Les articles 4-1-e et 4-1-f soumettent les contrats de franchise et de distribution (concession) respectivement à la loi du pays dans lequel le franchisé et le distributeur ont leur résidence habituelle. Cette nouvelle solution met fin aux divergences jurisprudentielles sur cette question sous l'empire de la Convention de Rome. Reste la question relative à la qualification que le nouveau texte contribue à rendre complexe en les qualifiant de contrats de service.

En France, la Cour de cassation a précisé, à juste titre, que les contrats de concession ou de distribution exclusive (et sans doute les contrats de franchise) ne constituent ni des ventes ni des fournitures de services (Civ. 1re, 23 janv. 2007, n° 05-12.166, *D.* 2007. AJ 511, obs. E. Chevrier, Jur. 1575, obs. H. Kenfack, Pan. 2571, note S. Bollée, et 2008, Pan. 1514, obs. F. Jault-Seseke ; *JCP* 2007. II. 10074, note T. Azzi ; *RDC* 2007. 807, obs. P. Deumier ; *JDI* 2008. 525, obs. J.-M. Jacquet. Civ. 1re, 5 mars 2008, n° 06-21.949, *D.* 2008. AJ 858, obs. X. Delpech, Jur. 1729, note H. Kenfack ; *RTD com.* 2008. 445, obs. P. Delebecque. Civ. 1re, 9 juill. 2008, n° 07-17295, *Rev. crit. DIP* 2008. 863, obs. D. Sindres).

Mais dans une décision en date du 19 décembre 2013 prise pour l'application de l'article 5-1, b) du Règlement Bruxelles I (devenue article 7-1 Bruxelles I bis), la CJUE a décidé qu'un contrat de concession pouvait être qualifié de contrat de fourniture de services au sens de l'article 5-1, b) du règlement Bruxelles I, dès lors qu'il comporte des stipulations spécifiques quant à la distribution par le concessionnaire des marchandises vendues par le concédant (CJUE, 19 déc. 2013, aff. C-9/12, *JCP* 2014. 180, note P. Berlioz). La Cour de cassation est donc revenue sur sa jurisprudence, passant trop rapidement sur les éléments de qualification du contrat de concession exclusive alors même que précisément tout le débat portant sur la présence ou non d'un des éléments qualificatifs, l'exclusivité territoriale (Civ. 1re, 19 nov. 2014, n° 13-13.405, *D.* 2015. 51 ; *JCP* 2015. Act. 1243, note P. Berlioz, et 236, obs. M. Menjucq, M. Behar-Touchais ; *RLDA* mars 2015/35, n° 5508, C. Reydellet, n° 5547). L'arrêt n'est donc pas convaincant.

4. – Contrats portant sur des immeubles

Le contrat ayant pour objet un droit réel immobilier ou un bail d'immeuble est régi par la loi du pays de situation de l'immeuble (art. 4-1-c). Cette règle concerne notamment les ventes d'immeuble, les constitutions d'usufruit, les baux d'immeubles.

Lorsque le bail d'immeuble est conclu en vue de l'usage personnel temporaire pour une durée maximale de 6 mois, il est régi par la loi de résidence du propriétaire, à condition que le locataire soit une personne physique et qu'il réside dans le même pays.

5. – Contrats de transport

Lorsqu'aucune convention de droit matériel n'est applicable à un contrat de transport international, la recherche de la loi applicable à ce contrat est nécessaire pour en déterminer le régime juridique. Anciennement régi par l'article 4-4 de la Convention de Rome (V. not. Com., 22 janv. 2008, n° 06-18.822, *JDI* 2009, p. 189), c'est désormais l'article 5 qui prévoient des règles non seulement pour le transport de marchandises mais aussi, et c'est nouveau, pour le transport de passagers.

Le transport de marchandises est régi par l'article 5-1 qui dispose « À défaut de choix exercé conformément à l'article 3, la loi applicable au contrat de transport de marchandises est la loi du pays dans lequel le transporteur a sa résidence habituelle, pourvu que le lieu de chargement ou le lieu de livraison ou encore la résidence habituelle de l'expéditeur se situe aussi dans ce pays. Si ces conditions ne sont pas satisfaites, la loi du pays dans lequel se situe le lieu de livraison convenu par les parties s'applique ». Cette règle est très peu différente dans son mécanisme de celle que prévoyait la Convention de Rome : elle est tout aussi complexe. La seule évolution semble être que désormais, lorsque les conditions prévues par le début de l'article 5-1 ne sont pas réunies, la faveur est donnée à la loi du pays dans lequel se situe le lieu de livraison convenue entre les parties (v., pour une application récente, Com. 1er mars 2016, no 14-22.608, *D*. 2016. 988, note T. Allain et *ibid*. 2028, obs. L. d'Avout, *D*. 2017. 1017, obs. H. Gaudemet-Tallon, *RTD com*. 2016. 324, obs. B. Bouloc et *ibid*. 585, obs. Ph. Delebecque). Le seul avantage de cette règle subsidiaire est de faire coïncider les critères de détermination de la loi applicable (Rome I) et de la juridiction compétence (Bruxelles I).

Le transport de personnes est régi par l'article 5-2. Le texte prévoit, d'abord, la loi objectivement applicable à défaut de choix : celle de la résidence habituelle du passager, si elle est aussi celle du lieu du départ ou d'arrivée, sinon c'est celle de l'établissement principal du transporteur. Il prévoit ensuite la possibilité pour les parties de choisir la loi applicable, tout en l'encadrant, le choix ne pouvant porter que sur la loi de certains pays : pays de résidence du passager ou du transporteur, pays de l'administration centrale du transporteur, pays du lieu de départ ou de destination. Si la volonté de protéger le voyageur explique cet encadrement, le résultat pourrait toutefois se retourner contre lui.

Une clause d'exception commune aux contrats de transport de marchandises et de passagers est prévue.

C. – Les rattachements subsidiaires : le maintien d'une dose de proximité

Ces rattachements sont résiduels. Il s'agit :

– de la loi du pays de résidence du débiteur de la prestation caractéristique qui s'applique lorsque le contrat n'est pas couvert par le paragraphe 1 de l'article 4 ou les éléments du contrat sont couverts par plusieurs des points a à h du paragraphe 4 (art. 4-2) ;

– de la loi du pays avec lequel le contrat présente les liens plus étroits. D'une part, la clause d'exception a été maintenue et son caractère d'exception a été réaffirmé par l'adverbe « manifestement ». D'autre part, cette loi s'applique lorsque la loi applicable ne peut être déterminée sur la base du paragraphe 1 et 2 (art. 4-3 et 4-4).

§ 4 – Les règles de protection des parties faibles

Le considérant 23 du Règlement Rome I indique que « s'agissant des contrats conclus avec les parties considérées comme faibles, celles-ci devraient être protégées par des règles de conflits plus favorables à leurs intérêts que ne sont les règles générales ». Quelles sont ces parties faibles ? Traditionnellement, il s'agit des consommateurs, des assurés et des travailleurs. Convient-il d'y ajouter les emprunteurs et les locataires ?

A. – Les contrats de consommation (art. 6)

Plusieurs idées à retenir :

– Une définition du champ d'application de la protection étendue. Sauf quelques exclusions limitativement énumérées, elle s'applique à tous les contrats passés par le consommateur c'est-à-dire la personne physique qui contracte pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle. Seront désormais par exemple concernés les crédits immobiliers. Sont exclus notamment les contrats de fourniture de service lorsque cette dernière se fait dans un pays autre que celui de résidence du consommateur, les contrats de transport autre que les voyages à forfait, les contrats portant sur un droit réel immobilier ou un droit d'utilisation d'un immeuble, sauf droit d'utilisation à temps partiel.

– Les circonstances de la conclusion du contrat intègrent le commerce électronique. Le consommateur est désormais protégé en cas de contrats du commerce électronique s'il est prouvé que le consommateur a dirigé son activité vers lui.

– Les règles applicables à la détermination de la loi applicable sont inchangées par rapport à la Convention de Rome même si le nouveau texte commence par prévoir un rattachement objectif en faveur de la loi du pays où le consommateur a sa résidence habituelle avant d'envisager l'hypothèse de l'autonomie de la volonté.

– La CJUE décide que la loi applicable à l'action en cessation de clauses abusives intentée par une association de consommateur habilitée à le faire au sens de la dir. 2009/22/CE du 23 avril 2009 (relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs) relève de la matière délictuelle (V. déjà dans ce sens, CJCE, 1er oct. 2002, aff. C-167/00, *VKI c/ Karl Heinz Henkel*). En l'espèce, une partie des conditions générales de la société Amazon EU était contestée par une association de consommateurs, VKI, qui avait saisi une juridiction de Vienne. La CJUE note que « la concurrence déloyale au sens de l'article 6 § 1 du règlement Rome II englobe l'utilisation de clauses abusives insérées dans les conditions générales de vente dès lors qu'elle est susceptible d'affecter les intérêts collectifs des consommateurs en tant que groupes et, partant, d'influencer les conditions de concurrence sur le marché ». Elle en conclut que la loi applicable est celle du pays où « résident les consommateurs vers lesquels l'entreprise dirige ses activités et dont les intérêts sont défendus par l'association de protection des consommateurs concernée au moyen de cette action » (CJUE, 28 juill. 2016, aff. C-191/15, *VKI c/ Amazon EU*, *D.* 2016. 2315, note F. Jault-Seseke).

B. – Les contrats d'assurance (art. 7)

Il s'agit d'une nouveauté du Règlement. Pour l'essentiel, le texte effectue une distinction entre deux types de contrats d'assurance en fonction du risque couvert : les contrats d'assurance couvrant les grands risques et les autres contrats sous condition que le risque soit communautaire.

– Pour les contrats d'assurance couvrant les grands risques au sens de l'article 5 d) de la directive (CE) n° 73/239 du 24 juillet 1973, c'est l'article 7-2 du Règlement qui s'applique, que le risque couvert soit ou non situé dans un État membre. À défaut de choix, le contrat est rattaché à la loi du pays où l'assureur a sa résidence habituelle, une clause d'exception ayant été prévue.

– Pour les contrats d'assurance couvrant d'autres risques (par exemple l'assurance sur la vie), lorsque le risque est situé à l'intérieur d'un État membre, les parties peuvent choisir une des lois prédéterminée par le Règlement : loi de tout État membre du lieu de situation du risque au moment de la conclusion du contrat, loi du pays de résidence habituelle du preneur d'assurance. Une première option est réservée au contrat d'assurance-vie en faveur de la loi de l'État membre dont le preneur d'assurance est le ressortissant. Une deuxième option est réservée aux preneurs d'assurance exerçant une activité commerciale, industrielle ou libérale lorsque le contrat couvre des risques relatifs à ces activités et ces risques sont situés dans différents États membres. La liberté de choix s'étend alors à l'un des États membres où le risque est situé ou à la loi de résidence habituelle du preneur. À défaut de choix, le contrat est régi par la loi de l'État membre où le risque est situé au moment de sa conclusion (art. 7-3 Rome I). S'il est situé dans plusieurs États membres, le contrat peut être divisé en autant de contrats que de pays où les risques sont localisés (Règl. Rome I, art. 7-5).

C. – Les contrats individuels de travail (art. 8)

La philosophie de l'ancien texte est maintenue même si quelques précisions sont apportées :

– le principe d'autonomie est maintenu,
– le choix ne peut priver le travailleur de la protection qui résulte pour lui des dispositions impératives de la loi objectivement applicable,
– la clause d'exception est maintenue sans l'adverbe « manifestement »,
– à défaut de choix, le contrat individuel de travail est régi « par la loi du pays dans lequel ou, à défaut, à partir duquel le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail ». Cette nouvelle rédaction permet d'appliquer cet article au personnel travaillant à bord d'un avion par exemple.

La localisation du travail dans un contrat de travail international soulève cependant de nombreuses difficultés lorsque le salarié est appelé à se déplacer fréquemment (v. récemment Soc. 1er févr. 2017, no 15-23.723 ; Soc. 19 janv. 2017, no 15-13.599).

V. – Le domaine de la loi du contrat

La *lex contractus* a un domaine très étendu même si d'autres lois peuvent entrer en concurrence. C'est le cas notamment de la loi personnelle (loi nationale) qui s'applique à la capacité. C'est également le cas de la *lex rei sitae* qui est compétente pour déterminer les modes de transmission et de création de droits réels ainsi que le contenu des droits réels que le contrat fait naître. C'est enfin le cas des questions relatives aux pouvoirs d'un intermédiaire (qui relèvent aujourd'hui de la Convention de La Haye du 14 mars 1978) et des pouvoirs d'un organe d'une société, association ou personne morale, d'engager un représenté ou la personne morale concernée vis-à-vis des tiers.

Malgré ces exceptions, la loi du contrat favorise la validité en la forme des actes juridiques, régit la formation et les effets du contrat international.

A. – La faveur à la validité pour la forme des actes juridiques (Règl. Rome I, art. 11 et Conv. Rome art. 9)

En droit interne français existe un esprit de faveur à la validité en la forme des actes juridiques en matière internationale. La règle traditionnelle *locus regit actum,* qui soumet la forme des actes juridiques à la loi du lieu dans lequel ils sont passés, est en principe facultative (Civ., 28 mai 1963, *Charlie Chaplin*, *GADIP* n° 40). La Cour de cassation française donne une option aux parties pour les contrats internationaux passés en France. Ils peuvent les soumettre à la forme prévue soit par la loi étrangère qui le régit au fond, soit par la loi locale.

Cette faveur à la validité formelle du contrat international est consacrée par le Règlement (art. 11) ou la Convention de Rome (art. 9) qui admettent en principe le caractère facultatif de la règle *locus regit actum* en opérant une distinction selon que les contractants sont en présence ou absents :

– si les contractants se trouvaient dans le même pays au moment de la conclusion du contrat, le contrat est valable en la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui le régit quant au fond ou alors de la loi du pays où il a été conclu (Règl. Rome I, art. 11-1, Conv. Rome 9-1) ;
– si les contractants ne se trouvaient pas dans le même pays au moment de la conclusion du contrat (par exemple dans un contrat entre absents), le contrat sera valable en la forme si sa validité découle soit de la loi de chacun des pays dans lesquels se trouvaient les contractants, soit de la loi régissant le contrat au fond (Règl. Rome I, art. 11-2, Conv. Rome art. 9-2).

Quelques exceptions au caractère facultatif de la règle *locus regit actum* peuvent être relevées :

– les contrats conclus par un consommateur (Règl Rome I, art. 11-4 ; Conv. Rome, art. 9-5) ;
– les contrats ayant pour objet un droit réel immobilier ou un droit d'utilisation d'un immeuble.

Le Règlement Rome I introduit des rattachements complémentaires pour faciliter la validité formelle des contrats (art. 11).

B. – La formation du contrat (Règl. Rome I, art. 10 et Conv. Rome, art. 8)

Le contrat international, comme le contrat interne (art. 1108 C. civ. français) n'est valablement formé que s'il respecte certaines conditions de fond (consentement, capacité, objet et cause). Les articles 10-1, 10-2 et 13 du Règlement Rome I (8-1, 8-2 et 11 de la Convention de Rome) apportent quelques précisions.

L'article 10-1 du Règlement (8-1 de la Convention) intitulé « consentement et validité au fond » dispose : « l'existence et la validité du contrat ou d'une disposition de celui-ci sont soumises à la loi qui serait applicable en vertu de la présente Convention si le contrat ou la disposition était valable ». Par conséquent, le consentement, l'objet et la cause relèvent de la loi du contrat.

L'article 10-2 du Règlement (8-2 de la Convention) protège dans certains cas le destinataire d'une offre. Il peut invoquer la loi de sa résidence habituelle pour établir qu'il n'a pas consenti s'il ne paraît pas raisonnable de lui appliquer la loi du contrat pour déterminer les conséquences de son comportement, par exemple en cas de silence gardé après réception de l'offre.

Même si la capacité des personnes est exclue du champ d'application de la Convention et relève de la loi nationale, l'article 13 du Règlement (11 de la Convention), intitulé « Incapacité », prévoit cependant qu'une partie au contrat ne peut opposer son incapacité, édictée par sa loi nationale si elle est capable d'après la loi du lieu de conclusion du contrat.

C. – Les effets du contrat (Règl., art. 12 et Conv., art. 10)

En principe, l'interprétation et les effets généraux du contrat (par exemple la force obligatoire du contrat, l'effet relatif du contrat) sont déterminés par la loi du contrat. La loi du contrat est compétente pour déterminer notamment :

– les personnes liées par le contrat : c'est elle qui détermine les parties au contrat, les ayants cause et les tiers. Ainsi, c'est la loi du contrat de vente qui détermine les obligations ou les relations entre vendeur et acheteur. Cependant, c'est la loi successorale qui régit la transmission héréditaire des obligations nées du contrat ;
– l'interprétation du contrat (Règl. Rome I, art. 12-1-a et Conv. art. 10-1-a) même s'il convient de ne pas oublier les usages qui peuvent avoir un certain rôle ;
– l'exécution des obligations nées du contrat (Règl. art. 12-1-b et Conv. art. 10-1-b) ;
– les conséquences de l'inexécution du contrat (Règl. art. 12-1-c et Conv. art. 10-1-c) : exception d'inexécution, résolution pour inexécution, résiliation… responsabilité ou inexécution contractuelle ;
– les modes d'extinction des obligations, les prescriptions et déchéances fondées sur l'expiration d'un délai (Règl. art. 12-1-d et Conv. art. 10-1-d) ;
– les conséquences de la nullité du contrat (Règl. art. 12-1-e et Conv. art. 10-1-e).

Des règles spéciales sont prévues pour la cession de créance (Règl. art. 14, Conv, art. 12), la subrogation conventionnelle (Règl. art. 14, Conv, art. 13) et la subrogation légale (Règl. art. 15). Le Règlement Rome I évoque dans un même article la cession de créance et la subrogation conventionnelle et introduit une nouvelle règle de conflit relative à l'opposabilité de la cession de créance aux tiers.

Il convient de signaler une disposition spécifique consacrée à l'hypothèse de pluralité de débiteurs (Règl., art. 16) alors qu'elle était auparavant traitée avec la subrogation (Conv. Rome, art. 13-2).

Une disposition entièrement nouvelle est consacrée à la compensation légale. À défaut d'accord entre les parties sur la possibilité de procéder à une compensation, cette dernière est régie par la loi de l'obligation contre laquelle la compensation est invoquée (Règl., art. 17).

§ 6 – L'incidence des lois de police

Les lois de police ont une grande incidence sur les contrats du commerce international. Que les parties aient ou non choisi la loi applicable à leur contrat, ce dernier reste soumis à la contrainte des lois de police. La Convention les envisage (art. 7) sans les définir. Même si cette notion se trouve dans le Code civil (art. 3 al. 1), elle est difficile à cerner. Une orientation a été donnée par Francescakis qui les définit comme des lois « dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique du pays » (P. Francescakis, *Trav. com. fr.*, *DIP* 1966-1969, p. 144). Il s'agit de lois substantielles internes que le juge doit appliquer en principe immédiatement, avant tout raisonnement conflictuel.

Le Règlement Rome I dispose désormais à son article 9 « une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement ».

À première vue classique, cette rédaction semble adopter une conception restrictive des lois de police qui devrait aboutir à remettre en cause l'application des lois de police étrangères.

Les lois de police soulèvent essentiellement deux difficultés principales relatives à leur qualification et à leur application.

A. – La qualification des lois de police

Comment savoir si on est en présence d'une loi de police ? Une distinction doit être effectuée entre deux hypothèses :

1. – La loi se prononce elle-même sur son caractère de loi de police

C'est l'hypothèse la plus simple mais elle est très rare. Quelques exemples en droit français :

– en droit de la consommation, l'article L. 132-1 du Code de la consommation définit les clauses abusives et l'article 135-1 du même Code (L. n° 2014-334 du 17 mars 2014 sur la consommation) prévoit « nonobstant toute stipulation contraire, le consommateur ne peut être privé de la protection que lui assurent les dispositions prises par un État membre de l'UE en application de la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire d'un État membre » ;

– en droit des assurances, malgré la liberté des parties de choisir librement la langue dans laquelle ils rédigent leur contrat, l'art. L. 112-3 al. 1 du Code des assurances prescrit l'utilisation du français pour la rédaction des contrats d'assurance des risques français et l'art. L. 111-2 interdit d'y déroger.

2. – La loi est silencieuse sur sa nature

– Complexité inhérente au droit interne

Il appartient aux juridictions de se prononcer sur ce caractère. Quelques exemples jurisprudentiels peuvent être cités, certains ayant été confirmés par la Convention et le Règlement Rome I. Ils sont en principe inspirés par le souci de protection de la partie la plus faible, essentiellement, mais pas exclusivement, en droit du travail et en droit de la consommation.

En droit du travail, par exemple, sont considérées comme lois de police notamment :

– la législation française sur les congés payés (Paris, 4 juill. 1975, *Club méditerranée*, *Rev. crit. DIP* 1976, p. 455, note A. Lyon Caen) ;

– la législation française sur les comités d'entreprise (CE 29 juin 1973, *Cie Internationale des Wagons-lits*, *GADIP* n° 53 ; Soc., 3 mars 1988, *Rev. crit. DIP* 1989, p. 63, note G. Lyon-Caen) ;

– la législation française sur les licenciements des salariés protégés (Ass. plén., 1er juill. 1992, *Air Afrique*, *Rev. crit. DIP* 1994, 1re esp., p. 69, note B. Audit) ;

– les règles concernant « l'organisation et la réglementation du travail » (Soc., 31 mai 1972, *Thuillier*, *Rev. crit. DIP* 1973, p. 683, note P. Lagarde).

En droit de la consommation, la loi du 10 janvier 1978 sur le crédit à la consommation, plusieurs fois modifiée, notamment par la loi du 1er juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation, récemment par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 sur la consommation et la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires (art. L. 311-1 et s) est considérée comme une loi de police (Civ. 1re, 19 oct. 1999, *Rev. crit. DIP* 2000, p. 328, note J.-B. Racine). En revanche, dans le domaine du cautionnement international, sous le fondement de la Convention de Rome, la Cour de cassation a décidé que les articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation ne peuvent recevoir la qualification de loi de police (Civ. 1re, 16 sept. 2015, n° 10-373,

D. 2015, 2356, note L. Abadie et J. Lasserre Capdeville, *ibid.*2016, 1045, obs. H. Gaudemet-Tallon, *ibid.*2016, 2032, obs. S. Bolée).

En dehors même de ces deux domaines, un arrêt du 14 janvier 2004 a décidé qu'en application de l'article 7-1 de la Convention de Rome, est une loi de police l'article 10 de la loi française du 3 janvier 1967, qui prescrit, pour la forme des actes relatifs à la propriété des navires francisés, la rédaction d'un écrit comportant des mentions propres à l'identification des parties et du navire (Com., 14 janv. 2004, *Bull. civ. IV*, n° 9, *D.* 2005. Pan. 1193, obs. P. Courbe).

Plusieurs arrêts ont également décidé que la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, en ses dispositions protectrices du sous-traitant, est une loi de police au sens des dispositions combinées de l'article 3 du Code civil et des articles 3 et 7 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (ch. mixte, 30 nov. 2007, Civ. 3e, 30 janv. 2008 et Civ. 3e, 8 avr. 2008, *JDI* 2008, p. 1073, obs. L. Perreau-Saussine). Il convient de signaler un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation apportant une voix dissonante à l'application internationale de la loi française de 1975 relative à la sous-traitance (Com. 27 avr. 2011, n° 09-13.524).

Un arrêt a décidé que l'article L. 132-8 du Code de commerce conférant au transporteur routier une action en paiement de ses prestations à l'encontre de l'expéditeur et du destinataire institués garant du paiement du prix du transport n'est pas une loi de police (Com., 13 juill. 2010, n° 10-12154, *D.* 2011. Pan 1445, obs. H. Kenfack).

– Le droit européen

La qualification de loi de police a donné lieu à une « divergence » entre la Cour de cassation et la Cour de justice des Communautés européennes à propos de la loi du 25 juin 1991 relative aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants (art. L. 134-1 et s. C. com.) issue de la directive communautaire du 18 décembre 1986 sur les agents commerciaux. La première a décidé que cette loi « n'est pas une loi de police applicable dans l'ordre international » alors que la seconde avait adopté la position contraire quelques jours plus tôt à propos des articles 17 et 18 de la directive (Com., 28 nov. 2000, *Bull. civ. IV*, n° 183 et CJCE, 9 nov. 2000, *Ingmar*, *Rev. crit. DIP* 2001, p. 511, obs. J.-M. Jacquet). Depuis cette divergence, la Cour de cassation française a « confirmé » sa position en déniant cette fois le caractère d'ordre public international à cette loi (Civ. 1re, 25 oct. 2005, *Bull. civ. I*, n° 378). D'après elle, il s'agit d'une loi d'ordre public interne et non d'une loi de police, position désormais constante en droit français (v. récemment Paris, 6 mai 2014, n° 12/21230, *RDC* 2015, n° 1, p. 81, obs. M. Laazouzi, décidant que les « dispositions de la loi… du 25 juin 1991 portant statut des agents commerciaux, codifiées dans les articles L. 134-1 et s. du code de commerce en ce qu'elles s'appliquent à des agents commerciaux exerçant leur activité dans le cadre d'un contrat de services ne peuvent dès lors être regardées, comme constitutives d'une loi de police dans l'ordre international pouvant être opposée à une sentence arbitrale internationale… » ; v. déjà dans le même sens Paris, Pôle 1, ch. 1, 23 oct. 2012, n° 11.10023, *Rev. arb.* 2013, p. 170, note L. d'Avout, *JCP E* 2013. 1563, n° 3, obs. C. Nourissat). Cette position est plus conforme à la nouvelle conception de l'ordre public adoptée par le règlement (CE) no 593-2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles du 17 juin 2008. La CJUE a toutefois rendu en 2013 un arrêt pas clair admettant que le juge national peut écarter la loi d'un État membre choisie par les parties pour régir leur contrat d'agence au motif que

la transposition de la directive opérée par l'État membre du for est plus protectrice et qu'elle constitue une loi de police (CJUE, 17 oct. 2013, aff. C-184/12, *Unamar*, *D.* 2014. 60, note L. d'Avout ; *JCP* 2013. 1287 ; *RTD com.* 2014. 457, obs. Ph. Delebecque). L'affaire est donc à suivre (v. récemment CJUE 16 févr. 2017, aff. C-507/15, *Agro Foreign Trade*, *D.* 2017. 1012, obs. H. Gaudemet-Tallon).

B. – L'application des lois de police

Une distinction doit être effectuée entre la loi de police du *for* et la loi de police étrangère.

1. Loi de police du for

Le juge du *for* a l'obligation d'appliquer sa loi de police (cf. Règl. Rome I, art. 9-2 et Conv. Rome art. 7-2) à condition que la situation visée par cette loi soit dans son champ d'application spatial tel que déterminé par l'auteur de la loi ou à défaut par le juge du *for* lui-même.

2. Loi de police « étrangère »

Dans le système de la Convention de Rome :

– lorsque la loi de police « étrangère » appartient à la *lex contractus*, le juge du *for* français doit l'appliquer ;

– lorsque la loi de police « étrangère » n'appartient pas à la *lex contractus*, le juge français n'est pas tenu de l'appliquer. La Convention de Rome elle-même prévoit simplement la possibilité d'une telle application, sans aucune obligation (art. 7-1). Le Règlement Rome I maintient cette possibilité.

En cas de conflit entre la loi de police du *for* et la loi de police étrangère, le juge du *for* compétent applique sa loi de police.

En cas de conflit entre deux lois de police « étrangères », il appartient au juge du *for* de se prononcer sur celle à laquelle il donne préférence (art. 7-1).

Dans le système du Règlement Rome I :

– rien ne change pour la loi de police du for ;
– l'application des lois de police étrangères est considérablement limitée. D'après l'article 9-3 « il ne pourra être donné effet aux lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées, dans la mesure où lesdites lois de police rendent l'exécution du contrat illégale ». La lettre du texte indique que le juge pourra « donner effet » à ces lois. Dans un arrêt récent (CJUE, gr. ch., 18 oct. 2016, aff. C-135/15, préc.), la Cour de justice décide qu'il pourra les « prendre en compte » en tant qu'élément de fait, solution discutable. En effet, pour la CJUE, il est exclu que « le juge du for puisse appliquer, en tant que règles juridiques, les lois de police

autres que celles de l'État du for ou de l'État dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées » (point 50).

SOUS-SECTION 2 QUESTIONS PRATIQUES RELATIVES AUX CONTRATS INTERNATIONAUX

Les contrats internationaux, en pratique, se présente le plus souvent comme des contrats conclus, presque nécessairement, entre absents comme l'étaient déjà les contrats conclus par télex ou télécopie. Mais ici les difficultés sont accrues quant à l'identité des contractants ou à leur capacité à conclure le contrat. Par ailus peuvent être conclus soit rapidement, en l'absence de documents ce qui soulève des difficultés probatoires ou bien au contraire de manière très professionnelle, avec des méthodes de négociation spécifiques, ponctuées de contrats préparatoires.

Le cas des contrats électroniques, de ce point vue, illusstre le cas de conclus entre absents et rapidement : des tentatives de solutions ont été proposées :

– ce sont les Nations unies qui ont été pionniers en proposant la loi type CNUDCI du 16 décembre 1996 sur le commerce électronique, pour aider les États à adapter leur droit aux évolutions technologiques. Ce texte visait à harmoniser les législations des pays membres des Nations unies et prévoyait l'équivalence entre l'écrit traditionnel et l'écrit électronique,
– à la suite des Nations unies, l'Europe a pris le relais et plusieurs directives ont été adoptées notamment la directive du 13 décembre 1999 sur les signatures électroniques et la directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique (JOCE n° L. 178, 17 juill. 2000, p. 1).

La France a adapté son droit de la preuve à ces évolutions par la loi du 13 mars 2000 codifiée aux articles 1316 à 1317 du Code civil.

En outre, une loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (JO du 22 juin 2004, p. 11168) dont l'objectif est de transposer en droit interne français la directive du 8 juin ci-dessus citée a apporté des précisions sur le contrat électronique international. Cette loi définit le commerce électronique comme « l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services » (art. 14). Elle ajoute à son article 17 que « l'activité définie à l'article 14 est soumise à la loi de l'État membre sur le territoire duquel la personne qui l'exerce est établie, sous réserve de la commune intention de cette personne et de celle à qui sont destinés les biens ou services » (alinéa 1).

Aujourd'hui, il n'existe pas de règles de conflits de lois propres au commerce électronique. Il faut donc lui appliquer les règles de conflit régissant les contrats en général (v. supra, Règl. Rome I).

Outre ces contrats du commerce électronique auxquels vont s'appliquer comme à tous les autres contrats les règles communes aux contrats internationaux, plusieurs contrats peuvent être examinés.

Le contrat le plus important est la vente. Le transport et l'assurance l'accompagnent nécessairement. D'autres contrats du commerce international ne doivent pas être négligés. Au préalable, il est opportun d'envisager sommairement les clauses courantes dans les contrats commerciaux internationaux.

I. Questions communes aux contrats internationaux

Les contrats internationaux, tout comme les contrats internes, relèvent de la théorie générale des contrats. Lorsqu'ils sont soumis à la loi française, les règles de droit commun du Code civil leur sont applicables, avec toutefois certaines spécificités. La liberté contractuelle y joue un rôle prépondérant, sans doute plus important que dans les relations internes. On pourrait schématiser en affirmant que les contrats internationaux n'ont pas subi les mêmes transformations ou évolutions que les contrats internes, certaines étant justifiées, d'autres moins. Cela ne signifie pas que les contrats internationaux soumis au droit français échappent au droit commun. Certes, ils connaissent des règles matérielles (validité des clauses monétaires, autonomie de la clause compromissoire), mais ces règles restent des exceptions. C'est d'ailleurs ce que laisse entendre le règlement Rome I, qui précise que les questions de validité substantielle du contrat sont, en principe, régies par la loi du contrat.

Comme tout contrat, les contrats internationaux obéissent à une loi. Leur conclusion et leur exécution se font selon des règles générales. Les Principes d'Unidroit et les Principes du droit européen des contrats ont rassemblé de nombreuses solutions issues de la lex mercatoria et exprimées dans la jurisprudence arbitrale internationale. Ils visent à former progressivement la trame des contrats internationaux. Les Principes d'Unidroit reprennent plusieurs règles fondamentales du droit des contrats, telles que le consensualisme (art. 1.2), la liberté contractuelle (art. 1.1), la force obligatoire du contrat (art. 1.3), et la bonne foi (art. 1.7). Ces Principes comportent un ensemble de clauses que les parties peuvent adopter, copier ou adapter lorsqu'elles souhaitent créer un contrat équilibré.

Les Principes du droit européen des contrats suivent une logique similaire. Ils sont parfois plus détaillés que les Principes d'Unidroit, mais constituent également une source de droit matériel à laquelle les parties peuvent se référer. Ces principes, qui tendent à s'uniformiser et se standardiser, occupent une place centrale dans la dialectique entre liberté contractuelle et ordre public. Leur présentation, organisée selon la chronologie contractuelle, mérite des développements spécifiques.

Au-delà de ces questions universelles, des problèmes plus spécifiques se posent, notamment avec l'évolution des technologies. Les contrats du commerce électronique, par exemple, soulèvent des enjeux transversaux nécessitant des réponses de portée générale, conformes à une théorie contractuelle globale.

A. – Conclusion du contrat

Tout contrat, qu'il soit unilatéral ou synallagmatique, doit respecter certaines conditions essentielles pour être valablement conclu. L'article 1128 du Code civil regroupe ces conditions, qui sont modernisées et se retrouvent dans de nombreuses législations étrangères (comme le Code civil algérien ou le Dahir marocain). Bien que ce texte ne s'applique pas si le contrat est soumis à une autre loi, ces exigences de validité demeurent fondamentales. Elles reposent sur le consentement des parties, leur capacité juridique, et

un objet licite et certain. À cela s'ajoute parfois une condition de forme, de plus en plus fréquente pour la validité de certains contrats, bien que ce phénomène concerne davantage les contrats internes que les internationaux.

Selon l'article 10-2 du règlement Rome I, les conditions de fond d'un contrat sont régies par la loi du contrat, mais une exception est prévue : si une partie invoque l'absence de consentement, elle peut se référer à la loi de sa résidence habituelle, si les circonstances rendent déraisonnable l'application de la loi normalement applicable au contrat.

1. – Consentement des parties

– Consensualisme. « Le contrat se conclut soit par l'acceptation d'une offre, soit par un comportement indiquant suffisamment l'accord des parties » (art. 2.1.1 Principes d'Unidroit). En d'autres termes, un contrat repose sur la volonté commune des parties, exprimée par leur consentement mutuel. Le consensualisme est la règle, tandis que le formalisme reste l'exception, comme le souligne l'article 1.2 des Principes d'Unidroit. La volonté contractuelle n'est pas toujours simple à discerner, et de nombreuses situations soulèvent des doutes quant à la nature contractuelle d'une relation. La distinction entre les relations contractuelles et les relations sociales, par exemple, n'est pas toujours évidente, et cette distinction détermine le régime applicable. C'est le cas pour les lettres d'intention ou les gentlemen's agreements, où les parties cherchent parfois à s'engager en dehors du cadre de la loi civile.

La question de l'existence d'un contrat obéit à la loi qui serait applicable selon le règlement Rome I si le contrat était valide (art. 10.1 de la convention).

– Offre. L'offre est définie comme une proposition de conclure un contrat, suffisamment précise, qui manifeste la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation (art. 2.1.2 Principes d'Unidroit). Elle doit préciser les éléments essentiels de l'opération envisagée. Une lettre d'intention n'est une offre véritable que si elle contient ces éléments et ne comporte aucune réserve. En l'absence de telles conditions, elle n'est qu'une invitation à entrer en pourparlers. C'est le cas pour les discussions accompagnées de clauses telles que « subject to contract », qui retirent à l'engagement sa force obligatoire.

L'offre peut être exprimée de diverses manières, y compris au public, et souvent par le biais de conditions générales de contrat. Elle est en principe révocable, sauf si un délai est prévu pour l'acceptation. En droit français, elle doit être maintenue pendant un délai raisonnable (art. 1116 et 1117 du Code civil).

– Acceptation. L'acceptation est une déclaration ou un comportement du destinataire indiquant son accord à l'offre (art. 2.1.6 Principes d'Unidroit). Elle ne peut résulter d'un silence passif, sauf si les circonstances l'imposent, par exemple dans le cadre de relations d'affaires suivies. Le droit français, tout comme les Principes d'Unidroit, stipule que le silence, à lui seul, ne vaut pas acceptation, sauf si les parties ont convenu du contraire.

Il est parfois difficile de déterminer si une clause a été acceptée, et il appartient à la partie qui l'invoque de prouver que l'autre partie en a eu connaissance. L'article 10.2 du règlement Rome I permet à une partie de se référer à la loi de sa résidence habituelle pour établir qu'elle n'a pas consenti, lorsque les circonstances rendent déraisonnable l'application de la loi normalement compétente.

– Rencontre des volontés. Pour que le contrat puisse se former, il est nécessaire que l'acceptation épouse parfaitement l'offre. Bien que ce principe soit théoriquement simple, la réalité s'avère souvent plus complexe. En effet, l'offre et l'acceptation peuvent coïncider sur l'essentiel tout en divergeant sur des points accessoires. Le contrat ne sera conclu que si la rencontre des volontés est complète. Les délais jouent ici un rôle crucial. En outre, l'offre et l'acceptation peuvent être rétractées, à condition que la rétractation intervienne avant que la première manifestation de volonté n'ait pris effet. Les Principes d'Unidroit fournissent des précisions utiles à cet égard (art. 2.1.6 s.; 2.1.10). Les Principes du droit européen des contrats apportent également un éclairage précieux en stipulant qu'un contrat est formé dès lors que les parties ont l'intention de se lier juridiquement et qu'elles ont trouvé un accord suffisant, sans qu'aucune condition supplémentaire ne soit requise (art. 2.101).

La théorie de l'émission, qui stipule que le contrat est conclu dès l'instant où l'acceptation est émise, garantit la sécurité des transactions juridiques et est généralement préférée à la théorie de la réception, selon laquelle le contrat n'est formé qu'au moment où l'acceptation est reçue par son destinataire. Rien ne s'oppose, par ailleurs, à ce que la conclusion du contrat soit conditionnée à une confirmation écrite, comme le prévoient les Principes d'Unidroit (art. 2.1.13). Les parties peuvent également différer la détermination d'une clause à un accord ultérieur ou à la décision d'un tiers, sans que cela fasse obstacle à la formation du contrat (art. 2.1.14). La clause d'entrée en vigueur (« coming into force ») se révèle souvent très utile pour prévenir d'éventuelles contestations.

– Clauses types. Les parties recourent fréquemment à des clauses types, c'est-à-dire à des « dispositions établies à l'avance par l'une d'elles pour un usage général et répété, effectivement utilisées sans négociation avec l'autre » (Principes d'Unidroit, art. 2.1.19). Ces clauses produisent les effets habituels d'une clause contractuelle, mais elles sont sans effet si l'autre partie ne pouvait raisonnablement s'attendre à leur inclusion, à moins qu'elle n'y consente expressément (art. 2.1.20). Cette limitation est pertinente, car elle permet de résoudre de nombreux litiges liés à des clauses insérées par habitude, notamment en ce qui concerne les clauses d'exonération ou de limitation de responsabilité, ou encore les clauses attributives de juridiction, qui nécessitent une attention particulière des parties.

Lorsque les parties utilisent des clauses types mais n'ont pas trouvé d'accord sur certaines d'entre elles, le contrat est tout de même considéré comme conclu sur la base des clauses convenues, ainsi que des clauses types communes aux deux parties, à moins qu'une partie n'informe l'autre, soit à l'avance, soit sans retard indu, qu'elle ne souhaite pas être liée par le contrat (art. 2.1.22).

– Pourparlers. Les contrats internationaux se forment souvent après de longues négociations. En matière de pourparlers, le droit commun reste applicable, avec pour principe la liberté contractuelle. En effet, aucun droit à la conclusion d'un contrat n'est reconnu en principe. Si les pourparlers échouent ou sont interrompus, la question de la responsabilité de l'auteur de la rupture peut être soulevée. Les Principes d'Unidroit reconnaissent cette possibilité (art. 2.1.15). Les tribunaux adoptent aujourd'hui une approche stricte, subordonnant la responsabilité à la preuve d'une faute caractérisée, telle que la brutalité ou la mauvaise foi. La simple rupture des pourparlers n'est pas fautive en soi, sauf en présence de circonstances aggravantes. Seule la faute dans la négociation mérite d'être sanctionnée, ce que la jurisprudence et les textes confirment (C. civ., art. 1112).

Le préjudice réparable se répartit généralement entre la privation de l'intérêt négatif, c'est-à-dire les frais et dépenses engagés pour des pourparlers qui semblaient devoir aboutir, et la privation de l'intérêt positif, comme l'immobilisation injustifiée de l'objet du contrat ou l'impossibilité de se tourner vers un autre partenaire. La réparation pour perte de chance de contracter reste cependant plus discutable. Qu'il y ait ou non conclusion du contrat, une partie qui reçoit une information confidentielle lors des négociations est tenue de ne pas la divulguer ni l'utiliser de manière indue, sous peine de devoir indemniser l'autre partie pour le préjudice subi, y compris pour tout bénéfice indûment retiré (art. 2.1.16 des Principes d'Unidroit ; C. civ., art. 1112-2).

La responsabilité pour rupture des pourparlers est souvent qualifiée d'extra-contractuelle. Cette approche est insatisfaisante, tant sur le plan intellectuel que pratique, car les parties sont liées par les discussions. Néanmoins, si un tiers à la négociation intervient et provoque la rupture, la situation peut se compliquer davantage.

Pour éviter ces difficultés, les pourparlers sont désormais souvent encadrés par des accords organisant la négociation. Les parties peuvent, par exemple, retarder l'entrée en phase de négociation, choisir des partenaires potentiels, puis procéder à une sélection finale. Des clauses d'intégralité, ou entire agreement clauses, peuvent également être incluses pour limiter les engagements des parties aux seuls termes du contrat final, annulant ainsi tous les échanges antérieurs (voir également les clauses subject to contract).

– Contrats préparatoires. Les négociations aboutissent souvent à des accords préparatoires, plus ou moins contraignants, tels que :

les accords de principe ou accords de pourparlers, qui obligent les parties à poursuivre les discussions de bonne foi sans pour autant les contraindre à conclure le contrat final ;

- les memorandums of agreement (MOU), qui préparent des contrats plus formels ;
- les pactes de préférence, qui accordent un droit de priorité à une partie dans la conclusion d'un contrat futur ;
- les heads of agreement, équivalents à des contrats-cadres ;
- les promesses unilatérales ou synallagmatiques, qui peuvent être assorties de conditions.

Chaque convention préparatoire a son propre régime, mais la distinction entre elles n'est pas toujours évidente. Un projet non contraignant, par exemple, n'engage pas les parties tant qu'elles n'ont pas exprimé leur intention de contracter. En revanche, un accord de principe engage les parties à poursuivre les discussions de bonne foi en vue d'un éventuel accord final. Les memorandums of understanding (MOU) sont souvent considérés comme des accords de principe.

Les contrats-cadres permettent quant à eux de fixer les grandes lignes des contrats futurs. Très utilisés en matière de distribution commerciale, ces contrats-cadres organisent à l'avance les relations commerciales ultérieures.

Le pacte de préférence est plus contraignant. Il accorde à une partie un droit de priorité dans la conclusion d'un contrat, et sa violation peut entraîner la substitution du bénéficiaire dans les droits du tiers contractant, sous certaines conditions.

Les promesses contractuelles, qu'elles soient unilatérales ou synallagmatiques, sont

également des contrats préparatoires. Une promesse synallagmatique, par exemple, équivaut à un contrat une fois les conditions remplies. Toutefois, ces promesses sont souvent assorties de conditions, telles que l'obtention d'un financement ou d'une autorisation.

– Préambule. De nombreux contrats internationaux contiennent un préambule, souvent long et détaillé, dans lequel les parties exposent les raisons qui les ont conduites à conclure le contrat, décrivent leurs compétences respectives, et rappellent les négociations qui ont précédé. Le préambule permet de mieux cerner le champ d'application du contrat et peut servir de référence en cas de litige ou de divergence dans l'interprétation du contrat. Bien qu'il n'ait généralement qu'une valeur informative, le préambule peut parfois contenir de véritables stipulations contractuelles, posant ainsi des problèmes de cohérence avec les clauses du contrat proprement dit.

– Intégrité du consentement. La théorie des vices du consentement ne se limite pas aux contrats internes. L'erreur, la violence et le dol peuvent altérer l'intégrité du consentement des parties et constituer des causes de nullité d'un contrat. Toutefois, ces cas sont relativement rares, notamment parce que la plupart des contrats internationaux sont conclus entre des professionnels aguerris aux négociations, ce qui réduit le risque d'incompréhension. Par ailleurs, les arbitres, juges des contrats internationaux, montrent souvent une certaine réserve à prononcer la nullité d'un contrat.

Les Principes d'Unidroit ont abordé la question de l'intégrité du consentement en établissant plusieurs causes de nullité, bien encadrées :

- L'erreur est définie comme une croyance erronée portant sur les faits ou le droit au moment de la conclusion du contrat (art. 3.4).
- Le dol se caractérise lorsque l'engagement a été influencé par des manœuvres frauduleuses de l'autre partie, que ce soit par son langage, ses actes, ou par une omission intentionnelle de divulguer des informations, contrairement aux exigences de la bonne foi commerciale (art. 3.8).
- La contrainte (ou violence) suppose des menaces injustifiées, dont l'imminence et la gravité ne laissent à la partie concernée aucune alternative raisonnable (art. 3.9), la menace pouvant viser une personne, des biens ou des intérêts purement économiques.
- Enfin, l'avantage excessif peut justifier l'annulation, voire l'adaptation du contrat, s'il est constaté une forte inégalité entre les obligations des parties, donnant à l'une d'elles un avantage injustifié (art. 3.10).

2. Capacité des parties

– Présomption de capacité. Les questions de capacité, bien qu'essentielles, ne sont pas propres aux contrats internes. On peut supposer que les parties à un contrat international sont compétentes et expérimentées. Toutefois, cette présomption peut être trompeuse, et il arrive que des opérations majeures soient remises en cause lorsque l'on découvre qu'une partie n'avait pas la capacité légale de contracter. Pour les personnes physiques, cette question relève du statut personnel plutôt que de la loi du contrat : ainsi, l'article 3, alinéa 3 du Code civil stipule que les lois concernant la capacité des personnes régissent les Français, même à l'étranger. L'article 1.2.a du Règlement Rome I va dans le même sens.

En cas de bonne foi de la part d'un tiers ignorant l'incapacité, la célèbre jurisprudence Lizardi permet de maintenir l'engagement pris, bien que cette solution soit rarement mise en œuvre dans le droit contemporain, où il est attendu de la part des contractants qu'ils s'informent avant de conclure un accord. Le Règlement Rome I introduit une règle

matérielle similaire, stipulant qu'une personne physique qui est capable selon la loi locale ne peut invoquer son incapacité résultant d'une autre loi, à moins que l'autre partie ne l'ait connue ou ignorée par négligence (art. 13).

– Pouvoir. Contrairement à la capacité, qui protège la personne, le pouvoir concerne la protection des droits en jeu. Le pouvoir est le droit d'une personne d'agir au nom d'autrui, et il faut se référer à la loi applicable à l'institution concernée, souvent la lex societatis. La question du pouvoir des dirigeants relève de cette loi, et la jurisprudence Lizardi, protégeant les tiers, s'applique ici aussi. Certains ont proposé d'ériger cette solution en règle matérielle, rendant le défaut de pouvoir inopposable aux tiers, sauf dans les décisions affectant la vie même de la personne morale.
Les Principes d'Unidroit réservent une section entière au pouvoir de représentation. Ce pouvoir permet à une personne d'agir au nom d'une autre pour conclure ou exécuter un contrat. En cas de conflit d'intérêts, par exemple si le représentant agit pour deux parties opposées ou contracte avec lui-même, le contrat peut être annulé, comme le prévoit l'article 1161 du **Code civil**.

– Identification des parties. En principe, l'identification des parties est simple : il s'agit de ceux qui donnent leur consentement. Cela s'applique aussi bien aux personnes physiques qu'aux personnes morales agissant par l'intermédiaire de leurs représentants. Toutefois, une personne morale doit avoir une personnalité juridique, ce qui n'est pas le cas pour un groupe de sociétés. De même, certains types de groupements reconnus à l'étranger, comme les **partnerships**, n'ont pas de personnalité juridique en France. Certaines enseignes de transport ou d'alliances n'en ont pas non plus.

3. Contenu du contrat

– Objet du contrat. L'objet du contrat renvoie à l'opération économique envisagée par les parties, comme la vente de biens, l'échange de marchandises ou le transport. Cet objet doit respecter l'ordre public, tant dans ses stipulations que dans son but. L'objet de l'obligation correspond aux prestations à fournir, lesquelles doivent être possibles, licites, et déterminées.

En principe, la prestation doit être réalisable. Par exemple, une vente est nulle si les biens ont disparu lors de la conclusion du contrat. Les Principes d'Unidroit ne partagent cependant pas cette approche, stipulant que l'impossibilité d'exécution ne remet pas en cause la validité du contrat (art. 3.3). De plus, l'objet doit être licite, et les Principes d'Unidroit précisent qu'en cas de violation d'une règle impérative, les parties peuvent exercer les moyens raisonnables fondés sur l'inexécution du contrat (art. 3.3.1).

– Fraude. Un contrat peut être annulé pour illicéité lorsqu'il constitue une fraude à la loi. La fraude est établie lorsque le contrat vise à contourner la loi de manière artificielle. Si les éléments matériel et intentionnel sont réunis, le contrat est jugé frauduleux et inefficace. Dans les relations internationales, les fraudes, notamment documentaires, sont relativement fréquentes, bien que leur preuve soit difficile à établir.

– Civisme contractuel. Aujourd'hui, la problématique du contrat illicite a pris un nouveau tournant avec la multiplication des cas de trafic d'influence, de conflits d'intérêts, et plus globalement d'atteintes aux droits fondamentaux. La communauté internationale a pris conscience de l'importance du phénomène, tout comme les grandes entreprises exportatrices qui, afin de préserver leur réputation et éviter les critiques, s'engagent

publiquement à respecter les principes internationaux concernant les droits de l'homme, de l'enfant, des travailleurs, et la protection de l'environnement.

Ces préoccupations sont désormais centrales dans les opérations commerciales internationales, ce dont on peut se réjouir, tout en évitant un excès de naïveté. Les actions des autorités et organismes officiels ne cessent de s'intensifier dans ce sens (v. convention OCDE du 17 décembre 1997, sur la lutte contre la corruption des agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, ratifiée par vingt-neuf États membres de l'OCDE ; ainsi que la Convention des Nations unies contre la corruption du 31 octobre 2003, ratifiée par décret n° 2006-1113 du 4 septembre 2006 ; de même que les mesures de prévention et de répression du blanchiment d'argent, v. ss 675, et la politique internationale de protection environnementale qui a pris de l'ampleur après la Cop 21, v. ss 909).

Le trafic des biens culturels suscite aussi des réactions justifiées : la Convention d'Unidroit sur les biens culturels volés ou illicitement exportés (Rome, 1995) est une initiative saluée.

Quant aux entreprises, il est fréquent que leurs contrats fassent référence aux « United Global Compact Principles » :
Human Rights;
Principle 1 : Businesses should support and respect the protection of inter- nationally proclaimed human rights; and
Principle 2 : make sure that they are not complicit in human rights abuses. Labour Standards
Principle 3 : Businesses should uphold the freedom of association and the effective recognition of the right to collective bargaining;
Principle 4 : the elimination of al/ forms of forced and compulsory labour;
Principle 5 : the effective abolition of child labour;
Principle 6 : the elimination of discrimination in respect of employment and occupation.
Environment
Principle 7 : Businesses should support a precautionary approach to envi- ronmental challenges ;
Principle 8: undertake initiatives to promote greater environmental respon- sibility;
Principle 9 : encourage the development and diffusion of environmentally friendly technologies Anti-corruption
Principle 10 : Businesses shou/d work against corruption in ail its form, including extortion and bribery.

Les engagements découlant de ces principes ne sont pas seulement d'ordre moral ; ils ont une véritable force contractuelle.

– Prix. L'objet de la prestation doit être déterminé ou déterminable, sachant que la prestation est dite déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures entre les parties, sans qu'un nouvel accord soit nécessaire (C. civ., art. 1163, al. 3). Cette exigence concerne principalement la question du prix.

Les clauses relatives au prix sont courantes dans les contrats internationaux et font souvent l'objet de discussions rigoureuses. À cet égard, le droit français est désormais très souple puisqu'il admet que le prix peut être fixé unilatéralement par l'une des parties, sauf disposition contraire (v. notamment C. civ., art. 1591 ; art. 1710), et sous réserve d'un abus dans la fixation du prix. Cette solution, dégagée par la jurisprudence, a été reprise dans le Code civil. Ainsi, dans les contrats-cadres, il est possible de convenir que le prix sera fixé unilatéralement par une des parties en cas de litige (art. 1164), tandis que dans les

contrats de prestation de services, en l'absence d'accord préalable des parties avant l'exécution, le prix peut être fixé par le créancier, à condition qu'il justifie son montant en cas de contestation (art. 1165). En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge ne peut pas fixer lui-même le prix : il ne peut que prononcer des dommages-intérêts ou, éventuellement, la résolution du contrat. Cette solution semble préférable à celle retenue par l'article 5.1.7, alinéa 2, des Principes d'Unidroit : « lorsque le prix fixé par une partie s'avère manifestement déraisonnable, il est substitué un prix raisonnable, malgré toute stipulation contraire ».

Parmi les clauses de prix, la clause de l'offre concurrente mérite d'être mentionnée : elle permet à une partie, généralement un acheteur, de présenter à son cocontractant une offre plus avantageuse d'un tiers concernant l'objet du contrat. Si le vendeur accepte de s'aligner sur cette offre, le contrat se poursuit aux nouvelles conditions ; sinon, le contrat est suspendu ou résilié. Ce type de clause peut poser des problèmes de preuve et de validité, surtout si la concurrence n'est pas réelle. La clause du client le plus favorisé est similaire : elle permet au bénéficiaire de demander à ce que son contrat soit aligné sur des conditions plus avantageuses accordées par son cocontractant à un tiers.

Il est également possible de charger un tiers indépendant de fixer le prix du contrat (v. C. civ., art. 1592, qui parle de l'« estimation d'un tiers »). Ce tiers, en tant que mandataire commun des parties, doit agir avec impartialité. Sauf erreur manifeste de sa part, sa décision lie les parties. Si rien n'est prévu dans le contrat quant au prix à payer, les Principes d'Unidroit (art. 5.1.7) présument que les parties ont implicitement fait référence au prix habituellement pratiqué au moment de la conclusion du contrat, dans le secteur concerné, pour des prestations similaires effectuées dans des conditions comparables. S'il n'y a pas de comparaison possible, c'est un prix raisonnable, fixé par le juge ou l'arbitre, qui sera appliqué. Ce n'est cependant pas la solution retenue par la Convention de Vienne en matière de vente (v. ss 550).4. Cause du contrat.

4. « Cause » ou « but » du contrat

La théorie de la cause, essentielle dans les systèmes de droit civil, ne trouve pas son équivalent direct dans le common law, où la consideration joue un rôle similaire mais distinct. Les Principes d'Unidroit ont choisi de ne pas exiger de cause, adoptant ainsi une approche proche du droit allemand, qui se concentre sur l'accord des parties comme condition suffisante pour la validité, la modification ou la révocation d'un contrat (art. 3.1.2).

Depuis la réforme de 2016, le droit français a supprimé la notion de cause, ce qui affaiblit quelque peu l'image du droit français dans certains pays. Toutefois, les exigences liées à la contrepartie et au but du contrat restent présentes, garantissant que les engagements contractuels ne soient ni illusoires ni dérisoires (art. 1169 du **Code civil**).

5. Forme du contrat

– Locus regit actum. Les contrats, qu'ils soient internes ou internationaux, obéissent au principe du consensualisme. Cependant, certaines catégories de contrats solennels nécessitent l'observation de formes précises imposées par la loi, faute de quoi ils seront nuls. C'est notamment le cas des hypothèques, qui, en droit français, doivent être établies par acte notarié. De même, certains contrats, dits "réels", exigent la remise d'une chose pour être valides.

Autrefois, les contrats internationaux étaient strictement soumis à la règle du locus regit actum, qui impose que la forme d'un contrat soit régie par la loi du lieu où il a été conclu. Toutefois, la jurisprudence a progressivement assoupli cette règle, permettant une approche plus flexible. La Convention de Rome a consacré cet assouplissement en permettant que la forme du contrat soit régie soit par la loi applicable au fond, soit par celle du lieu où il a été conclu, sans hiérarchie. Le Règlement Rome I a maintenu cette approche. La question de savoir si une règle est de forme ou de fond reste parfois floue, notamment en matière de mentions obligatoires dans des contrats spécifiques, comme ceux relatifs à la cession de fonds de commerce.

– Langue. Les parties à un contrat sont libres de choisir la langue dans laquelle elles souhaitent rédiger leur accord. Aujourd'hui, l'anglais domine dans le monde des affaires, même dans des contrats n'ayant aucun lien avec des juridictions anglophones. Cette tendance favorise les échanges, mais peut également entraîner des malentendus. Parfois, la loi impose l'usage d'une langue spécifique. Par exemple, en matière d'assurance des risques français, l'article L.112-3 du **Code des assurances** impose que le contrat soit rédigé en français, bien que des dérogations soient admises. De même, en droit du travail, un contrat exécuté en France doit être rédigé en français, bien que la non-conformité ne soit pas sanctionnée par la nullité. Enfin, la langue française reste obligatoire devant les juridictions françaises, avec quelques exceptions, comme devant la chambre internationale de la Cour d'appel de Paris.

– Loi de police. Certaines règles de forme peuvent avoir la nature de **lois de police**, comme l'article 10 de la loi du 3 janvier 1967 sur les navires, imposant que les actes constitutifs de propriété soient rédigés par écrit. Ces règles peuvent poursuivre des objectifs d'intérêt public et être considérées comme des lois de police, ce qui justifie leur application impérative. Le **Règlement Rome I** précise cette notion, affirmant qu'une loi de police est cruciale pour la sauvegarde des intérêts publics d'un pays, qu'il s'agisse de son organisation politique, sociale ou économique. Dans certains cas, une loi de police étrangère peut également être appliquée, notamment si elle rend l'exécution d'un contrat illégale dans le pays d'exécution, comme l'a illustré un cas de transport de viande interdit en raison d'un embargo.

– Preuve. Les questions de preuve sont distinctes des exigences de forme, bien qu'elles soient parfois liées. La **lex causae** régit la charge de la preuve, tandis que la **lex fori** détermine l'admissibilité et la force probante des preuves. En matière commerciale, la liberté de la preuve est largement admise, et dans la plupart des cas, la loi applicable au fond, celle du lieu de conclusion du contrat et celle du for coïncident. Toutefois, la distinction entre charge de la preuve et modes de preuve peut parfois être source de complexité.

– Sanction des conditions de formation du contrat. Un contrat qui ne respecte pas les conditions requises pour sa validité est nul, comme le précise l'article 1178 du **Code civil**. La loi applicable au contrat détermine la possibilité d'annulation et les parties pouvant intenter l'action en nullité. Les **Principes d'Unidroit** apportent des précisions sur l'étendue de la nullité : totale ou partielle. Les parties peuvent insérer une clause de divisibilité pour éviter que la nullité d'une clause n'entraîne l'annulation du contrat entier.

En cas de violation d'une règle impérative, les **Principes d'Unidroit** précisent que le contrat subira les effets prévus par cette règle. Parfois, la loi impose expressément une

nullité. Dans d'autres cas, les parties peuvent invoquer les moyens appropriés pour répondre à une inexécution découlant de cette violation. Il convient alors de prendre en compte la gravité de la violation, les attentes raisonnables des parties, et les éventuelles sanctions prévues par la règle violée.

Il est également possible qu'un contrat viole des règles impératives par son exécution. Par exemple, si un contrat de fabrication de jouets est exécuté en violation des interdictions sur le travail des enfants, ce contrat sera considéré comme contraire à l'ordre public. Enfin, les actions interrogatoires, désormais admises en droit français, permettent de demander à une partie de confirmer ou de contester la validité du contrat dans un délai de six mois, sous peine de forclusion.

B. Effets du contrat

– Liberté contractuelle et ordre public. Le principe fondamental qui régit les contrats internationaux est celui de la liberté contractuelle. Cela signifie que les parties à un contrat international jouissent d'une grande latitude : elles peuvent choisir de conclure un contrat ou de s'en abstenir et, si elles choisissent de contracter, elles sont libres d'en fixer les modalités [Principes d'Unidroit, art. 1.1; C. civ., art. 1102, al. 1]. Toutefois, cette liberté, bien qu'étendue, n'est pas sans limites. En effet, la liberté contractuelle se heurte aux règles impératives qui, dans un cadre international comme interne, s'imposent aux volontés des parties [art. 1.4 des Principes]. Les règles impératives, qu'elles soient d'origine nationale, internationale ou supranationale, limitent la portée de la liberté contractuelle lorsque ces règles visent à protéger des intérêts publics majeurs ou l'ordre public [C. civ., art. 1102, al. 2]. Ces limitations sont particulièrement présentes dans des domaines comme le droit de la consommation, le droit de la distribution, le droit du travail ou encore le droit des transports, où certaines dispositions légales imposent des protections spécifiques, souvent dans le but de réguler des relations économiques ou de protéger des catégories socioprofessionnelles vulnérables. En outre, dans le contexte des contrats internationaux, la question de l'ordre public peut soulever des défis particuliers, notamment lorsqu'il s'agit de déterminer quelles règles sont impératives et donc non susceptibles de dérogation par les parties. Ce cadre juridique est renforcé par le fait que la loi française, tout comme les lois nationales d'autres États, définit des concepts comme celui de contrat d'adhésion dans le but de protéger les parties les plus faibles dans une relation contractuelle. Un contrat d'adhésion, tel que défini par l'article 1110, al. 2 du Code civil français, est un contrat dont les clauses sont préétablies par une partie et non négociables par l'autre. Ce type de contrat est particulièrement encadré pour éviter les abus, comme en témoigne l'article 1171 du Code civil, qui impose un contrôle des clauses abusives. Ces dispositions s'appliquent même dans le cadre des relations internationales et pourraient concerner des domaines aussi variés que les assurances ou le transport maritime, où des clauses non négociées sont couramment incluses dans les connaissements.

– Clauses contractuelles. Les contrats internationaux tendent, avec le temps, à s'uniformiser. Ils incluent souvent des clauses similaires ou du moins analogues, reflétant une standardisation progressive des pratiques contractuelles internationales. Cette tendance à la standardisation peut être observée à travers les différentes phases de construction du contrat, qui suivent généralement une structure commune : préambule, définitions, identification des parties, description de l'objet du contrat, prestations et services à fournir, responsabilités des parties, garanties, clauses de confidentialité, clauses d'adaptation ou de hardship, force majeure, modalités de résiliation, etc. Ces clauses, en

dépit de leur récurrence dans les contrats internationaux, sont parfois sujettes à un contrôle plus strict dans certains systèmes juridiques, notamment au sein de l'Union européenne, où les clauses abusives dans les contrats de consommation sont sévèrement sanctionnées. En effet, la réglementation européenne impose non seulement la possibilité d'un contrôle judiciaire des clauses contractuelles, mais oblige même les juges nationaux à examiner d'office la présence de clauses abusives dans certains contrats. Cette surveillance rigoureuse des clauses contractuelles montre l'importance accordée par l'ordre juridique européen à l'équilibre contractuel et à la protection des parties les plus vulnérables.

– Conditions. Les contrats internationaux comportent souvent des conditions, qu'elles soient suspensives ou résolutoires. Ces conditions, qui sont des événements futurs et incertains, déterminent l'entrée en vigueur ou la cessation du contrat. L'article 5.3.1 des Principes d'Unidroit reconnaît pleinement la validité de telles conditions, à condition qu'elles ne dépendent pas exclusivement de la volonté de l'une des parties. Par exemple, une clause stipulant qu'un contrat de vente prendra effet seulement si le vendeur décide de vendre certaines marchandises ne crée pas une véritable obligation contractuelle, car elle laisse toute latitude au vendeur de se désengager de manière unilatérale. Une telle clause, en raison de son caractère discrétionnaire, serait donc invalide. En revanche, lorsque les conditions sont valablement établies, les Principes d'Unidroit précisent leurs effets : une condition suspensive fait entrer en vigueur le contrat à sa réalisation, tandis qu'une condition résolutoire met fin au contrat lorsque l'événement prévu se réalise. La rétroactivité des conditions est expressément exclue par les Principes d'Unidroit, sauf accord contraire des parties, une position également adoptée par le Code civil français depuis sa réforme [art. 1304-6 et 1304-7].

1. Détermination des obligations contractuelles.

La détermination précise des obligations contractuelles est une tâche essentielle dans la rédaction des contrats internationaux. Selon l'article 1101 du Code civil, un contrat crée des obligations pour les parties, qui peuvent être des obligations de faire, de ne pas faire, ou de donner quelque chose. Toutefois, la nature et l'étendue de ces obligations peuvent poser des problèmes d'interprétation, surtout lorsque le contrat est complexe ou de grande envergure. Il appartient aux parties de définir clairement leurs obligations, mais en l'absence de précision, des obligations implicites peuvent être imposées par la nature du contrat ou les usages professionnels. Ces usages, qui jouent un rôle crucial dans certains secteurs comme les ventes internationales ou le secteur maritime, sont reconnus comme ayant force obligatoire, à condition que les parties y adhèrent explicitement. En revanche, les simples pratiques professionnelles n'ont pas le même statut juridique que les usages contractuels. Les Principes d'Unidroit insistent également sur l'importance des usages dans la détermination des obligations contractuelles [art. 5.1.1]. Ces obligations, qu'elles soient explicites ou implicites, doivent être exécutées avec un soin raisonnable, comme l'indiquent les Principes, qui distinguent les obligations de moyens des obligations de résultat, en fonction du degré de risque inhérent à la réalisation de l'objectif contractuel.

– Bonne foi. La bonne foi est un principe fondamental des contrats internationaux, et elle guide l'exécution de toutes les obligations contractuelles. Les parties sont tenues de respecter ce principe à chaque étape du contrat, comme le stipule l'article 1.7 des Principes d'Unidroit. Ce principe, qui ne peut être exclu ou limité par les parties, est une garantie de loyauté dans l'exécution du contrat. Les tribunaux, tant en France qu'à l'international, veillent à ce que la bonne foi ne soit pas utilisée pour altérer l'équilibre du contrat, comme le rappelle la Cour de cassation dans un arrêt de principe. Le respect du

principe de bonne foi implique également que les parties ne peuvent agir en contradiction avec les attentes qu'elles ont suscitées chez leur cocontractant, un principe couramment désigné sous le nom d'estoppel ou principe de cohérence.

– Devoir de collaboration. Dans les contrats internationaux, notamment ceux qui s'étendent sur une longue durée, un devoir de collaboration est souvent imposé aux parties. Ce devoir, énoncé à l'article 5.1.3 des Principes d'Unidroit, implique que les parties doivent coopérer de manière raisonnable pour atteindre les objectifs contractuels communs. Ce devoir est particulièrement pertinent dans les contrats où la coopération est essentielle, comme les contrats de partenariat ou de joint venture, où la bonne foi joue un rôle central dans la réussite de la relation contractuelle. Cependant, ce devoir connaît des limites, et il n'est pas exigé dans tous les types de contrats, sauf lorsque la nature de la relation contractuelle l'impose.

– Clauses de *best efforts*, *reasonable care*, *due diligence*. Par ces clauses, une des parties s'engage à « fournir ses meilleurs efforts pour » ou « à apporter des soins raisonnables dans l'exécution de ».

Elles permettent aux parties de fixer contractuellement les contours de l'obligation et de la limiter en obligation de moyens. Elles rappellent la notion de bon père de famille.

Elles sont surtout présentes :

– dans les contrats de distribution où elles concernent l'obligation du distributeur d'assurer la promotion de la vente de ses produits ;
– dans diverses clauses contractuelles quel que soit le type de contrats. Il s'agit des clauses qui mettent à la charge des parties des obligations accessoires, par exemple certains engagements de porte-fort.

– Confidentialité. La confidentialité est un autre aspect incontournable des contrats internationaux. Les Principes d'Unidroit consacrent cette obligation, stipulant que les informations partagées lors des négociations doivent rester confidentielles [art. 2.16]. Cette obligation peut être étendue aux informations relatives à l'exécution du contrat, mais elle ne s'applique pas aux informations déjà publiques ou qui doivent être partagées avec des tiers pour l'exécution du contrat. Quant à la durée de l'obligation de confidentialité, elle est généralement limitée à la durée du contrat, mais les parties peuvent en convenir autrement, notamment en fixant des termes spécifiques à cette obligation dans le contrat.

– Interprétation. Les contrats internationaux ne sont pas toujours exempts d'ambiguïtés, et il est parfois nécessaire de recourir à une interprétation des clauses contractuelles. Cette interprétation, qui relève de la loi applicable au contrat, doit tenir compte de l'intention commune des parties et des usages en vigueur dans la branche commerciale concernée. Les règles d'interprétation, qu'elles soient tirées du droit interne ou international, favorisent l'effet utile du contrat, en cherchant à donner aux clauses leur plein effet [favor validitatis]. Rien ne s'oppose à ce que les parties définissent elles-mêmes les règles d'interprétation applicables à leur contrat, une pratique de plus en plus courante dans les contrats.

2. Force des obligations contractuelles

– Loi contractuelle. Le contrat lie fermement les parties et les engage à en respecter scrupuleusement toutes les clauses [C. civ., art. 1103]. Elles ne peuvent s'en affranchir unilatéralement, sauf en réponse à une faute grave de l'autre partie [v. ss 437]. Le contrat est avant tout l'affaire des parties, et il leur incombe d'en exiger la stricte exécution. Parfois, elles peuvent confier à un tiers, comme un joint committee, la tâche de surveiller l'application de l'accord, ou encore de créer un Dispute Board pour régler les conflits. Toutefois, cette approche n'est pas toujours judicieuse, car elle risque d'engendrer des complications supplémentaires. Les parties, en dehors d'un litige formel, sont en général les mieux placées pour résoudre elles-mêmes les petits désaccords et combler les éventuelles lacunes dans l'exécution de leur contrat. Cela étant, il est indéniable que l'assistance d'un tiers dans la résolution de ces désaccords peut parfois éviter de futurs problèmes plus importants.

Cependant, la situation n'est pas toujours aussi limpide. C'est pour cela que les parties peuvent être tentées d'ajouter des précisions à leur contrat en insérant une clause d'immutabilité. Ce type de clause vise à garantir la stabilité des engagements contractuels et à empêcher que l'une des parties ne se déleste de ses obligations sous prétexte de changements imprévus dans le contexte légal ou réglementaire. Si la collaboration entre les parties est parfois nécessaire [v. ss 428], cela n'implique pas pour autant qu'elles doivent constamment veiller aux intérêts de l'autre. Chacune reste libre de poursuivre ses propres objectifs, dans le respect des obligations contractuelles.

Il arrive également que les parties insèrent des clauses dites de stabilisation, prévoyant ainsi que seule la législation en vigueur au jour de la signature du contrat s'appliquera, excluant toute modification législative ultérieure qui pourrait affecter les obligations contractuelles. Ces clauses de pétrification, comme on les appelle parfois, visent à préserver la sécurité juridique en fixant la loi applicable à celle existant au moment de la conclusion du contrat. Cependant, les effets réels de ces clauses restent souvent incertains, notamment face aux évolutions législatives ou réglementaires postérieures, lesquelles peuvent, dans certains cas, rendre leur application difficile ou controversée. On peut interpréter cette clause comme une disposition par laquelle les parties n'ont pas simplement choisi la loi applicable à leur contrat, mais plutôt une loi matérielle. Dès lors, il reviendrait à la loi objectivement applicable au contrat de déterminer les aspects que les dispositions stabilisées de la loi choisie seraient appelées à régler, réduisant ainsi cette dernière à une valeur purement contractuelle.

– Imprévision. La question de l'imprévision a regagné en pertinence avec la crise sanitaire et le Brexit. Il est utile de rappeler que lorsque les circonstances qui ont présidé à la conclusion du contrat évoluent de manière imprévisible, générant ainsi un déséquilibre économique entre les obligations des parties, le droit français classique n'autorisait pas à demander un réajustement judiciaire du contrat. Cette jurisprudence ancienne, fondée sur le principe de la force obligatoire des conventions (C. civ., art. 1103), est également reprise dans certains textes internationaux, comme l'article 63 de la Convention de Vienne. Certains considéraient cette approche trop rigide, et l'idée d'engager la responsabilité de la partie refusant toute renégociation a commencé à émerger. En pratique, les parties pouvaient toutefois anticiper ces changements en stipulant des clauses d'adaptation spécifiques.

Le message implicite de la jurisprudence *Canal de Craponne* était de responsabiliser les

parties quant à l'évolution des circonstances, les invitant à prévoir elles-mêmes les ajustements nécessaires. Les clauses d'adaptation les plus courantes incluent les clauses d'indexation ou encore la clause *rebus sic stantibus*, notamment sous la forme de la clause de *hardship*. Cette dernière, bien qu'utile, n'est pas exempte de difficultés. Un rédacteur d'acte prudent aurait eu intérêt à informer les parties de l'existence de telles clauses, pour éviter une responsabilité pour omission. En tout état de cause, pour que cette clause soit activée, il fallait que le *hardship* — un événement imprévisible, externe et bouleversant l'équilibre économique du contrat — soit établi.

Les Principes d'Unidroit vont même jusqu'à présumer l'existence de clauses de *hardship* ou, à tout le moins, à en faire une condition implicite du contrat. Ainsi, l'article 6.2.1 stipule que : « Les parties sont tenues de remplir leurs obligations même si l'exécution devient plus onéreuse, sous réserve des dispositions relatives au *hardship*. » L'article 6.2.2 définit les conditions du *hardship* comme suit :

a] les événements doivent être survenus ou connus de la partie lésée après la conclusion du contrat ;
b] ils ne devaient pas pouvoir être raisonnablement anticipés lors de la conclusion ;
c] ces événements doivent échapper au contrôle de la partie lésée ;
d] le risque n'a pas été assumé par la partie lésée.

Cette clause de *hardship* permet à la partie lésée de demander la renégociation du contrat afin de l'adapter aux nouvelles circonstances.

La CCI a également formulé une clause-type intéressante (doc. mars 1995) qui peut être prise comme modèle dans de nombreux contrats : « Si des événements imprévus modifient fondamentalement l'équilibre du contrat, rendant l'exécution excessivement onéreuse pour une partie, cette dernière peut demander une révision dans un délai raisonnable. Cette demande doit préciser les motifs justifiant la révision. Les parties consulteront alors pour réviser le contrat de manière équitable, et la demande de révision ne suspendra pas l'exécution du contrat. »

En cas d'échec de la révision, il existe quatre options possibles, dont la plus simple stipule : a] « Si les parties ne trouvent pas un accord sur la révision dans un délai de 90 jours, le contrat demeure en vigueur selon ses termes initiaux. »

– Réforme : révision. L'article 1195 du Code civil est venu modifier la rigueur de la jurisprudence *Canal de Craponne*. Désormais, un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat peut permettre à une partie de demander une renégociation si l'exécution devient excessivement onéreuse. Si les parties ne parviennent pas à s'accorder, elles peuvent saisir le juge pour une adaptation du contrat, ou pour en prononcer la résolution.

Ce dispositif, de nature supplétive, permet aux parties de prévoir contractuellement leur propre mécanisme d'adaptation, notamment à travers des clauses de *hardship*, ou de convenir que le contrat restera inchangé. Ils peuvent aussi simplement s'engager à se rencontrer pour faciliter les renégociations.

– Effet relatif. Le principe de l'effet relatif des conventions (C. civ., art. 1199) reste fondamental dans les relations commerciales internationales. Si le droit français avait pris, à un moment, une direction plus moderne en tenant compte des groupes de contrats,

cette approche a été révisée, et le principe classique a récemment retrouvé toute sa vigueur. Cela rapproche le droit français des droits étrangers, qui restent attachés au concept de « privity ». Les Principes d'Unidroit et les Principes du droit européen des contrats n'offrent que peu de développements sur cette question.

Le principe de l'effet relatif s'apprécie en fonction de la loi applicable au contrat. Cela est particulièrement pertinent lorsqu'il s'agit des droits d'un tiers bénéficiaire dans une stipulation pour autrui, qui est reconnue à la fois par les Principes d'Unidroit et le droit français (C. civ., art. 1205 ; Unidroit, art. 5.2.1). En matière de transport, par exemple, le droit du destinataire a été précisé, et les principes restent stables. Il est important de noter que la stipulation pour autrui dépend toujours de l'accord entre le stipulant et le promettant, qui peuvent limiter les droits du tiers bénéficiaire.

Une autre question cruciale est celle de la loi applicable aux actions en responsabilité que pourrait initier un tiers contre une partie contractante, notamment dans le cadre d'une chaîne de contrats (vente + vente ; vente + contrat d'entreprise). La loi du lieu de situation du bien pourrait être retenue pour déterminer la recevabilité d'une action directe du sous-acquéreur contre le fabricant. Quant au bien-fondé de l'action, il est logique de se référer à la loi du contrat initial. Il s'agit de la loi compétente pour apprécier les clauses de responsabilité, y compris celles relatives aux exonérations.

Enfin, dans le cadre d'un groupe de contrats, l'action en responsabilité, considérée comme délictuelle par la jurisprudence, doit suivre la lex loci delicti, définie par le règlement Rome II (art. 4). Toutefois, il serait plus judicieux de privilégier une approche contractuelle, donnant compétence à la loi du contrat dès lors que la violation découle d'une obligation contractuelle.

Ainsi, les clauses de divisibilité ou d'indivisibilité convenues par les parties peuvent poser des difficultés supplémentaires.

C. Exécution du contrat

– Loi applicable. Le contrat est, bien entendu, appelé à s'exécuter, ce qui, le plus souvent, ne soulève pas de difficulté particulière. L'exécution relève de la compétence de la loi du contrat ; la loi du contrat régit la sanction de la force obligatoire, fixant notamment les conséquences de l'exécution des obligations contractuelles. Étudier l'exécution du contrat conduit également à s'interroger sur l'inexécution. L'inexécution est également régie par la loi du contrat, car celle-ci ne crée pas d'obligations autonomes, mais se fonde sur des obligations issues du contrat initial.

1. Exécution

– Paiement. Les questions de paiement, c'est-à-dire d'exécution de l'obligation, sont de la compétence de la loi applicable à l'obligation. Cette règle a une portée générale. Ainsi, la prescription extinctive d'une obligation est-elle soumise non à la lex fori, mais à la loi qui régit l'obligation. Toutefois, certains modes d'extinction doivent être soumis à une loi distincte : c'est le cas de la remise de dette, qui constitue un acte juridique distinct de l'obligation qu'elle éteint. De même, la novation est-elle un acte indépendant, qui dépend donc de la loi choisie par les parties, laquelle est habituellement celle de l'obligation à éteindre.

Les Principes d'Unidroit apportent de nombreuses réponses aux problèmes d'exécution, en particulier les suivantes :

- Le moment de l'exécution est fixé par le contrat, et lorsque les parties ont simplement fixé une période, l'exécution peut avoir lieu à tout moment au cours de cette période ; sinon, la prestation doit être exécutée dans un délai raisonnable.
- L'exécution doit être réalisée en une seule fois, sauf si les parties ont convenu d'un échelonnement de celle-ci.
- Le créancier a le droit de refuser une exécution partielle s'il peut démontrer qu'il a un intérêt légitime à le faire.
- Les parties doivent généralement exécuter leurs obligations simultanément.
- Le créancier peut, en principe, refuser une exécution avant l'échéance prévue par le contrat.
- Le lieu d'exécution est fixé par le contrat ou, à défaut, pour une obligation de somme d'argent, il s'agit de l'établissement du créancier, et pour toute autre obligation, celui du débiteur.
- Lorsqu'un débiteur est tenu de plusieurs dettes envers un même créancier, il peut indiquer, lors du paiement, quelle dette il entend éteindre.

Les mêmes **Principes** contiennent aussi des dispositions précieuses sur la compensation et la cession des créances et dettes.

– Durée. Si le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin en respectant un préavis d'une durée raisonnable (C. civ., art. 1211). Cette règle, reprise dans les Principes d'Unidroit (art. 5.1.8), s'applique aux contrats à durée déterminée, où les parties sont liées jusqu'à l'échéance convenue, sans aucune obligation de reconduire le contrat (C. civ., art. 1212, al. 2). La jurisprudence française a, dans certains cas, reconnu la possibilité pour une partie de rompre un contrat de manière anticipée, à ses risques et périls, lorsqu'elle peut justifier d'une faute grave de son cocontractant, rendant la poursuite du contrat intolérable. Cette approche rejoint la théorie de l'anticipatory breach, largement admise dans d'autres systèmes juridiques, et introduit une flexibilité appréciable dans le droit des contrats. L'article 1226 du Code civil incorpore cette jurisprudence, permettant au créancier de résoudre le contrat par notification, à ses risques, en cas d'inexécution grave de la part de l'autre partie (art. 1224). Il est crucial d'organiser à l'avance, par des clauses spécifiques, la gestion de la fin du contrat. Les relations post-contractuelles sont souvent complexes à évaluer. Certaines clauses contractuelles doivent perdurer, notamment celles qui facilitent la liquidation des relations contractuelles, comme les clauses pénales. Les parties doivent traiter du sort des stocks, de la restitution des documents, des commandes antérieures, des garanties et de la confidentialité. Pour les contrats de construction, la question des travaux inachevés doit être anticipée (par ex. abandon de chantier). En droit français, il est prévu que la résolution n'affecte pas les clauses relatives au règlement des différends ou celles devant produire effet même après la résolution, comme la confidentialité ou la non-concurrence.

– Durée. Si le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chacune des parties peut le résilier en notifiant un préavis d'une durée raisonnable (C. civ., art. 1211). Cette règle, contenue dans les Principes d'Unidroit (art. 5.1.8), reprend une solution connue et admise. Si le contrat est conclu pour une durée déterminée, les parties doivent respecter le terme convenu, qu'il soit explicite ou implicite. Elles n'ont aucune obligation de renouveler leur contrat (C. civ., art. 1212, al. 2) et ne sont pas tenues à une quelconque reconversion. La liberté contractuelle prévaut ici.

La jurisprudence française a également permis à une partie de rompre de manière anticipée, sous réserve de risques et périls, lorsqu'elle pouvait justifier d'une faute grave du cocontractant, rendant impossible la continuation de la relation contractuelle. Cette approche rejoint la théorie de l'anticipatory breach, largement adoptée dans d'autres systèmes juridiques. Cette théorie offre une flexibilité précieuse, en amenant les parties à calculer si la rupture est plus avantageuse que les pertes potentielles si elle est jugée injustifiée.

L'article 1226 du Code civil reprend cette jurisprudence en permettant au créancier de résoudre le contrat à ses risques, par simple notification, en cas de faute grave du partenaire (art. 1224). Il est nécessaire d'inclure des clauses spécifiques pour anticiper les difficultés liées à la fin du contrat. Les relations post-contractuelles peuvent être complexes. Certaines clauses doivent être maintenues, en particulier celles facilitant la liquidation des relations, comme les clauses pénales. Les parties doivent aussi traiter du sort des stocks, des documents échangés, des commandes précédentes, de la confidentialité et des garanties. Dans les contrats de construction, le sort des travaux entamés est une question essentielle (abandon de chantier) à traiter à l'avance.

Le droit français prévoit que la résolution d'un contrat n'affecte ni les clauses relatives au règlement des différends, ni celles destinées à produire effet même en cas de résolution, comme les clauses de confidentialité ou de non-concurrence.

– Rupture des relations commerciales établies. En droit français, la rupture des relations contractuelles est devenue une question centrale. La loi impose à la partie qui souhaite rompre une relation commerciale établie, qu'elle soit formalisée ou non, à durée déterminée ou indéterminée, de prévenir son partenaire suffisamment à l'avance (C. com., art. L. 442-1, II). Le préavis, en fonction de la durée des relations, est désormais obligatoire, et son absence devient une source de responsabilité. Ce qui est sanctionné n'est pas la rupture elle-même, mais sa brutalité. L'article L. 442-1, II, doit être considéré comme une loi de police. La jurisprudence admet que les clauses attributives de juridiction prévues par les parties restent applicables. Il en est de même pour les clauses d'arbitrage.

– Cession de contrat. Tant que l'exécution du contrat est en cours, les parties peuvent envisager de céder leur position contractuelle. La cession de contrat est désormais largement acceptée, notamment par les **Principes d'Unidroit** (art. 9.3.1 : « une cession de contrat est le transfert par convention du cédant au cessionnaire des droits et obligations issus du contrat avec une autre personne »). Le droit français va dans le même sens (C. civ., art. 1216 : « un contractant, le cédant, peut céder sa qualité de partie au contrat à un tiers, le cessionnaire, avec l'accord du cocontractant, le cédé »). Sous réserve de prohibitions ou de réglementations spécifiques (droit du travail), cette technique est compatible avec la force obligatoire du contrat et nécessite, en principe, l'accord préalable du cédé. La cession de contrat est souvent anticipée par les parties dans le contrat initial, facilitée ou soumise à certaines conditions. Les parties interdisent parfois toute cession, pour éviter des débats ultérieurs. Il est à noter que la cession de contrat est généralement exclue dans les contrats intuitu personae.

Quant au régime de la cession, il dépend avant tout de la volonté des parties. En droit français, la cession doit, sous peine de nullité, être constatée par écrit (art. 1216, al. 3). Le cédant reste en principe garant des obligations du cessionnaire, ce que reconnaissent les Principes d'Unidroit (art. 9.3.5), qui précisent que le cédé peut libérer ou conserver le

cédant comme débiteur. Le droit français prévoit aujourd'hui les mêmes solutions : si le cédé y consent, la cession libère le cédant pour l'avenir. Sinon, le cédant demeure solidairement responsable de l'exécution. L'article 1216-2 ajoute que le cessionnaire peut opposer au cédé les exceptions liées à la dette, comme la nullité, l'exception d'inexécution ou la compensation de dettes connexes. Il ne peut cependant opposer des exceptions personnelles au cédant, tandis que le cédé peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions qu'il aurait pu opposer au cédant.

2. Inexécution

– Sanctions. Les problèmes liés à l'exécution d'un contrat concernent généralement des cas d'inexécution, c'est-à-dire tout manquement par l'une des parties à une obligation contractuelle. Cette inexécution comprend l'exécution défectueuse ou tardive. Selon les Principes d'Unidroit (art. 7.1.1), toute forme de manquement constitue une inexécution.

Les parties au contrat ont toutefois la possibilité de définir elles-mêmes ce qu'elles considèrent comme un manquement et de prévoir des excuses contractuelles adaptées à leur situation. À défaut de telles stipulations, c'est la force majeure qui peut justifier l'inexécution et permettre de neutraliser ses conséquences. En cas d'impossibilité d'exécution, le contrat est automatiquement résolu, et les parties sont ainsi libérées de leurs obligations respectives, comme le précise l'article 1218, alinéa 2 du Code civil. Si l'impossibilité d'exécution est temporaire, l'exécution des obligations est suspendue, sauf si le retard ainsi engendré justifie de prononcer la résolution du contrat. Il est important de rappeler que la force majeure correspond à un événement imprévisible lors de la formation du contrat et irrésistible lors de son exécution.

Ces situations sont généralement régies par la loi applicable au contrat, mais le règlement Rome I précise, à l'article 12.1, que la loi du contrat s'applique aussi aux conséquences de l'inexécution, qu'elle soit totale ou partielle, y compris l'évaluation des dommages. Cependant, ces questions doivent s'apprécier « dans les limites des pouvoirs attribués au tribunal par son droit procédural ». Cette distinction est cruciale, car certaines règles de réparation, comme l'évaluation du montant des dommages ou le principe de mitigation, peuvent être considérées comme procédurales en droit français. Toutefois, les principes fondamentaux, comme la réparation intégrale ou la distinction entre préjudices subis et manque à gagner, relèvent de la loi du contrat.

Contrairement à certaines critiques formulées, notamment dans le rapport Doing Business de la Banque mondiale, le droit français n'est pas en retard dans l'application des sanctions en matière d'inexécution contractuelle. En effet, de nombreuses dispositions favorisent l'enforcement of contracts en droit français. Lorsqu'une partie ne respecte pas ses obligations contractuelles, elle s'expose aux sanctions prévues, sauf si le créancier est responsable de cette inexécution ou en a assumé le risque.

Ces sanctions sont :

- l'exécution forcée des obligations, qui constitue la sanction principale en droit français, contrairement au common law où elle reste une exception (la specific performance) ;
- la résolution du contrat, y compris par l'usage de l'exception d'inexécution ;
- la responsabilité contractuelle, qui se traduit par l'octroi de dommages-intérêts pour réparer le préjudice subi par le créancier.

Une autre sanction, introduite par la réforme du droit des contrats, est la réduction du prix. Lorsqu'une prestation est exécutée de manière imparfaite, le créancier peut, dans les meilleurs délais, notifier au débiteur sa décision de réduire le prix. Si le créancier a déjà payé la totalité de ce qu'il devait, il peut demander au juge compétent de fixer la réduction (C. civ., art. 1223).

– Exécution forcée. Lorsqu'une obligation pécuniaire n'est pas respectée, le créancier peut contraindre le débiteur à s'exécuter en recourant aux mesures classiques de saisie et de recouvrement. Les Principes d'Unidroit confirment ce principe en stipulant que, si un débiteur ne paie pas une dette d'argent, le créancier peut en exiger le paiement (art. 7.2.1). En cas d'obligation non monétaire, le principe reste le même : si le débiteur n'exécute pas une obligation autre qu'une somme d'argent, le créancier peut en exiger l'exécution (art. 7.2.2). Toutefois, ce droit peut être écarté dans certaines circonstances. L'exécution forcée n'est pas systématiquement applicable dans les cas où :

- l'exécution est impossible en droit ou en fait ;
- l'exécution nécessiterait des efforts ou des dépenses disproportionnées ;
- le créancier pourrait raisonnablement obtenir satisfaction par d'autres moyens, comme la faculté de remplacement prévue à l'article 1222 du Code civil ;
- l'obligation revêt un caractère strictement personnel, notamment lorsqu'une relation de confiance personnelle est en jeu ;
- le créancier n'a pas exigé l'exécution dans un délai raisonnable après avoir constaté l'inexécution.

Le droit à l'exécution doit être interprété de manière large, permettant au créancier d'obtenir, si nécessaire, réparation en nature ou remplacement de la prestation, comme le stipulent les Principes d'Unidroit (art. 7.2.3). Ce droit peut également être assorti d'une astreinte ou d'une pénalité judiciaire (art. 7.2.4), et s'étend à l'exécution des décisions judiciaires ou arbitrales (art. 7.2.5).

– Résolution. À l'instar du droit français (art. 1224 C. civ.), les Principes d'Unidroit régissent la résolution du contrat en cas d'inexécution essentielle (art. 7.3.1). Ils précisent que l'inexécution doit priver substantiellement le créancier de ce qu'il attendait du contrat, ou bien que l'obligation inexécutée est essentielle au contrat. La résolution est prononcée lorsqu'il est manifeste que la partie défaillante ne pourra pas respecter ses obligations futures. La résolution est opérée par simple notification au débiteur dans un délai raisonnable, sans nécessiter de décision judiciaire, ce qui rejoint la pratique française de la résiliation unilatérale (art. 1227 C. civ.).

Quant aux effets de la résolution, celle-ci libère les parties de leurs obligations futures sans préjudice de l'octroi de dommages-intérêts pour les préjudices déjà subis. En droit français, on parle de résiliation (v. art. 437 C. civ.). Les Principes d'Unidroit permettent aussi aux parties de prévoir, par avance, des clauses résolutoires sanctionnant tout manquement à une obligation essentielle.

– Dommages-intérêts. La troisième sanction applicable en cas d'inexécution est l'octroi de dommages-intérêts visant à réparer le préjudice subi par le créancier (C. civ., art. 1231). En cas d'inexécution, ces dommages-intérêts sont dus à titre exclusif ou en complément des autres sanctions. Toutefois, s'il y a force majeure, l'inexécution est excusée, et les dommages-intérêts sont exclus (C. civ., art. 1218). Le créancier a droit à la réparation intégrale de son préjudice, à condition qu'il soit direct, certain et prévisible. Ce préjudice

comprend la perte subie (damnum emergens) et le manque à gagner (lucrum cessans).

Ces mêmes Principes traitent de manière très opportune les questions de préjudice, dans un cadre bien plus exhaustif que le droit français, qui demeure relativement limité sur ce sujet. Ils abordent en particulier : - la question du préjudice partiellement imputable au créancier (art. 7.4.7), - ainsi que celle de la "mitigation" ou atténuation du préjudice (art. 7.4.8). Cette dernière règle est non seulement intéressante mais également très juste, dans la mesure où elle impose au demandeur de ne pas pouvoir obtenir réparation pour la partie du préjudice qu'il aurait pu éviter en prenant des mesures raisonnables. Par ailleurs, le créancier dispose du droit de récupérer les dépenses raisonnablement engagées afin de limiter son dommage. Ainsi, le créancier a bel et bien une obligation d'atténuer les conséquences du préjudice qu'il subit. Les articles suivants traitent des intérêts (art. 7.4.10) et des modalités de paiement (art. 7.4.11). De plus, l'article 7.4.12 précise que les dommages-intérêts doivent être évalués dans la monnaie dans laquelle l'obligation financière a été libellée ou dans la monnaie dans laquelle le préjudice a été subi, selon ce qui est jugé le plus approprié. En droit français, les dommages-intérêts dus en raison du retard de paiement d'une obligation pécuniaire consistent en l'application de l'intérêt au taux légal à compter de la mise en demeure. Ces dommages-intérêts sont dus sans que le créancier ait besoin de prouver une quelconque perte (art. 1231-6 C. civ.). Il convient de noter que les dommages-intérêts attribués pour compenser une inexécution contractuelle doivent être distingués de ceux alloués dans le cadre d'une action en résolution. Ces derniers dommages-intérêts visent à replacer le créancier dans la situation où il se serait trouvé si le contrat n'avait jamais été conclu. Ce sont des dommages-intérêts dits "négatifs". En outre, il est utile de rappeler qu'en droit français, le juge ne peut octroyer de dommages-intérêts dits punitifs, c'est-à-dire des sommes supérieures au préjudice effectivement subi, dans une visée de sanction.

Le droit français ne rejette toutefois pas définitivement ces dommages-intérêts punitifs. La Cour de cassation a précisé que, bien que leur principe ne soit pas contraire à l'ordre public en soi, le montant alloué ne doit pas être disproportionné par rapport au préjudice subi et aux manquements constatés aux obligations contractuelles.

– Clauses relatives à l'inexécution. Il est fréquent que les parties au contrat prennent soin de prévoir, par avance et dans des stipulations spécifiques, les sanctions applicables en cas d'inexécution. Diverses clauses, telles que la clause résolutoire, encadrent les sanctions applicables à l'inexécution de certaines obligations. Ces clauses sont généralement valides, car elles représentent une expression de la liberté contractuelle et sont régies par la lex contractus. Les Principes du droit européen du contrat sont, à cet égard, très permissifs. En effet, selon ces Principes, les moyens de recours en cas d'inexécution peuvent être exclus ou limités, à moins qu'une telle exclusion ou limitation ne soit contraire à la bonne foi (art. 8.109). Toutefois, certaines clauses relatives à l'inexécution peuvent être jugées abusives, notamment dans les contrats établis entre professionnels et consommateurs. Cette régulation des clauses abusives est considérée comme une **loi de police** et s'applique strictement aux contrats de consommation, c'est-à-dire aux contrats conclus par des consommateurs pour des besoins personnels ou familiaux.

– Clauses d'exonération. Les clauses par lesquelles le débiteur tente de limiter ou d'exclure sa responsabilité en cas d'inexécution contractuelle sont très courantes dans les contrats internationaux. Ces clauses peuvent prendre différentes formes : clauses qui aménagent les obligations des parties, clauses qui allègent les obligations, clauses

limitatives ou excluant la responsabilité, clauses de transfert de responsabilité (comme les clauses d'indemnisation dans les contrats conclus entre l'Union européenne et des fabricants comme AstraZeneca), clauses fixant des plafonds d'indemnisation (notamment en fonction du prix perçu), clauses excluant la prise en compte de certains types de préjudices (par exemple les préjudices commerciaux), clauses relatives à la responsabilité des préposés, clauses qui aménagent la responsabilité sous certaines conditions, ou encore clauses de renonciation à recours (telles que les clauses knock for knock). Toutes ces stipulations relèvent de la loi applicable au contrat. Si la loi française est applicable, ces clauses sont, en principe, valides, bien qu'elles ne le soient pas toujours dans l'ordre interne en raison d'une jurisprudence abondante sur le dol et la faute lourde. Un texte important consacre par ailleurs la jurisprudence concernant l'obligation essentielle du contrat. On pourrait, dans certains cas, envisager que le principe de validité des clauses d'exonération soit érigé en règle matérielle de droit international privé. Cette possibilité a peut-être déjà été acceptée pour les clauses dites de non-garantie. Cependant, la jurisprudence en la matière manque encore de clarté pour que l'on puisse affirmer cette position avec certitude. Les Principes d'Unidroit (art. 7.1.6) consacrent aussi, bien que de manière indirecte, la validité de ces clauses, rejoignant ainsi les solutions généralement admises dans les systèmes juridiques internationaux.

446 Clauses de force majeure. Le principe de validité est généralement applicable aux clauses de force majeure. Ces clauses définissent les événements que les parties considèrent comme relevant de la force majeure, même s'ils ne répondent pas aux critères habituels d'imprévisibilité et d'irrésistibilité. Parmi ces événements, on trouve l'**act of God**, les faits du prince, les grèves, les difficultés d'approvisionnement, les incendies, les explosions, et les pandémies. Ces clauses précisent également les conséquences de tels événements, souvent sous forme de suspension du contrat, conditionnée par une déclaration du débiteur, ainsi que par des questions liées aux frais et à la durée de cette suspension. En général, la clause impose à la partie empêchée l'obligation de tout mettre en œuvre pour surmonter l'obstacle. Cette obligation peut également concerner les deux parties au contrat. Une clause de force majeure peut aussi exonérer de responsabilité, comme le stipule l'article 7.1.7 des **Principes d'Unidroit**, selon lequel le débiteur est exonéré des conséquences de son inexécution s'il prouve que l'obstacle était indépendant de sa volonté et qu'il ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat ni surmonté. Il est crucial de déterminer ce qu'il advient du contrat durant la suspension et de fixer les prolongations éventuelles. Bien entendu, cette suspension doit être temporaire, d'où l'importance de prévoir des mécanismes appropriés si la force majeure persiste. En France, les dispositions légales actuelles concernant l'impossibilité d'exécution, qu'elle soit définitive ou temporaire, semblent suffisantes pour régir de tels cas.

– Régime des clauses d'exonération. Les clauses d'exonération sont généralement interprétées *contra proferentiem*, c'est-à-dire contre la partie qui les a rédigées. Leur application est également soumise à l'exigence de bonne foi contractuelle, qui n'est pas une vague notion morale mais plutôt une question de cohérence dans l'exécution des engagements. Les clauses sont ainsi écartées en cas de dol ou de faute lourde, cette dernière étant souvent assimilée à la faute dolosive. Cette assimilation est largement acceptée, bien qu'on puisse se demander si les parties ne devraient pas être autorisées à définir ce qu'elles considèrent comme une faute lourde. De plus, il devrait être permis aux parties de stipuler qu'elles ne répondront pas des fautes lourdes de leurs préposés ou qu'elles ne seront tenues responsables que pour des fautes d'une gravité exceptionnelle, qualifiées d'inexcusable, c'est-à-dire commises avec témérité et en sachant qu'un

dommage pourrait probablement en résulter. Les renonciations conventionnelles à recours sont également fréquentes. On les rencontre, par exemple, dans les contrats de lancement de satellites ou d'exploitation aéroportuaire. Une des parties accepte, en cas de dommage, de ne pas engager la responsabilité de l'autre. Ces clauses, appelées mutual waiver clauses, sont valables en principe, mais leur interprétation peut être délicate, notamment concernant les limites de la faute lourde, inexcusable, personnelle, ou encore celle du préposé. Elles sont toujours interprétées de manière stricte.

– Clauses pénales. Les clauses pénales, régies par l'article 1231-5 du Code civil, relèvent également de la loi régissant l'obligation. Ces clauses visent à fixer de manière forfaitaire les dommages-intérêts dus en cas d'inexécution. Très courantes dans les contrats internationaux, les clauses pénales apparaissent fréquemment dans des secteurs comme la licence, la fourniture, les prêts, la construction, ou encore le tonnage. Elles sanctionnent divers manquements tels que le retard, l'insuffisance des performances, le défaut de livraison, ou la violation d'obligations comme la défense d'un droit de propriété industrielle. Cependant, ces clauses ne sont pas acceptées dans toutes les législations. En droit anglo-saxon, par exemple, les liquidated damages clauses sont reconnues et opposables, mais les penalties clauses, stipulées uniquement pour contraindre le débiteur à s'exécuter sous la menace d'une sanction, sont nulles. En droit français, les indemnités prévues sont dues indépendamment du préjudice effectivement subi, et peuvent être réduites si leur montant est jugé excessif ou dérisoire. Cette réduction est prévue à l'article 1231-5, alinéa 2 du Code civil et dans les Principes d'Unidroit (art. 7.4.13). La même solution, c'est-à-dire l'application de la lex contractus, s'applique aux clauses fixant un délai pour agir, d'autant plus que les règles sur la prescription relèvent de la loi du contrat, à moins que la mesure prise par le créancier ne relève de la loi du pays d'exécution.

– Clauses de différend. Les clauses de différend sont omniprésentes dans les contrats internationaux, qu'elles concernent la charge de la preuve, les modalités de preuve, ou encore la prescription. Elles peuvent aussi concerner les formalités à suivre en cas d'inexécution, comme la mise en demeure. De même, les clauses de médiation, de conciliation, de compétence et d'arbitrage sont courantes. Ces clauses présentent souvent un caractère procédural marqué, mais elles peuvent également relever des règles matérielles, notamment pour les clauses d'arbitrage qui sont soumises à la loi du for. En pratique, la question de la loi applicable à ces clauses est rarement soulevée, bien qu'elle puisse être essentielle pour leur mise en œuvre.

– Obligations post-contractuelles. Il est fréquent qu'un contrat ne cesse pas de produire des effets immédiatement à l'échéance de son terme. Il est souvent nécessaire de liquider l'opération contractuelle, par exemple, en réglant le sort des stocks ou des commandes en cours. Cela nécessite la mise en place de clauses spécifiques appropriées. Il est également important de prendre en compte les obligations contractuelles susceptibles de se prolonger au-delà de la fin du contrat ou même après la rupture des relations contractuelles, telles que les obligations de non-concurrence ou de confidentialité. Dans ces cas, il est vivement conseillé aux parties de prévoir des clauses régissant ces obligations prolongées. De manière plus générale, il peut être pertinent d'anticiper que les obligations post-contractuelles soient soumises au régime contractuel d'origine, si tel est le souhait des parties. Cela inclut, par exemple, la loi applicable ou les dispositions relatives à l'arbitrage. En effet, il est souvent préférable d'organiser en amont la continuité des droits et obligations même après l'extinction officielle du contrat principal.

SECTION 2 LES CONTRATS SPECIAUX DU COMMERCE INTERNATIONAL

SOUS-SECTION 1. LA VENTE INTERNATIONALE

Malgré l'importance des services, la vente demeure encore au xxi[e] siècle, comme déjà dans l'Antiquité, l'opération la plus courante dans le commerce international.

I. Le droit matériel de la vente internationale

Plusieurs conventions ont été adoptées dans le domaine des ventes internationales de marchandises notamment :

1) Les Conventions de La Haye du 1[er] juillet 1964.

– La première porte « loi uniforme sur la formation des contrats de vente internationale des objets mobiliers corporels » (LUF). Elle comporte 13 articles et ne traite que de l'offre et de l'acceptation.

– La seconde porte « loi uniforme sur la vente internationale d'objets mobiliers corporels » (LUVI). Elle comporte 101 articles et régit les obligations du vendeur et de l'acheteur.
Elles sont entrées en application en 1972. La France les a signées mais ne les a pas ratifiées. Elles n'ont pas connu un grand succès.

2) La Convention de New York du 14 avril 1974 sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises complétée par un Protocole du 11 avril 1980. Élaborée sous l'égide des Nations unies, elle n'est pas en vigueur en France et n'a pas non plus connu un grand succès.

3) La Convention de Genève du 17 février 1983 sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises.
Conclue sous les auspices d'Unidroit, cette Convention n'est toujours pas en vigueur en France.

4) La Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises (CVIM). Elle est la plus connue.

Élaborée sous l'égide de la CNUDCI et entrée en vigueur le 1[er] janvier 1988, elle est complétée par les Incoterms. 85 États sont donc désormais parties à cette Convention ; elle est entrée en vigueur au Vietnam le 1[er] janvier 2017 et en Azerbaïdjan le 1[er] juin 2017.

5) La Commission européenne avait proposé par un communiqué rendu public le 11 octobre 2011 un droit commun européen de la vente à caractère facultatif ayant pour objectif de stimuler les échanges et d'élargir le choix des consommateurs (COM, 2011, 635, final ; sur ce projet, B. Fauvarque-Cosson, D. 2012. 34). Ce projet vient d'être

abandonné, peut-être définitivement car le programme de travail de la Commission européenne pour l'année 2015, rendu public en décembre 2014, prévoit le retrait de la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif au droit commun européen de la vente (DCEV). Certes il ne s'agit pas d'un abandon pur et simple, du moins officiellement ; la Commission a en effet annoncé par la même occasion une « proposition modifiée afin d'exploiter pleinement le potentiel du commerce électronique dans le marché unique numérique », qui participe de l'ambition de la nouvelle commission de créer un « marché unique numérique connecté ». L'espoir reste donc permis pour les partisans du texte. En réalité, le texte semble enterré car plusieurs États membres sont très réticents face à un tel texte ; ainsi une lettre commune en date du 28 novembre 2014 des ministres de la Justice de l'Allemagne, de l'Autriche, de la Finlande, des Pays Bas, du Royaume Uni et de la France, adressée à la commissaire européenne en charge de la justice, des consommateurs et de l'égalité des genres, a demandé son retrait (sur cet abandon, J.-S. Borghetti, « Réforme du droit des contrats : un projet s'en vient, l'autre s'en va », D. 2015. 1376). L'avenir de la CVIM en Europe est assuré, ce qui va peut-être accélérer l'adhésion du Portugal, dernier principal État de l'Europe continentale.

A. – La Convention de Vienne

Présentation : la Convention de Vienne comprend 101 articles répartis en quatre parties :

– la première est relative au champ d'application et aux dispositions générales ;
– la deuxième concerne la formation du contrat (est exclu l'avant-contrat) ;
– la troisième est relative aux effets du contrat (obligations du vendeur, de l'acheteur et obligations communes) ;
– la quatrième contient les dispositions finales (dispositions diplomatiques relatives à la ratification, à la dénonciation et aux réserves).

Ses dispositions peuvent être appliquées sans, en principe, se référer à une législation nationale.

Interprétation : la Convention prévoit à son article 7 des règles générales d'interprétation d'après lesquelles il convient de tenir compte :

– de son caractère international ;
– de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application ;
L'Oberster Gerichtshof (Cour suprême d'Autriche) l'illustre en s'inspirant d'une solution donnée par la *Bundesgerichtshof* (BGH – Cour fédérale de justice allemande) relevant au passage « qu'eu égard au caractère international de la Convention et à la nécessité de promouvoir son application uniforme, il y a lieu d'examiner plus en détail l'arrêt de la BGH qui repose sur des faits très proches du présent litige ». Et après un examen de l'arrêt allemand, la haute juridiction d'Autriche décide « il convient de suivre les motivations convaincantes (de la BGH) dans la perspective de l'établissement d'une application commune à l'échelle mondiale » (Oberster Gerichtshof, 14 févr. 2012, n° 10 Ob 4/12d, *D.* 2012. Pan. 2880, obs. C. Witz) ;
– de la nécessité d'assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international.

Ce même article renvoie aux principes généraux dont s'inspire la Convention ou à défaut à la loi applicable, les questions relatives aux matières qui entrent dans le domaine d'application de la Convention mais qu'elle ne tranche pas expressément (comp. Com. 16 janv. 2019, n° 17-21477 décidant que l'action directe en garantie des vices cachés d'un sous-acquéreur contre le vendeur était régie par la loi française non contestée en l'espèce, loi qui s'appliquait également à la prescription).

Les articles 8 et 9 complètent ces règles générales d'interprétation en évoquant la commune intention des parties et les usages du commerce international (pour une application de ces derniers, Tribunal Supremo – Espagne, 1er juill. 2013, *D.* 2015. Pan. 889, obs. Cl. Witz)

Cette interprétation est aujourd'hui facilitée par la mise en place d'un recueil analytique de jurisprudence de la CNUDCI relative à la CVIM (consultable sur le site www.uncitral.org).

1. – Domaine d'application de la Convention

a. – Détermination négative

Certaines catégories de vente sont exclues même si elles sont internationales (art. 2) :

– les ventes de consommation (art. 2-a) (pour une application, BGH, 7 mars 2013, *D.* 2013. Pan. 2876, obs. C. Witz) ;
– les ventes aux enchères (art. 2-b) sur saisie ou de quelque manière par autorité de justice (art. 2-c) ; Est-ce que cette exclusion vaut aussi pour les enchères en ligne ? La doctrine est divisée sur cette question passée sous silence par la Convention. Une juridiction d'appel allemande décide que « les enchères n'entrent pas dans le champ d'application de la Convention » (Oberlandesgericht Brandenburg, 8 avr. 2016, *CISG-online*, n° 2727, *D.* 2017. 613) ;
– les ventes de valeurs mobilières, effets de commerce et monnaie (art. 2-d) ;
– les ventes de navires, bateaux, aéroglisseurs et aéronefs (art. 2-e) ;
– les ventes d'électricité (art. 2-f).

Sont également exclus certains contrats complexes comportant vente et prestation de services (art. 3) :

– lorsque « l'acheteur » fournit au « vendeur » une part essentielle des éléments matériels nécessaires à la fabrication (art. 3-1) ;
– lorsque la part prépondérante de l'obligation de celui qui fournit les marchandises est une fourniture de main-d'œuvre ou d'autres services (art. 3-2), par exemple les contrats-cadres de distribution : franchise, concession exclusive (US district Court, Southern district of New York, 23 juill. 1997 ; *D.* 1998. Somm. 316, obs. Papandréou-Deterville ; T. sup. du Canton de Lucerne, 8 janv. 1997, *D.* 1998. Somm. 315, obs. C. Witz). La Convention est applicable au contrat de vente conclu en application du contrat-cadre de distribution (Com., 20 févr. 2007, *D.* 2007. AJ 795, obs. E. Chevrier, et Pan. 2008. 2622, obs. C. Witz ; *RTD civ.* 2007. 302, obs. P. Rémy-Corlay, *RTD com.* 2007. 586, obs.

B. Bouloc et 2008, p. 208, obs. P. Delebecque ; Reims, 30 avr. 2013, n° 11/01950, *Cast c/Festilight*, *D.* 2014. Pan. 2876, obs. C. Witz).

Certains aspects du contrat de vente sont exclus :

– les relations avec les tiers (art. 4). La Convention ne s'applique pas à la responsabilité du vendeur à raison des dommages causés par la chose à d'autres personnes que le cocontractant immédiat. La Cour de cassation refuse au sous-acquéreur la faculté de se prévaloir de la Convention de Vienne à l'encontre du fabricant-vendeur étranger alors même que le contrat auquel celui-ci est partie entre dans son domaine et comporte une stipulation de garantie contractuelle au profit de l'utilisateur final (Civ. 1re, 5 janv. 1999, *D.* 1999. 383, note C. Witz). La question de l'applicabilité de la CVIM à l'action directe divise la doctrine et ne semble pas définitivement réglée en jurisprudence ;

– la validité du contrat, de ses clauses et des usages auxquels il se référerait (art. 4-a) (par exemple les questions de consentement ou de clauses de responsabilité) (BGH, 23 juill. 1997, *D.* 1998. Somm. 308, obs. C. Witz décidant que la CVIM ne règle pas la validité des contrats de livraison – art. 4 al. 2 – conclus en application d'un contrat de franchise ; Com., 13 févr. 2007, *D.* 2008. Pan. 2623, obs. C. Witz ; Trib. Fédéral suisse, 16 juill. 2012, n° 4A_753/2011, *D.* 2013. Pan. 2877, obs. C. Witz, excluant la CVIM dans le cas d'une simulation du prix de vente d'une installation industrielle ayant pour but de contourner la réglementation indonésienne des devises) ;

– le transfert de propriété des marchandises (art. 4-b) ;

– la responsabilité du vendeur pour décès ou lésions corporelles causés par les marchandises (art. 5). Cette question relève de la directive sur les produits défectueux de 1985, transposée en droit français par les articles 1386-1 à 1386-18 du Code civil ;

– la prescription des actions en justice nées de la vente (BGH, 23 oct. 2013, *D.* 2015. Pan. 881, obs. C. Witz), qui ne doit pas être confondue avec les délais applicables à la dénonciation des défauts de conformité des marchandises (délai raisonnable et délai butoir de deux ans) de l'article 39 de la CVIM.

Ne relèvent pas du domaine de la CVIM les clauses attributives de juridictions et en général les clauses de différends, selon une position traditionnelle et dominante, même si elles sont mentionnées par la CVIM (art. 19, al. 3 et art. 81 al. 1er). En Europe, cette question relève exclusivement des Règlements Bruxelles I ou Bruxelles I bis.

Est également exclue de la CVIM la compensation des créances (*contra*, BGH, 24 sept. 2014, *D.* 2015. Pan. 886 décidant que la « compensation de créances réciproques qui naissent du même rapport juridique régi par le droit de la vente onusien s'apprécie selon les modes de règlement internes à la Convention »).

Les parties peuvent exclure expressément l'application des dispositions de la Convention ou de certaines d'entre elles ou en modifier les effets (art. 6). La Convention de Vienne consacre ainsi le principe de la liberté contractuelle (sur la Convention et le Règlement de Rome, v.supra).

Cette exclusion de la Convention peut être expresse ou tacite, cette dernière hypothèse soulevant des difficultés. Comment interpréter une clause qui se contente de renvoyer au droit interne de vente d'un État contractant sans autre précision ? S'agit-il d'une exclusion de la CVIM ? Une réponse négative est majoritairement apportée. La Convention doit

jouer car elle constitue le droit spécifique aux ventes internationales du droit national choisi par les parties (Com., 17 déc. 1996, *D.* 1997. 337, note C. Witz, solution implicite). De même, l'application de la Convention n'est pas écartée pour la seule raison que les parties se réfèrent, en cours de procès, à un droit national, s'il ne peut être clairement établi qu'elles étaient conscientes de l'applicabilité de la Convention et qu'elles ont néanmoins persisté à se référer uniquement au droit national.

En outre, la Cour de cassation française a jugé que les parties peuvent tacitement écarter la Convention en s'abstenant de l'invoquer devant le juge français (Civ. 1re, 26 juin 2001, *Bull. civ. I*, n° 189). Bien plus, elle a également décidé que le juge ne peut faire application d'office de la Convention de Vienne sans inviter les parties à un débat contradictoire sur ce point (Civ. 1re, 2 oct. 2001, *Bull. civ. I*, n° 237). Elle a précisé sa pensée en exigeant que les parties aient unanimement et volontairement discuté le litige selon le droit interne (Civ. 1re, 25 oct. 2005, n° 99-12.879, *Bull. civ. I* n° 381, p. 17 d'après lequel « en invoquant et en discutant sans aucune réserve la garantie de la chose vendue définie par les articles 1641 et s. du Code civil, toutes les parties ont, en connaissance du caractère international des ventes qu'elles avaient conclues, volontairement placé la solution de leurs différends sous le régime du droit interne français de la vente »). Toujours est-il qu'en l'absence d'exclusion, il nous semble que le juge doit appliquer, même d'office, la convention de Vienne.

Les juridictions américaines estiment que les clauses de désignation du droit d'un État des États-Unis d'Amérique conduisent à l'application de la Convention de Vienne, sous réserve d'une mise à l'écart expresse des parties contractantes. Cette position est logique et un arrêt de la Cour de cassation française est désormais dans ce sens (Com. 13 sept. 2011, n° 09-70.305). Même si cette position est stricte, il ne semble pas facile d'exclure l'application de la CVIM sauf si la volonté, même implicite des parties, est certaine.

b. – Détermination positive

La Convention a un domaine territorial et matériel.

α – Domaine territorial

Elle s'applique aux contrats :

– entre des parties ayant leur établissement dans des États contractants différents (art. 1-1-a). Lorsqu'une partie a plus d'un établissement, il convient de prendre en compte celui qui a la relation la plus étroite avec le contrat (art. 10). Étant donné le nombre très important des États parties à la Convention de Vienne, l'application de cette dernière dépendra le plus souvent de ce critère de dualité des établissements du vendeur et de l'acheteur dans des États contractants différents ;

– si les parties ne sont pas établies toutes les deux dans des États contractants, la Convention s'applique lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un État contractant (art. 1-1-b ; pour une rare et mauvaise application de cet article, Paris, 10 avr. 2014, n° 12/04644, *D.* 2015. Chron. 883, obs. Cl. Witz). Les États peuvent émettre des réserves écartant cet article 1-1-b. C'est le cas des États-Unis et de la Chine.

Sont indifférents (art. 1-3) :

– la nationalité des parties ;
– le caractère civil ou commercial des parties ou du contrat.

Seul doit être pris en compte, le lieu où elles sont établies. Par conséquent, le critère de l'internationalité de la vente est celui de la localisation des établissements de l'acheteur et du vendeur dans des États différents.

β – Domaine matériel

Elle s'applique aux « contrats de vente de marchandises » (art. 1er). Cette qualification peut soulever des difficultés (v. Civ. 1re, 30 juin 2004, *Bull. civ. I*, n° 192).

Un arrêt du *Bundesgerichtshof* apporte d'utiles précisons en décidant qu'il convient d'assimiler les contrats de fourniture aux contrats de vente « lorsque le fournisseur fabrique les marchandises à livrer selon les directives et les instructions du donneur d'ordre » (BGH, 24 sept. 2014, *D.* 2015. Pan. 882, obs. C. Witz ; dans le même sens, Paris, 14 juin 2001, n° 2000/13970, *JDI* 2002. 483, obs. C. Witz). La même décision précise que la CVIM est également applicable, si le donneur d'ordre ajoute, après la livraison, des composantes en vue de remédier aux défauts de conformité car il convient de se placer, pour qualifier le contrat, au moment de sa conclusion.

Un autre arrêt du BGH a décidé que cette Convention a vocation à s'appliquer aux obligations contractuelles de rachat de marchandises par le vendeur initial.

Une décision d'une juridiction néerlandaise de première instance vient de se prononcer, sur la question de savoir si la vente de logiciel relève de la convention de Vienne, et apporte une réponse positive qui mérite approbation (Rechtbank Midden-Nederland, 25 mars 2015, *CISG-online*, n° 2591, *D.* 2017. 615, obs. B. Köhler). Quel que soit le mode de transmission du logiciel, ce dernier est une marchandise au sens de la Convention. La doctrine est cependant divisée sur cette question. Toutefois, dès lors que l'on est en présence d'une vente, même faussement qualifiée et non d'un contrat de licence, la CVIM est applicable.

La Convention de Vienne régit exclusivement la formation, les droits et les obligations entre le vendeur et l'acheteur (art. 4).

γ – Domaine spatial

En France, elle s'applique aux « contrats de vente de marchandises » conclues à partir du 1er décembre 2008.

2. – Formation du contrat

Forme : comme en droit français, le principe est le consensualisme (art. 1-1 et art. 11). D'après l'article 11 « le contrat de vente n'a pas à être conclu ni constaté par écrit et n'est soumis à aucune condition de forme. Il peut être prouvé par tous moyens, y compris par témoins ».

Aucune condition de forme n'est en principe exigée.

Le contrat peut être prouvé par tous moyens.

Cette liberté est adaptée aux besoins de rapidité et de simplicité du commerce international.

Toutefois, la Convention permet aux États contractants d'écarter, par une réserve, le principe du consensualisme.

Fond : l'offre et l'acceptation obéissent parfois à des règles différentes du droit français.

a – L'offre (art. 14 et s.)

L'offrant est celui qui a pris l'initiative de conclure le contrat (l'acheteur ou le vendeur).

α – Qualification de l'offre

Pour être qualifiée d'offre, la proposition de conclure le contrat doit être :

– adressée à une ou plusieurs personnes déterminées (art. 14-1) ;
Par conséquent, contrairement au droit français, n'est qu'une invitation à entrer en pourparlers, sauf volonté contraire clairement indiquée, une proposition adressée à des personnes indéterminées (art. 14-2) ;
– ferme c'est-à-dire indiquer la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation (art. 14-1 conforme au droit français) ;
– suffisamment précise, c'est-à-dire qu'elle doit désigner les marchandises et « expressément ou implicitement » fixer la quantité et le prix ou donner des indications qui permettent de les déterminer (art. 14-1). L'article 55 de la Convention admet cependant le contrat sans prix. Un conflit existe ainsi entre les articles 14 et 55 qui sont le prix d'un compromis entre les systèmes juridiques faisant du prix un élément essentiel de la vente et ceux pour lesquels il ne l'est pas. Mais il ne faut pas exagérer cette opposition. Un arrêt d'une juridiction d'appel suisse a apporté des précisions sur cette articulation entre ces deux articles en relevant que cette contradiction ne devait pas avoir une « portée pratique exagérée ». Il ajoute qu'en matière de vente internationale, le prix est généralement déterminé ou déterminable au moins implicitement et en l'espèce écarte l'article 55 de la CVIM (Tribunal cantonal de Vaud, 29 février 2016, *CISG-online*, n° 2761, *D.* 2017. 621 obs. B. Köhler). Cette interprétation de ces deux textes correspond à la position de la doctrine et de la jurisprudence dominante.

Il convient de se référer à la loi applicable au contrat pour examiner s'il admet la validité du contrat sans prix déterminé ou déterminable.

β – Régime de l'offre

Le régime de l'offre prévu par les articles 15 à 17 est inspiré de la *common law* et diffère du droit français :

Prise d'effet de l'offre : date de sa réception par le destinataire (art. 15-1).
Révocation et caducité de l'offre :
– elle peut être librement révoquée lorsque la révocation parvient au destinataire avant l'expédition de son acceptation (art. 16-1) ;
– lorsqu'elle est assortie d'un délai ou lorsqu'il était raisonnable pour le destinataire de la considérer telle et s'il a agi en conséquence, l'offre est irrévocable (art. 16-2-a et b) ;
– même irrévocable, elle prend fin lorsque son rejet parvient à l'auteur de l'offre (art. 17).

a – L'acceptation (art. 18 et s.)

α – Qualification

L'acceptation est le « oui » donné à l'offre.

Elle peut être expresse ou tacite. Elle doit manifester une attitude non-équivoque acceptant l'offre (art. 18-1), par exemple la signature d'un bon de commande adressée par le vendeur ou encore l'expédition d'un accusé de réception par télex. Le silence ou l'inaction, à eux seuls ne peuvent valoir acceptation (art. 18-1 v. Civ. 1re, 27 janv. 1998, *Bull. civ. I*, n° 28 ; CA Fribourg, 11 oct. 2004, *D.* 2005. Pan. 2284, obs. C. Witz). Certaines circonstances peuvent permettre au silence ou à l'inaction de valoir acceptation. C'est le cas lorsque les parties étaient en relation d'affaires pour le même type de contrat (contrat d'application suivant le même contrat-cadre) ou en application des usages de la profession des parties.

β – Régime de l'acceptation

L'acceptation entraîne la conclusion du contrat. L'article 23 précise que « le contrat est conclu au moment où l'acceptation d'une offre prend effet conformément aux dispositions de la présente convention ».

L'acceptation pure et simple produit des effets lorsqu'elle parvient au destinataire dans le délai stipulé par l'offrant ou dans un délai raisonnable (art. 18-2). C'est le système dit de la réception. En pratique, la réponse peut être « différente » de l'offre, notamment en cas de succession de propositions et de contre-proposition :

– si la réponse contient des éléments qui n'altèrent pas substantiellement l'offre, l'offrant sera engagé dans les termes de la réponse, sauf si dans un délai raisonnable, il relève auprès de l'autre partie les modifications contenues dans l'acceptation (art. 19-2) ;

– si, au contraire, des éléments nouveaux altèrent substantiellement l'offre (v. l'énumération de l'article 19-3 : prix, paiement, qualité et quantité des marchandises, lieu et moment de la livraison, étendue de la responsabilité d'une partie à l'égard de l'autre et règlement des différends), il y a inévitablement contre-offre. Par conséquent, l'auteur de l'offre initiale n'est engagé que s'il accepte cette contre-offre. La jurisprudence considère que cet article 19-3 institue une présomption simple (Com. 27 mai 2014, n° 12-27.188, *JCP* 2014, chron. 977, n° 5, obs. C. Nourissat).

Ces dispositions relatives à la contre-offre sont particulièrement utiles dans le commerce international en cas de contradiction entre les conditions générales de vente provenant du vendeur et les conditions générales d'achat provenant de l'acheteur.

La Convention de Vienne ne comporte pas de dispositions particulières relatives à l'intégration dans le champ contractuel des conditions générales d'achat ou de vente, contrairement aux Principes Unidroit ou aux Principes de droit européen du contrat. Un arrêt du tribunal régional de Düsseldorf du 21 avril 2004 (*D.* 2005. Pan. 2285, obs. C. Witz) a décidé que « l'intégration des conditions générales doit être vérifiée en application des dispositions des articles 14 et s. de la CVIM et à la lumière des règles d'interprétation de l'article 8 ». La question présente un intérêt pratique considérable, par exemple lorsqu'il s'agit de savoir si une clause attributive de compétence contenue par exemple dans les factures d'une partie est entrée dans le champ contractuel alors même qu'il est indiscuté que le contrat de vente a été formé. La jurisprudence est divisée sur l'application de la CVIM (en faveur de la mise en œuvre de la Convention, Cour fédérale d'appel américaine, 9e circuit, 5 mai 2003, *D.* 2005. Pan. 2285, obs. C. Witz ; *contra* BGH, 25 févr. 2004, *D.* 2005. Pan. 2286, obs. C. Witz se référant exclusivement à l'article 17 de la Convention de Bruxelles pour vérifier si la reproduction constante de clauses attributives de juridiction sur les factures ou des confirmations de commande vaut accord de volonté dans le cadre d'une vente régie par la Convention de Vienne).

Une acceptation tardive peut néanmoins produire ses effets en tant que telle si, sans retard, l'auteur de l'offre en informe verbalement le destinataire ou lui adresse un avis à cet effet (art. 21-1).

L'acceptation peut être rétractée si cette dernière parvient à l'offrant avant le moment où l'acceptation aurait pris effet ou à ce moment (art. 22).

3. – Effets de la vente

a – Obligations du vendeur (art. 30 et s.)

Le vendeur a principalement pour obligation de livrer des marchandises conformes et libres de tout droit et prétention des tiers.

α – Livraison des marchandises et transfert des risques

i. Livraison des marchandises (art. 31 et s.)

La livraison doit avoir lieu conformément à la volonté des parties (date et lieu convenus). À défaut de délai, elle doit intervenir dans un délai raisonnable.

La Convention apporte des précisions supplémentaires :

– en cas de vente nécessitant un transport de marchandises (hypothèse fréquente dans le commerce international), la livraison s'exécute par la remise des marchandises au premier transporteur pour transmission à l'acheteur (art. 31-a) ;
– dans les autres cas, la livraison intervient en fonction de certaines circonstances. Lorsque la vente porte sur un corps certain ou sur une chose de genre qui doit être prélevée sur une masse déterminée, la livraison doit intervenir sur le lieu où cette marchandise se trouvait à la conclusion du contrat, à condition que l'acheteur et le vendeur connaissent à ce moment cet emplacement (art. 31-b). En revanche, si l'acheteur ignorait l'emplacement ou le lieu de fabrication, la livraison devrait intervenir au lieu où le vendeur avait son établissement au moment de la conclusion du contrat (art. 31-c).

La livraison comporte la remise des documents relatifs à la marchandise (art. 34). Elle doit s'effectuer d'après la volonté des parties.

ii. Transfert des risques (art. 66 et s.)

La livraison des marchandises par le vendeur a pour conséquence le transfert des risques.

En principe, sauf si la perte ou la détérioration est due à un fait du vendeur, lorsque les marchandises sont perdues ou détériorées après livraison, l'acheteur en supporte les risques et est tenu de payer le prix (art. 66). Lorsque le contrat de vente implique un transport de marchandises et que le vendeur n'est pas tenu de les remettre en un lieu particulier, l'acheteur en supporte les risques dès la remise des marchandises au transporteur selon les modalités fixées par l'article 67. Les articles 68 à 70 complètent ce régime.

En pratique toutefois, le transfert des risques est réglé par l'intermédiaire des Incoterms car les règles posées par la Convention de Vienne sont supplétives.

β – Conformité des marchandises et absence de droits ou prétentions des tiers

i. Conformité (art. 35 et s.)

Aux termes de l'article 35-1, « le vendeur doit livrer des marchandises dont la quantité, la qualité et le type répondent à ceux qui sont prévus au contrat, et dont l'emballage ou le conditionnement correspond à celui qui est prévu au contrat ». La « conformité » au sens de la Convention englobe non seulement la non-conformité au sens du droit français

classique, mais aussi les vices cachés. La grande majorité du contentieux relatif aux ventes internationales de marchandises concerne la conformité des marchandises livrées.

– Appréciation de la conformité

Elle est appréciée en principe par rapport aux clauses contractuelles (pour une application, Oberster Gerichtshof, 14 févr. 2012, n° 10Ob4/12d, préc.).

En l'absence de volonté des parties, sont conformes les marchandises (art. 35-2) :

– « propres aux usages auxquels serviraient habituellement les marchandises du même type » (art. 35-2-a) ;
– « propres à tout usage spécial qui a été porté expressément ou tacitement à la connaissance du vendeur au moment de la conclusion du contrat » (art. 35-2-b) ;
« (qui) possèdent les qualités d'une marchandise que le vendeur a présentée à l'acheteur comme échantillon ou modèle » (art. 35-2-c) ;
– « emballées ou conditionnées selon le mode habituel pour les marchandises du même type » (art. 35-2-d).

Une question se pose de savoir si la conformité des marchandises doit être appréciée selon les standards en vigueur dans le pays du vendeur ou, au contraire, dans celui de l'acheteur, voire dans le pays de destination finale des marchandises. Dans une affaire célèbre dite des « moules néozélandaises », le BGH a décidé qu'on ne saurait attendre du vendeur qu'il respecte les dispositions particulières du droit public en vigueur dans le pays de l'acheteur ou dans le pays de commercialisation des marchandises. Elle a ajouté qu'il en va différemment si le vendeur connaissait ou aurait dû connaître pareilles dispositions en raison de circonstances particulières (BGH, 8 mars 1995, *D.* 1997. 217, obs. C. Witz ; dans le même sens, Oberster Gerichtshof, 25 janv. 2006, *D.* 2007. 530, obs. C. Witz).

– Régime (art. 36 et s.)

La Convention prévoit un régime unique pour le défaut de conformité et la garantie des vices cachés.

Lorsque le défaut de conformité existait avant le transfert des risques, le vendeur est responsable (art. 36-1).

Lorsque le défaut est survenu après le transfert des risques, le vendeur n'est responsable que dans deux cas :

– si le défaut est dû à l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations (art. 36-1-b) par exemple un emballage défectueux de marchandises ;
– s'il a garanti « que pendant une certaine période, les marchandises resteront propres à leur usage normal ou à un usage spécial ou conserveront des qualités ou caractéristiques spécifiées » (art. 36-2).

L'acheteur qui veut bénéficier de ce régime doit toutefois accomplir certains actes encadrés dans des délais assez courts :

– il doit examiner les marchandises ou les faire examiner dans un délai assez bref eu égard aux circonstances (art. 38-1). En cas de vente avec transport de marchandises, l'examen peut être différé jusqu'à leur arrivée à destination (art. 38-2). Si les marchandises sont déroutées ou même réexpédiées par l'acheteur qui n'a pas eu raisonnablement la possibilité de procéder à leur examen, ce dernier peut être différé jusqu'à leur arrivée à la nouvelle destination, à condition qu'au moment de la conclusion du contrat, le vendeur connaisse ou aurait dû connaître la possibilité de tels événements. En outre, dans certains cas l'acheteur est dispensé de cette vérification, par exemple en cas de remise des certificats d'usine (« de type 3.1.B ») selon les normes en vigueur au moment des faits, qui garantissent à l'acheteur la conformité de la marchandise livrée aux spécifications contractuelles (Com. 13 févr. 2019, n° 17-21.409) ;

– il est déchu de son action en défaut de conformité s'il ne le dénonce au vendeur en précisant la nature du défaut, dans un délai raisonnable à partir du moment où il l'a constaté ou aurait dû le constater (art. 39-1). L'appréciation du délai raisonnable de dénonciation varie selon les juridictions qui se fondent sur les circonstances de l'espèce, en prenant en compte la nature des marchandises (périssables ou non) ou leur quantité. Par exemple, un délai de 2 mois a été jugé tardif (Com. 4 nov. 2014, n° 13-10.776, *D.* 2015. 902, note C. Witz) ;

– dans tous les cas, il doit exercer son action dans un délai de deux ans à compter de la livraison (art. 39-2, Com. 27 nov. 2012, n° 11-24.358, inédit, *D.* 2013. Pan. 2884, obs. C. Witz, *RTD com.* 2013. 385, obs. P. Delebecque, *JCP* E 2013, chron. 30, n° 2, obs. C. Nourissat) ;

– lorsque la vente est à livraisons successives, l'examen des marchandises et la dénonciation des défauts dans le délai raisonnable ou dans le délai butoir de deux ans sont appréciés par les juges séparément, pour chaque livraison et non de manière globale (Com. 27 nov. 2012, n° 11-24.358, préc.) ;

– lorsque le défaut de conformité porte sur des faits que le vendeur connaissait ou ne pouvait ignorer et qu'il a caché à l'acheteur, ces délais ne courent pas (art. 40). Cet article vise aussi les cas de « grossière négligence du vendeur ». Une décision du tribunal fédéral Suisse apporte des précisions sur cette formule « ne pouvait ignorer » en relevant qu'elle vise les cas dans lesquels le vendeur n'avait pas découvert les défauts significatifs et apparents alors même que ces derniers auraient été remarqués lors d'un examen superficiel (Tribunal fédéral Suisse, 2 avr. 2015, *CISG-online*, n° 2592, *D.* 2017.613, Cl. Witz). En l'espèce, est écartée la neutralisation de la déchéance encourue en raison d'une dénonciation imprécise.

La preuve de la mauvaise foi du vendeur ou de cette ignorance grossière incombe à l'acheteur. Le BGH a nuancé ce principe en relevant qu'il appartient au vendeur d'expliquer comment le défaut de conformité a pu lui échapper lorsque celui-ci a son origine dans sa sphère de responsabilité (BGH, 30 juin 2004, *D.* 2005. Pan. 2288, obs. C. Witz). En plus, un arrêt de la Cour de cassation française a appliqué cet article dans le sens d'une présomption de connaissance du défaut lorsque le vendeur est le fabricant,

c'est-à-dire à la lumière du droit français (Civ. 1re, 4 oct. 2005, n° 02.15.981, *Bull. civ. I*, n° 360), mais cet arrêt est heureusement isolé. Il ressort d'un arrêt plus récent qu'on ne doit pas appliquer en droit de la CVIM la présomption existant en droit interne français selon laquelle le vendeur professionnel est censé connaître les vices de la chose (Com. 4 nov. 2014, n° 13-10.776, *D.* 2015. 902, note C. Witz). Il n'y a pas de présomption de connaissance à la charge du vendeur professionnel même s'il est le producteur de la chose (même arrêt).

Il convient de ne pas confondre ces délais de dénonciation des vices avec ceux de prescription que la Convention ne régit pas (Paris, 6 nov. 2001, *RTD com.* 2002, p. 210, obs. P. Delebecque ; Rouen, 26 sept. 2013, n° 11/04939, préc). Il s'agit d'une « lacune externe ». Cette prescription relève de la Convention de New York sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises du 14 juin 1974, amendée par le protocole du 11 avril 1980, textes élaborés sous l'égide des Nations unies et qui s'appliquent peu au sein de l'Union européenne car peu d'États y ont adhéré. Dans de nombreux cas où ils ne s'appliquent pas, il appartient au juge du fond de mettre en œuvre le droit national applicable désigné par les règles de conflits de lois, comme l'illustrent deux arrêts de la Cour de cassation française (Com. 21 juin 2016, n° 14-25.359, *D.* 2016. 1431 ; *ibid.* 2017. 617, obs C. Witz ; *AJ contrat* 2016. 431, note D. Sindres, *RTD com.* 2016. 583, obs. P. Delebecque ; Com. 2 nov. 2016, n° 14-22.114, *CISG France*, n° 307, *D.* 2017. Pan. 618, obs. C. Witz et B. Köhler ; *JCP* 2017. 226, n° 2, obs. C. Nourissat).

Pour invoquer un défaut de conformité, l'acheteur doit prouver qu'il en ignorait l'existence lors de la conclusion du contrat (art. 35-3).

La question générale de la charge de la preuve du défaut de conformité se pose de plus en plus en jurisprudence. Majoritairement, cette dernière considère qu'il incombe à l'acheteur de prouver le défaut de conformité (dans ce sens, Com., 24 sept. 2003, *Bull. civ. IV*, n° 139 ; *contra* Grenoble, 15 mai 1996, *D.* 1997. Somm. 221, obs. C. Witz). Deux arrêts du tribunal fédéral suisse des 13 janvier et 7 juillet 2004 adoptent une solution de compromis (*D.* 2005. Pan. 2286, obs. C. Witz). D'après ces arrêts, lorsque l'acheteur a réceptionné la marchandise sans dénonciation ou réserve, il lui appartient d'en prouver la non-conformité dès lors qu'il entend en déduire des droits. En revanche, dans l'hypothèse inverse, si l'acheteur refuse d'accepter la marchandise en invoquant sa non-conformité, il appartiendrait au vendeur d'apporter la preuve que la marchandise est bien conforme au contrat. En outre, une dénonciation dès la réception devrait avoir le même effet : venant de livrer la marchandise, le vendeur est le mieux placé pour prouver son état. Mais il ne s'agit là que d'assouplissements à un principe qui est maintenu.

ii. Absence de droit ou de prétention des tiers

Les marchandises conformes doivent être livrées « libres de tout droit ou prétention d'un tiers, à moins que l'acheteur n'accepte de prendre les marchandises dans ces conditions » (art. 41).

Un régime spécifique est prévu par l'article 42 lorsque le droit ou la prétention du tiers est fondé sur la propriété industrielle ou intellectuelle. D'après cet article, le vendeur n'est tenu de garantir que les droits et prétentions des tiers qu'il connaissait ou ne pouvait ignorer au moment de la conclusion du contrat. Cette garantie est limitée :

– aux droits protégés par les lois de l'État où les marchandises doivent être revendues ou utilisées si les parties avaient envisagé au moment de la conclusion du contrat que les marchandises le seraient dans cet État (art. 42-a) ;
– dans les autres cas, aux droits protégés par la loi de l'État dans lequel l'acheteur a son établissement (art. 42-b).

Pour mettre en œuvre cette garantie, l'acheteur doit dénoncer au vendeur le droit ou la prétention du tiers dans un délai raisonnable (art. 43).

γ – Sanctions

Les sanctions prévues en cas de manquement du vendeur à ses obligations (art. 45 à 52) sont identiques à celles prévues pour l'acheteur. L'idée de survie du contrat est assez présente.

Il s'agit de l'exécution en nature, de la résolution du contrat, des dommages-intérêts.

L'acheteur peut exiger, sous certaines conditions, l'exécution en nature sous la forme du remplacement de la marchandise, de réparation du défaut de conformité (art. 46). L'article 47 permet à l'acheteur d'accorder un délai supplémentaire au vendeur pour remplir ses obligations et l'article 48 autorise le vendeur à réparer à ses frais son manquement, y compris après la date de livraison.

Il peut se prévaloir de la résolution du contrat dans certaines hypothèses graves :

– contravention du vendeur qualifiée d'essentielle (art. 49-1-a). Une contravention est essentielle « lorsqu'elle cause à l'autre partie un préjudice tel qu'elle la prive substantiellement de ce que celle-ci était en droit d'attendre du contrat, à moins que la partie en défaut n'ait pas prévu un tel résultat et qu'une personne raisonnable de même qualité placée dans la même situation ne l'aurait pas prévu non plus » (art. 25). Les conditions d'application de ce remède sont strictes comme l'illustre la jurisprudence. Un arrêt de la Cour fédérale de justice allemande est particulièrement éclairant par deux attendus de principe (BGH, 24 sept. 2014, *CISG-online*, n° 2545, *D.* 2015. 881, obs. Cl. Witz). D'une part, « lorsqu'il s'agit d'apprécier l'existence d'une contravention essentielle par rapport aux qualités convenues (art. 35-1) ou d'autres défauts de la chose (art. 35-2), ce n'est pas la gravité des défauts à elle seule, mais bien plus la réponse à la question de savoir si l'intérêt à l'exécution de l'acheteur a disparu en raison du poids de la violation contractuelle qui s'avère déterminante. Lorsque l'acheteur est en mesure d'utiliser durablement la chose achetée, même de manière limitée, il y a souvent lieu de nier l'existence d'une contravention essentielle ». D'autre part, montrant la démarche à suivre pour savoir si l'intérêt de l'acheteur a disparu à la suite de l'inexécution contractuelle commise par le vendeur, la Cour allemande note « il faut prendre appui, en première ligne, sur les conventions des parties. À défaut de conventions expresses, il importe de prendre avant tout en considération la tendance du droit uniforme onusien à refluer la résolution au profit des autres remèdes, en particulier la réduction du prix ou l'allocation de dommages-intérêts. Le dénouement des relations contractuelles ne doit être mis à la disposition de l'acheteur que comme dernière possibilité pour régler une inexécution contractuelle de l'autre partie tellement importante qu'elle fait disparaître pour l'essentiel

l'intérêt d'exécution » ; Sont dans le même sens des arrêts de la haute juridiction autrichienne (Oberster Gerichtshof, 16 déc. 2015 préc.) et du Tribunal fédéral suisse (TF, 2 avr. 2015, *CISG-online*, n° 2592, *D.* 2017. Pan. 625, obs. B. Köhler).

– défaut de livraison lorsque le vendeur ne livre pas dans le délai supplémentaire qui lui a été accordé par l'acheteur ou s'il déclare qu'il ne livrera pas dans le délai imparti (art. 49-1-b).

Contrairement au droit français, la résolution n'est pas judiciaire mais simplement « déclarée » par l'acheteur qui doit la notifier au vendeur dans un délai raisonnable (art. 49-2 a).

Il peut, lorsqu'il décide de conserver les marchandises non conformes, réduire le prix proportionnellement à la différence entre la valeur que les marchandises livrées avaient au moment de la livraison et la valeur que les marchandises conformes auraient eue à ce moment-là (art. 50).

La Convention est rigoureuse car aucun délai de grâce ne peut être accordé au vendeur par un juge ou un arbitre lorsque l'acheteur se prévaut de l'inexécution du vendeur (art. 45-3).

b – Obligations de l'acheteur (art. 53 et s.)

L'acheteur a deux obligations essentielles dont le défaut est sanctionné par des moyens identiques à ceux qui lui appartiennent en cas de manquement à ses obligations par le vendeur. Ces sanctions sont prévues par les articles 61 à 65.

Il doit payer le prix et prendre livraison des marchandises (art. 53).

α – Paiement du prix

Le paiement du prix est l'obligation principale de l'acheteur. Elle entraîne la prise de mesures ou l'accomplissement de formalités destinées à permettre ce paiement (art. 54). Ces dernières peuvent être prévues par le contrat ou par les lois et les règlements (art. 54).

En pratique, le contrat peut prévoir notamment :

– l'intervention d'une banque (par exemple un crédit documentaire ou une garantie à première demande) ;
– le lieu de paiement ;
– le moment du paiement.

À défaut de précisons sur le lieu ou le moment du paiement, la Convention apporte des précisions :

– le paiement est, contrairement au droit français, portable : il doit s'effectuer à l'établissement du vendeur ou au lieu de remise des marchandises ou des documents, si le paiement doit être fait contre une telle remise (art. 57) ;

– Il doit s'opérer lors de la remise des marchandises ou des documents représentatifs de celle-ci (art. 58-1). Si un transport est nécessaire, le vendeur peut les expédier sous condition que celles-ci ou les documents représentatifs ne soient remis à l'acheteur que contre paiement du prix (art. 58-2).

L'acheteur ne sera pas tenu de payer le prix avant d'avoir eu la possibilité d'examiner la marchandise (art. 58-3).

β – Retirement de la chose

L'obligation de prendre livraison est l'autre obligation de l'acheteur. Il doit :

– accomplir tout acte qu'on peut raisonnablement attendre de lui pour permettre au vendeur d'accomplir la livraison (art. 60-a) ;
– retirer les marchandises mises à sa disposition (art. 60-b).

L'acheteur diligent doit, comme il l'a déjà été dit *(*v. *supra),* examiner lui-même ou faire examiner les marchandises dans un bref délai (art. 38-1).

c – Les dispositions communes aux obligations du vendeur et de l'acheteur (art. 71 et s.)

Ces dispositions complètent le régime relatif à l'inexécution du contrat. Elles sont relatives :

– à la contravention anticipée ;
– aux dommages-intérêts ;
– à l'exonération ;
– aux effets de la résolution ;
– à la conservation des marchandises.

α – Contravention anticipée (art. 71 à 73)

Après la conclusion du contrat, s'il apparaît que l'une des parties n'exécutera pas ses obligations, les articles 71 et 72 donnent à l'autre partie une protection plus importante que la simple exception d'inexécution du droit français :

- elle peut différer l'exécution de ses propres obligations. Ainsi, le vendeur ayant expédié les marchandises peut s'opposer à ce qu'elles soient remises à l'acheteur, même si ce dernier détient un document lui permettant de les obtenir (art. 71-2). Elle doit adresser une notification à l'autre partie. Elle reste tenue d'exécuter le contrat si l'autre partie donne des « assurances suffisantes » (art. 71-3).

- elle peut également déclarer le contrat résolu si, avant la date d'exécution, il est manifeste que l'autre partie commettra une contravention essentielle (art. 72-1). Elle est tenue, si elle dispose du temps nécessaire, et dans les délais raisonnables, de notifier son intention à l'autre partie, pour permettre à celle-ci de donner des assurances suffisantes qu'elle va exécuter le contrat (art. 72-2). Une telle notification est inutile si l'autre partie a déclaré qu'elle n'exécuterait pas ses obligations (art. 72-3).

β – Dommages-intérêts (art. 74 à 78)

En l'absence de cause d'exonération, la partie victime de l'inexécution du contrat peut obtenir des dommages-intérêts dont le montant est calculé en tenant compte de la perte subie et du gain manqué sans pouvoir dépasser le « montant » que la partie défaillante a prévu ou aurait dû prévoir au moment de la conclusion du contrat (art. 74). Il s'agit ici de réparer le dommage prévisible.

La partie victime de l'inexécution doit prendre des mesures raisonnables pour modérer le dommage (art. 77). Il s'agit de la « *mitigation of damages* ».

Les dommages-intérêts ne privent pas la victime du droit d'utiliser d'autres moyens prévus par la Convention.

L'article 78 dispose que « si une partie ne paie pas le prix ou toute autre somme due, l'autre partie a droit à des intérêts sur cette somme, sans préjudice des dommages-intérêts qu'elle serait fondée à demander en vertu de l'article 74 ». Les questions du point de départ et du taux de ces intérêts ne sont pas résolues de façon uniforme par la jurisprudence. Il semble que s'agissant de la seconde question, l'opinion dominante soit en faveur du rattachement à la *lex contractus* pour toutes les questions non couvertes par la CVIM alors que les juges du fond français opteraient plutôt pour rattachement en faveur de la *lex fori* en appliquant le taux légal français (C. Witz, *D.* 2005. Pan. 2289).

γ – Exonération (art. 79 et 80)

La Convention prévoit des causes d'exonération assez proches de la force majeure du droit français (art. 79-1) et du fait d'un tiers (art. 79-2). Elle ne prévoit pas de clauses d'exonération de responsabilité. Ces clauses doivent être examinées par rapport au droit applicable au contrat.

L'exonération produit des effets pendant la durée de l'empêchement. La cause d'exonération n'entraîne qu'une simple suspension de l'exécution de l'obligation qu'elle concerne.

Elle laisse la possibilité à la personne victime de l'inexécution de demander l'application des remèdes ouverts par la Convention, autres que l'indemnisation du préjudice causé par ladite inexécution. Il ne peut donc pas demander des dommages-intérêts (art. 79-5).

Si une inexécution est due à une action ou omission d'une partie, elle ne peut s'en prévaloir à l'égard de l'autre (art. 80).

Il convient de rappeler que contrairement aux Principes Unidroit (art. 6.2.1 et s.) et aux Principes de droit européen du contrat (art. 6 : 111), la CVIM n'admet pas l'imprévision (Civ. 1re, 30 juin 2004, *Bull. civ. I*, n° 192).

δ – Effets de la résolution (art. 81 à 84)

En principe, la résolution libère les deux parties de leurs obligations, réserves faites des dommages-intérêts qui peuvent être dus (art. 81-1).

Toutefois, certaines clauses survivent au contrat (art. 81-1) :

– les clauses de règlement des différends, par exemple les clauses compromissoires ;
– les clauses précisant les droits et obligations des parties en cas de résolution, par exemple les clauses pénales.

La résolution est rétroactive et entraîne des restitutions réciproques.

Il peut arriver que la restitution de marchandises par l'acheteur dans un état sensiblement égal à celui dans lequel il les a reçues soit impossible. Dans ce cas, sauf exception (art. 82-2), l'acheteur perd le droit de déclarer le contrat résolu (art. 82-1) et doit l'équivalent du profit qu'il a retiré des marchandises (art. 84-2-b).

ε – Conservation des marchandises (art. 85 à 88)

En fonction des circonstances, l'acheteur ou le vendeur doit veiller à la conservation des marchandises.

B. – Les International Commercial Terms

Élaborée par la Chambre de commerce internationale dans les années 1920, la version actuelle de 2010 est en vigueur depuis le 1er janvier 2011. Ils ont pour objet de déterminer les obligations caractéristiques des contrats de vente. Ils ont une importance capitale dans le commerce international. Dans un arrêt du 9 juin 2011, la Cour de justice de l'Union européenne leur reconnaît la valeur d'usage (CJUE 9 juin 2011, n° C-87/10, *D.* 2011. 1694, obs. X. Delpech, et Pan. 2011, p. 2434, obs. L. d'Avout).

En pratique, les parties se réfèrent aux Incoterms, éventuellement complétés par les *liner terms* qui sont les conditions des connaissements de lignes régulières. Ils concernent la gestion des frais de manutention à l'embarquement ou au débarquement des marchandises.

1. – Version précédente des Incoterms

Dans la version précédente, ils étaient au nombre de 13, regroupés en quatre groupes qu'on peut présenter par ordre croissant des obligations du vendeur du groupe E au groupe D en passant par les groupes F et C :

Groupe E

Ici, le vendeur doit mettre les marchandises à la disposition de l'acheteur dans ses propres locaux. Dès ce moment, les risques sont à la charge de l'acheteur. C'est l'obligation minimale pour le vendeur.

Il ne comprend qu'un terme : EXW, *Ex works* (« À l'usine ») avec des variantes par exemple à la mine ou à l'entrepôt.

Groupe F – *Free* (Franco)

Dans ce groupe, le vendeur n'assume ni les frais, ni les risques du transport principal.

Il comprend trois termes :

– FCA : *Free carrier* (Franco Transporteur) ;

– FAS : *Free along side Ship* (Franco le long du navire) ;

– FOB : *Free on Board* (Franco bord).

Groupe C – *Cost or Carriage* (Coût ou Port)

Le vendeur n'assume pas les risques du transport principal mais supporte les frais du transport principal.

Le groupe comprend quatre termes : CFR, CIF, CPT, CIP

– CFR : *Cost and freight* (Coût et Frêt) ;

– CIF : *Cost, Insurance and freight* (Coût, Assurance et fret) ;

– CPT : *Carriage paid to* (Port payé jusqu'à) ;

– CIP : *Carriage and insurance paid* (Port payé assurance comprise jusqu'à).

Groupe D *(Delivered)*

Contrairement au groupe E, le vendeur assume des obligations maximums.

Il comprend cinq termes :

– DAF : *Delivered at frontier* (Rendu frontière) ;

– DES : *Delivered ex ship* (Rendu ex ship) ;

– DEQ : *Delivered ex quay duty paid* (Rendu à quai droits acquittés) ;

– DDU : *Delivered duty unpaid* (Rendu droits non acquittés) ;

– DDP : *Delivered duty paid* (Rendu droits acquittés).

2. – Version actuelle des Incoterms

Les Incoterms 2010 (ICC Publication n° 715EF, janv. 2011) se présentent en version bilingue même si la rédaction anglaise est la seule officielle. Ils sont passés de 13 à 11 avec des suppressions et des nouveautés, par exemple dans le groupe D. Ils ont donc été actualisés et précisés pour tenir compte des évolutions intervenues ces dernières années (dématérialisation des documents…).

Ainsi deux nouveaux termes DAT (Delivered at terminal ou rendu au terminal) et DAP (Delivered at place ou rendu au lieu de destination) forment désormais le groupe D aux côtés de DDP. Ont donc été supprimés DAF, DES, DEQ, DDU.

Ces incoterms ont un volet maritime qui sert de référence aux parties à une vente maritime. Cette dernière est une vente commerciale qui implique un transfert par mer.

Une nouvelle version est en cours de préparation à la CCI pour répondre aux évolutions du marché depuis 10 ans comme l'accroissement des obligations en matière de sécurité. Un des objectifs majeurs de cette révision est de faire en sorte que les nouvelles règles soient plus compréhensibles et faciles à utiliser. La nouvelle version entrera en vigueur le 1er janvier 2020.

II. – Le droit « conflictuel » de la vente internationale

L'unification des règles de conflits de lois spécifiques à la vente est l'œuvre de deux conventions de La Haye qui n'ont pas connu le succès de la Convention de Vienne.

A. – La convention de La Haye du 15 juin 1955

Cette Convention sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels est en France le droit commun des conflits de lois pour les contrats internationaux de vente. Elle a été ratifiée par 9 États.

1. – Domaine de la convention

Elle s'applique, conformément à son intitulé, aux ventes internationales d'objets mobiliers corporels.

Elle ne définit ni le contrat de vente, ni le caractère international du contrat. Elle précise simplement que la volonté des parties ne peut entraîner l'internationalité du contrat. Seuls des éléments objectifs non précisés par la Convention peuvent conduire à une telle qualification. La définition des objets mobiliers corporels ne pose pas de difficultés.

2. – Détermination de la loi applicable

La Convention effectue une distinction entre le choix effectué par les parties et l'absence d'un tel choix.

Choix effectué par les parties : principe d'autonomie. La Convention est très stricte en décidant que le choix « doit faire l'objet d'une clause expresse ou résulter indubitablement des dispositions du contrat » (art. 2 al. 2).

En l'absence de choix, en principe, le contrat est régi par la loi de l'État sur le territoire duquel le vendeur est établi au moment où il reçoit la commande (art. 3 al. 1). Toutefois, la vente sera régie par la loi de l'État sur le territoire duquel est établi l'acheteur « si c'est dans ce pays que la commande a été reçue soit par le vendeur, soit par son représentant, agent ou commis voyageur » (art. 3 al. 2) ; dans le cas d'un marché de bourse ou d'une vente aux enchères, « la vente est régie par la loi interne du pays où se trouve la bourse ou dans lequel sont effectuées les enchères » (art. 3 al. 3).

3. – Domaine de la loi applicable

Sont exclus de la *lex contractus* (art. 5) : la capacité des parties, la forme du contrat, le transfert de propriété, les effets de la vente à l'égard des tiers.

La *lex contractus* régit par conséquent toutes les matières autres que celles exclues. Elle a un vaste domaine.

L'harmonisation entre cette Convention, la Convention de Rome et le Règlement Rome I peut soulever des difficultés même si la Convention de Rome « ne porte pas atteinte à l'application des conventions internationales auxquelles un État contractant est ou sera parti » (art. 21 de la Convention de Rome. Une position à peu près similaire est adoptée par l'article 25 du Règlement Rome I).

B. – La convention de La Haye du 22 décembre 1986

Cette convention sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises :

– a été conclue pour remplacer la Convention de 1955 ;
– n'est pas entrée en vigueur ;
– consacre des règles assez proches de sa devancière.

1. – Domaine de la convention

Elle concerne la loi applicable aux contrats de vente de marchandises (art. 1er) :

– a) « lorsque les parties ont leur établissement dans des États différents
– b) dans tous les autres cas où la situation donne lieu à un conflit entre les lois des différents États… ».

Sont exclues (art. 2) :
– les ventes sur saisies ou par autorité de justice ;
– les ventes de valeurs mobilières, d'effets de commerce ou de monnaie ;
– les ventes aux consommateurs.

En revanche, contrairement à la Convention de Vienne, elle s'applique aux ventes de navires, bateaux, aéroglisseurs, aéronefs, et à l'électricité. Elle a un vaste domaine d'application.

2. – Détermination de la loi applicable

a – Loi applicable à la forme

Une faveur est accordée à la validité de l'acte. La Convention opère des distinctions (art. 11) :

si les parties se trouvent sur le territoire du même État, le contrat de vente est valable en la forme s'il satisfait aux conditions soit de la loi qui le régit au fond en vertu de la Convention, soit de la loi de l'État dans lequel il a été conclu ;
si les parties se trouvent sur le territoire d'États différents, la vente est valable en la forme si elle satisfait aux conditions de la loi qui le régit au fond selon la Convention ou la loi de l'un de ces États.

b – Loi applicable au fond

Les règles sont assez proches de celles de la Convention de 1955.

Principe d'autonomie : liberté de choix de la loi applicable par les parties (art. 7).

Défaut de choix :
– en principe, application de la loi de l'établissement du vendeur au moment de la conclusion du contrat (art. 8-1) ;
– par exception, application de la loi de l'établissement de l'acheteur dans certains cas (art. 8-2). Il peut s'agir des négociations et conclusions du contrat dans le pays de l'acheteur, de la livraison prévue dans le pays de l'acheteur ou d'un appel d'offres ;
– clause d'exception : en raison de l'ensemble des circonstances, la vente pourra être régie par une autre loi si elle présente des liens manifestement plus étroits avec cette loi (art. 8-3).

3. – Domaine de la loi applicable

Sont exclus notamment (art. 5) :
– la capacité des parties ;
– le transfert de propriété ;
– les effets de la vente à l'égard des tiers ;
– la question de savoir si un intermédiaire peut engager la personne pour le compte de laquelle il prétend agir, ou si un organe d'une société, association ou personne morale peut engager cette société, association ou personne morale ;
– les conventions d'arbitrage et d'élection du *for*.

L'article 13 exclut également « les modalités et la procédure d'examen des marchandises » qui relèvent de la loi de l'État dans lequel cet examen a lieu.

Est régi par la loi applicable l'essentiel du dispositif contractuel, notamment d'après l'article 12 :

– l'interprétation du contrat ;
– les droits et obligations des parties ;
– l'exécution du contrat ;
– la détermination du moment à partir duquel l'acheteur a droit aux produits et aux fruits des marchandises ou celui à partir duquel il y a transfert des risques des marchandises à l'acheteur ;

– les clauses de réserve de propriété (validité et effets entre les parties) ;
– les conséquences de l'inexécution du contrat ;
– les divers modes d'extinction des obligations et même dans certains cas les prescriptions et déchéances.

SOUS-SECTION 3 LES CONTRATS LIES A LA VENTE INTERNATIONALE : TRANSPORT ET ASSURANCE

Les contrats de transport et d'assurance accompagnent souvent la vente internationale. Ils ont un domaine plus large et peuvent concerner la plupart des opérations du commerce international.

I. Les transports internationaux

L'internationalisation des transports existe depuis les premières relations commerciales.

C'est d'ailleurs le transport qui a donné naissance aux premières conventions internationales (Convention de Berne 1890 pour les transports ferroviaires, Convention de Varsovie 1929 par les transports aériens et de Genève 1956 pour les transports routiers).

Ces premières conventions de droit matériel ont essayé d'unifier la matière en s'appliquant distinctement pour les diverses formes de transport : maritime, routier, ferroviaire et aérien.

Il ressort de ces Conventions et de certaines règles de droit interne quelques éléments à peu près communs aux différentes sortes de transport notamment :

• La formation du contrat
Le contrat doit indiquer :
– les qualités et quantités des marchandises ;
– le prix des marchandises ;
– les modalités du transport : points de départ et d'arrivée, temps, forme et cheminement.

• L'exécution du contrat
Le contrat doit préciser les obligations mises à la charge du transporteur (par exemple l'acheminement des marchandises) et de l'expéditeur (essentiellement payer le prix).
Une question essentielle diffère selon les modes de transport : la responsabilité du transporteur.
Les conventions internationales essaient d'apporter des réponses. Le traité de Rome par exemple contient un titre particulier sur les transports (art. 74 à 84). À défaut de convention internationale régissant matériellement le transport, la Convention et le Règlement Rome I vont s'appliquer et conduire le plus souvent, à défaut de choix, à la loi du lieu de l'établissement du transporteur (v. p. XXX).

• La distinction entre le contrat de transport et le contrat de commission

Elle est a priori facile, la seconde opération étant plus large que la première. Le transport a pour objet l'opération matérielle de déplacement alors que la commission comprend en plus l'organisation du déplacement. Elle se caractérise « non seulement par la latitude laissée au commissionnaire d'organiser librement le transport par les voies et moyens de son choix, sous son nom et sous sa responsabilité, mais aussi par le fait que cette convention porte sur le transport de bout en bout » (Com., 16 févr. 1998, Bull. civ. IV, n° 75). La Cour de cassation a précisé que « la qualité de commissionnaire de transport ne résulte pas simplement pour celui qui a été chargé de l'acheminement d'une marchandise de bout en bout, du seul fait qu'il s'est substitué un tiers dans l'exécution de l'expédition, s'il ne justifie pas du consentement du donneur d'ordre à l'existence de cette substitution » (Com., 10 mai 2005, D. 2005. AJ 1411 et Jur. p. 2293, note L. Guignard, Pan., p. 2753, obs. H. Kenfack). Elle a pourtant soulevé des difficultés à propos de l'application de la convention de Rome même si la CJUE a bien marqué la distinction entre les deux contrats (CJUE, 3e ch., 23 oct. 2014, préc. ; Com. 10 févr. 2015, n° 12-13052, préc. Sur l'ensemble de la question, v. p. XXX).

A. – Le transport maritime international

C'est la forme de transport la plus ancienne et la plus réglementée. Une distinction doit être effectuée entre le contrat d'affrètement et le contrat de transport maritime proprement dit, seul régi par les conventions internationales.

1. – Le contrat d'affrètement maritime

Même si l'affrètement peut concerner d'autres modes de transport, le contrat d'affrètement maritime est celui par lequel un fréteur (souvent l'armateur propriétaire du navire) s'engage, moyennant un prix, à mettre un navire à la disposition d'un affréteur pour le transport de marchandises (art. L. 5423-1 du Code des transports).

L'affrètement est constaté par un écrit original appelé charte-partie. En pratique, la charte-partie est issue d'un modèle-type.

Il peut prendre diverses formes :

– l'affrètement au voyage : un navire est mis à disposition pour un ou plusieurs voyage précis (déplacement d'une marchandise d'un port à un autre). Il se rapproche dans cette forme du contrat de transport maritime classique ;

– l'affrètement à temps : un navire est mis à disposition pour une période déterminée ;

– l'affrètement « coque nue » : un navire est mis à disposition pour un temps précis sans armements ni équipements ou avec de tels éléments incomplets.

L'affrètement maritime ne dépend pas des conventions internationales. La loi applicable est choisie librement par les parties et à défaut les règles du droit international privé s'appliquent. En France, il est régi par la loi du 18 juin 1966 codifiée qui prévoit que, sauf

volonté contraire des parties, le contrat d'affrètement est régi en matière internationale par la loi du pavillon du navire (art. 3). Toutefois, le Règlement Rome I devrait s'appliquer et faire prévaloir la liberté contractuelle.

2. – Le contrat de transport maritime

a – Conventions internationales et règlement sur les droits des passagers

Plusieurs conventions internationales s'y rapportent, notamment :

– la Convention de Bruxelles du 25 août 1924 (encore appelée règles de La Haye) pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement. Elle s'applique dès lors que le transport s'effectue sous connaissement ;

– un protocole modificateur à la Convention de Bruxelles, du 23 février 1968, appelé règles de Visby, est entré en vigueur le 23 juin 1976. Il a pour objet une meilleure définition du domaine de la Convention de Bruxelles de 1924 ainsi qu'un système complexe de limitation de réparation ;

– un autre protocole est intervenu à Bruxelles le 22 décembre 1979 pour adapter le mode de calcul des indemnités ;

– une Convention a été adoptée le 31 mars 1978 à la suite des travaux de la CNUCED et de la CNUDCI. Encore nommée « règles de Hambourg », cette Convention est appelée à se substituer à la Convention de Bruxelles. Elle n'est pas entrée en vigueur en France ni dans l'Union européenne en raison de la nécessité d'une adoption unanime par les États membres. Elle s'applique en revanche entre les pays l'ayant ratifié, essentiellement les pays en développement, à l'exception de l'Autriche.

– une convention de Rotterdam sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer (2009) n'a pas été ratifiée par la France.

L'articulation entre ces conventions ou même entre la Convention de Bruxelles du 24 août 1924 et la loi française du 18 juin 1966 codifiée peut soulever des difficultés. Le texte conventionnel ne prévoyant pas de règles de compétence territoriale, peut-il être complété sur ce point par la loi française ? Un arrêt s'est prononcé en faveur d'une exclusion totale de la loi française dès lors que le texte international est applicable (Aix-en-Provence, 2e ch., 14 déc. 2004, *D.* 2005. Pan. 2755, obs. H. Kenfack).

La plupart des transports maritimes internationaux restent encore sous l'empire de la Convention de Bruxelles de 1924 modifiée qui est impérative, les parties ne pouvant écarter ses règles. Elle considère comme « international » tout transport faisant l'objet d'un connaissement émis dans un des États contractants, y compris entre deux ports d'un même État. Les règles de Visby ont exclu de leur champ d'application les transports entre deux ports d'un même État et ont décidé qu'elles s'appliquent dans trois cas :

– le connaissement est émis dans un État contractant ;
– le transport a lieu au départ d'un port d'un État contractant ;

– une clause du connaissement (clause « *Paramount* ») indique que le transport sera soumis à la Convention.

Est indifférente la nationalité du navire ou de toute personne concernée par le transport (transporteur, destinataire, chargeur…).

Elles ne concernent que :
– l'opération de transport, dès le chargement jusqu'au déchargement des marchandises (la loi française a un domaine plus large). Sont exclus notamment : les opérations de pré-acheminement ou de manutention antérieures ou postérieures au chargement et déchargement ;
– les transports effectués dans le cadre d'un contrat matérialisé par un connaissement.

Sont exclus l'affrètement ou les transports effectués avec une lettre de voiture internationale.

Document : le connaissement a une certaine importance. C'est un titre original formalisant l'accord du chargeur et du transporteur. Il est établi par le transporteur et un exemplaire est remis au destinataire. Il peut être nominatif ou au porteur, même s'il est souvent négociable. Le connaissement :
– définit les droits et obligations des parties ;
– représente la marchandise (droit à la marchandise et droit sur la marchandise) ;
– apporte la preuve que le capitaine a reçu les marchandises qu'il décrit.

Règlement UE n° 1177/2010 du 24 nov. 2010 concernant les droits des passagers voyageant par mer ou par voie de navigation intérieure et modifiant le règl. CE n° 2006/2004 (*JOUE* L. 334, 17 déc. 2010, p 1 ; *D.* 2011. Pan. 1145, obs. H. Kenfack).

b – Responsabilité du transporteur maritime

Pour l'essentiel, cette responsabilité est la même dans la Convention et la loi française (art. L. 5422-12 C. transp.) même si quelques différences existent.

En principe, d'après la Convention, le transporteur est tenu d'exercer une diligence raisonnable (« *due diligence* ») comprenant l'obligation de mettre le navire en bon état de navigabilité, l'armer, l'équiper, l'approvisionner et mettre en état convenable le lieu où la marchandise sera entreposée (art. 3 n° 1) (en droit français, le principe est celui d'une présomption de responsabilité du transporteur, art. L. 5422-12 C. transp.).

La preuve de la « due diligence » incombe au transporteur (art. 4 *in fine*).

En cas d'accomplissement de cette « due diligence », le transporteur n'est pas responsable des pertes dues à un état d'innavigabilité survenu postérieurement (art. 4 n° 1).

Il n'est pas responsable dans dix-sept cas énumérés par la Convention (cas exceptés de responsabilité), notamment l'acte de Dieu, les faits de guerre, les faits d'ennemis publics, l'arrêt ou la contrainte du prince, le péril de mer, la faute nautique du capitaine (pour une

illustration, Com. 22 sept. 2015, n° 13-25.584, *D.* 2016, obs. H. Kenfack ; Com. 17 févr. 2015, n° 13-25.662, *D.* 2015. Pan. 1294, obs. H. Kenfack ; Com. 17 déc. 2013, n° 12-28.226, *D.* 2015. Pan. 2276, obs. H. Kenfack). Ils sont assez proches des cas fortuits ou de force majeure prévus par la loi de 1966 codifiée, à la seule différence qu'en droit français, en principe, aucun événement n'est en soi fortuit ou de force majeure.

En cas de responsabilité, la réparation prend la forme d'une indemnité due par le transporteur et plafonnée. Cette limitation est impérative.

L'indemnité est calculée en fonction de la valeur de la marchandise au jour et au lieu de déchargement. Elle couvre tous les dommages résultant de la mauvaise exécution du contrat. Elle est calculée par référence à l'unité de compte du FMI, le Droit de tirage spécial (DTS) :

– pour un colis, le transporteur doit 666,67 DTS (Protocole de 1979) ;

– pour 1 kg de poids brut de marchandises perdues ou endommagées, le transporteur doit 2 DTS (Protocole de 1979).

Les parties peuvent parfaitement augmenter ces plafonds. Ces derniers sont écartés en cas de dol ou de faute inexcusable du transporteur.

Le réceptionnaire qui constate des avaries ou des manquants doit faire des réserves à la livraison, immédiatement en cas de dommage apparent ou dans les trois jours dans le cas contraire. En l'absence de réserve, la marchandise est présumée avoir été livrée en bon état mais la preuve contraire est possible. Dans tous les cas, le demandeur doit prouver la réalité du dommage.

Le tribunal compétent est en principe celui du port de chargement ou de déchargement, même si en pratique les parties prévoient des clauses de compétence qui sont souvent contenues dans le connaissement.

En principe valable, cette clause doit avoir été acceptée par le chargeur. Ce point ne soulève pas de difficulté alors qu'est plus controversée son opposabilité au tiers par exemple le destinataire de la marchandise. Lorsque le droit de l'Union européenne est applicable, la clause produit ses effets à l'égard du tiers porteur du connaissement lorsque, en l'acquérant, il a succédé aux droits et obligations du chargeur en vertu du droit national applicable. Dans le cas contraire, son consentement devra être vérifié en conformité avec l'article 25 du Règlement Bruxelles I bis ou 23 du Règlement Bruxelles I (v. not. CJCE, 9 nov. 2000 préc. ; Civ. 1re et Com., 16 déc. 2008, *D.* 2009. Pan. 972, obs. H. Kenfack, *JCP* 2009. II. obs. H. Kenfack. V. récemment Colmar, 1re ch. A, 12 oct. 2016, n° 15-02.356 ; Versailles, 12e ch., 18 oct. 2016, n° 16-03.196 ; Versailles, 12e ch., 13 déc. 2016, n° 16-05.098, *D.* 2017. 1446, obs. H. Kenfack). La situation est différente lorsque le droit français est applicable, la chambre commerciale exigeant que le destinataire ait accepté la clause au plus tard au moment de la livraison de la marchandise (V. not. Com., 4 mars 2003, Bull. civ. IV., n° 33).

L'action en responsabilité doit être exercée dans le délai d'un an à compter du jour de la livraison ou du jour où elle aurait dû intervenir s'il y a perte totale (art. 5422-12 C. transp.).

En pratique, les parties au contrat sont assurées contre les divers risques.

B. – Le transport routier international

1. – Convention internationale et règlement sur les droits des passagers

Le transport routier international est régi par la **Convention de Genève du 19 mai 1956** (CMR) sur les transports de marchandises par route, entrée en vigueur en France le 12 juillet 1961. Elle a été modifiée par le protocole de Genève du 5 juillet 1978. Elle concerne à la fois le transport routier et le transport multimodal. Elle ne concerne pas la commission de transport et ne régit que les rapports entre les parties au contrat. Elle est complétée par la Convention de Genève du 30 septembre 1957 sur le transport international de marchandises dangereuses.

La Convention de Genève de 1956 est applicable lorsque le transport international et routier de marchandises effectué à titre onéreux se fait entre deux États différents dont l'un au moins est contractant à la Convention. Ses dispositions sont impératives.

Certaines conditions sont requises pour l'application de la Convention :

– le lieu de prise en charge et le lieu de livraison doivent être situés dans des États différents ;
– le moyen de transport doit être un véhicule routier (automobile, remorque) ;
– le transport doit être régi par le même titre de transport.

Dès lors que ces conditions sont réunies, la Convention s'applique même si les pays traversés ne sont pas contractants. Elle va s'appliquer à tous les transports en provenance ou à destination de la France.

Document : la formation du contrat est matérialisée par une lettre de voiture internationale. Elle n'est pas obligatoire selon la Convention qui la réglemente.

Règlement UE n° 181/2011 du 16 février 2011 concernant les droits des passagers dans le transport par autobus et autocars et modifiant le règlement CE n° 2006/2004 (*JOUE* L 55, 28 févr. 2011, p. 1).

2. – Responsabilité du transporteur routier

En principe, le transporteur routier répond de plein droit des pertes et avaries. il est tenu d'une obligation de résultat.

Toutefois, il peut s'exonérer de sa responsabilité s'il prouve que le dommage est dû à une faute de l'ayant droit (Com., 20 janv. 1998, *Bull. IV*, n° 39), à un vice propre de la

marchandise (« tare inhérente à la marchandise ») ou à des circonstances particulières « auxquelles il ne pouvait pas obvier » (pour une application de cette notion qui équivaut à la force majeure, l'imprévisibilité en moins, v. Com. 8 mars 2017, n° 15-14.200, *RJDA* 2017, n° 332). Les impératifs résultant des règles de conduite ne constituent pas de telles circonstances.

Dans certaines circonstances, la Convention pose une présomption simple d'irresponsabilité en faveur du transporteur (système des cas exceptés art. 17-4), par exemple lorsque la manutention, le chargement ou le déchargement a été effectué par l'expéditeur ou le destinataire.

Le transporteur ne peut plus se prévaloir des dispositions qui limitent sa responsabilité si le dommage provient de son dol ou d'une faute lourde qui lui est imputable et qui, d'après la loi de la juridiction saisie, est considérée comme équivalente au dol (art. 29). Des divergences existent entre les différents droits nationaux :

– le doit français opte pour une appréciation *in concreto*. La faute lourde telle que visée par l'article 29 suppose « une négligence d'une extrême gravité confinant au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur à l'accomplissement de sa mission contractuelle » (v. ch. mixte, 22 avr. 2005, *D.* 2005. Jur. 1864, note J.-P. Tosi, *ibid.* Pan. 2750, note H. Kenfack ; Com., 9 déc. 2008, n° 07-20.934 ; sur la distinction entre la faute lourde, la faute inexcusable, la fraude et l'infidélité, v. récemment Com. 13 déc. 2016, n° 15-16.27 et n° 15-19.509, Com. 12 juill. 2016, n° 14-20.906, Com. 2 nov. 2016, n° 14-19.186, *D.* 2017. 1445, obs. H. Kenfack).

– les droits anglais et allemand sont assez proches : le premier se réfère à la « faute pleinement volontaire » (*wilful misconduct*) et le second à la faute commise en pleine conscience du danger.

L'action en responsabilité est prescrite si elle n'est pas exercée dans le délai d'un an sauf cas de dol ou de faute lourde où ce délai est de trois ans (art. 32). Cette prescription est suspendue en cas de réclamation écrite et jusqu'au moment où le transporteur l'écarte en retournant les pièces qui y sont jointes (art. 32-2). Une telle réclamation doit contenir une demande d'indemnisation « concrète », c'est-à-dire qu'elle doit justifier une prise de position du transporteur (Com., 15 mai 2001, *Bull. IV*, n° 93). La suspension et l'interruption de la prescription relèvent de la loi de la juridiction saisie (art. 32-3).

S'agissant de la forclusion, la CMR opère une distinction entre les dommages apparents et les dommages non apparents :

– dommages apparents : le destinataire doit adresser des réserves au transporteur au plus tard au moment de la livraison ;

– dommages non apparents : les réserves doivent être adressées au transporteur dans un délai de 7 jours à compter de la livraison.
L'absence de réserves fait présumer (présomption simple) le bon état des marchandises (art. 30-1).

En cas de responsabilité, l'indemnité diffère selon qu'il s'agit d'un cas de perte, de retard ou d'avaries :

– perte : l'indemnité représente la valeur de la marchandise au lieu et à l'époque de la prise en charge plus le prix du transport et les autres frais liés au transport ;

– retard : l'indemnité est forfaitairement calculée en fonction du prix du transport et ne peut excéder ce prix ;

– avaries : l'indemnité est limitée à la dépréciation subie.

Dans tous les cas, elle est en principe plafonnée même si les parties peuvent modifier contractuellement le plafond de cette garantie, sans pouvoir prévoir une réparation inférieure à celle prévue par la Convention.

Tribunal compétent, la CMR comporte des dispositions relatives à la compétence des juridictions. Une articulation doit alors s'effectuer avec les Règlements Bruxelles I, Bruxelles I bis ou la Convention de Bruxelles. La Cour de justice fait prévaloir le texte spécial de la CMR sur le texte général de Bruxelles (CJCE, 28 oct. 2004, aff. C-148/03, *D.* 2005. Jur. 547, note C. Brière, Pan. 1262, obs. H. Chanteloup, Pan. 2754, obs. H. Kenfack ; *JCP E* 2005, n° 1571, obs. C. Legros ; *RTD com.* 2005. 642, obs. P. Delebecque). La CMR admet la clause attributive de juridiction sous réserve de la désignation de la juridiction d'un État contractant. En l'absence d'une telle clause, le demandeur a le choix entre les tribunaux du siège social du défendeur ou ceux du pays sur le territoire duquel est situé le lieu de prise en charge de la marchandise ou celui prévu pour la livraison, la détermination de ces tribunaux relevant des règles de compétence territoriale du droit du pays considéré (art. 31-1). En France, dans les cas où l'article 46 du Code de procédure civile ne permet pas de désigner le *for* compétent conformément à l'article 31-1 de la Convention (absence de livraison due à un vol par exemple), le demandeur peut intenter son action devant une juridiction française qui entretient un lien suffisant avec le litige et dont la saisine est conforme à la bonne administration de la justice (Com., 11 déc. 2001, *Bull. IV*, n° 199 ; Civ. 1re, 20 déc. 2000, *Bull. civ. I*, n° 342). Au sein de l'ordre national désigné par la CMR, les règles internes ne peuvent aboutir à faire échec à une telle désignation (Com., 8 janv. 2008, n° 06-15.999, *D.* 2008. AJ 289, obs. X. Delpech).

C. – Le transport ferroviaire international

Libéralisation en Europe : plusieurs directives envisagent l'ouverture du marché ferroviaire européen à la concurrence. Dans cette optique :

2003 : création d'un réseau transeuropéen de fret ferroviaire (RTEFF) qui englobe les principales grandes voies de chacun des États membres. En contrepartie d'un paiement de droit de péage au gestionnaire du réseau concerné, les marchandises ou les convois de fret des entreprises ferroviaires communautaires peuvent y circuler ;

2008 : l'ensemble des réseaux nationaux peut être emprunté par ces convois. Cette ouverture ne concerne pas les transports de voyageurs ;

2009 : le transporteur international de voyageurs est ouvert à la concurrence.

1. – Conventions internationales et règlement sur les droits des passagers

Plusieurs **conventions internationales** ont été conclues dans ce domaine avec pour objectif d'unifier le droit des transports internationaux ferroviaires. Elles ont été signées à l'initiative de la Suisse :

– La première est la Convention de Berne du 14 octobre 1890. Elle a créé à Berne un Office central des transports internationaux ferroviaires. Elle a été dénoncée par la France et suivie par d'autres ;

– Les Conventions de Rome de 1924 révisées en 1933 : l'une pour le transport international de marchandises (CIM) et l'autre pour le transport international de voyageurs et de bagages (CIV) ;

– Aujourd'hui, après plusieurs révisions, on applique en France la Convention de Berne du 9 mai 1980 relative aux transports internationaux ferroviaires, entrée en vigueur le 1er mai 1985 (COTIF) et à laquelle sont annexées la CIM et la CIV.

En principe, la Convention ne concerne que les transports par chemin de fer même si dans certains cas de transport mixte, elle peut s'appliquer. Elle régit le transport international ferroviaire de marchandises effectué en vertu d'un titre de transport unique (la lettre de voiture directe) sur des parcours empruntant les territoires d'au moins deux États contractants et sur des lignes inscrites à l'Office central des transports internationaux ferroviaires (Appendice B de la COTIF dit RU-CIM). Ainsi :
– le transport par chemin de fer doit s'effectuer sur le territoire d'au moins deux États contractants ;
– le transport doit se faire avec une lettre de voiture directe.

Document : la formation du contrat est soumise à l'établissement d'une lettre de voiture spéciale dont le défaut est sanctionné par l'inapplication de la Convention. Dans ce cas, c'est le droit national désigné par les règles de conflit qui s'applique.

Règlement CE n° 1371/2007 du 23 oct. 2007 sur les droits et obligations des voyageurs ferroviaires (*JOUE* L 315, 3 déc. 2007, p. 14).

2. – Responsabilité du transporteur ferroviaire

Les règles posées par la Convention de Berne sont assez proches de celles posées par la CMR pour les transports routiers de marchandises (v. p. XXX).

L'article 36 pose le principe d'une responsabilité de plein droit.

Les causes d'exonération sont plus spécifiques au transporteur ferroviaire (art. 36 § 1 et s.).

La Convention cite :

– la faute de l'ayant droit ;
– le vice propre de la marchandise ;
– les « circonstances que le chemin de fer ne pouvait pas éviter et conséquences desquelles il ne pouvait pas obvier ». Est visée ici la force majeure.

Elle cite également certains cas dans lesquels il y a présomption de non-responsabilité :
– lorsque l'envoi a été fait dans les circonstances considérées comme dangereuses ;
– lorsque l'expéditeur, le destinataire ou le mandataire de l'un d'eux a accompli des formalités douanières ou administratives.

Dans ces cas, l'ayant droit doit apporter la preuve que le dommage n'a pas eu pour cause un de ces faits (art. 37).

Si la cause du dommage reste inconnue, la responsabilité demeure.

Si la marchandise n'est pas arrivée à destination 30 jours après le délai maximum de livraison, elle est présumée perdue (art. 39).

En cas de responsabilité, l'indemnité varie en fonction de la perte, du retard ou de l'avarie (art. 40 à 47).

L'action en responsabilité se prescrit dans un an, sauf en cas de dol ou de faute lourde où ce délai est de 2 ans.

En dehors de quelques exceptions (notamment le dol ou la faute lourde du transporteur), l'acceptation de la marchandise sans protestation est une fin de non-recevoir de toute action contre le transporteur.

Le recours entre les chemins de fer est réglé par l'article 59 de la Convention.

La réparation est également plafonnée.

Ces règles constituent un minimum, le contrat ne pouvant prévoir une responsabilité réduite ou une diminution de l'indemnité.

D. – Le transport aérien international

1. – Convention internationale et règlement sur les droits des passagers

Le transport aérien international est régi par la Convention de Varsovie du 12 octobre 1929 modifiée par un protocole de La Haye du 28 septembre 1955 et établissant le « système de Varsovie ». Ce texte a été modifié par la Convention de Montréal du 28 mai 1999 sur l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, entrée

en vigueur en général le 4 novembre 2003 et en France le 28 juin 2004 (décret n° 2004-578 du 17 juin 2004, *JO* 22 juin 2004, p. 11205).

La **Convention de Varsovie** s'applique aux transports aériens lorsque :

– les points de départ et de destination doivent être situés sur le territoire de deux États contractants ou ;
– les points de départ et de destination sont sur le territoire d'un même État contractant, lorsqu'une escale est prévue sur le territoire d'un autre État, contractant ou non.

C'est ce régime qui sera essentiellement présenté ici en relevant toutefois les modifications apportées par le texte nouveau. Ses règles avaient été intégrées en droit français par une loi du 2 mars 1957 et le même régime s'appliquait au droit interne et international du transport aérien.

La Cour de cassation a précisé que cette Convention ne s'applique pas en cas d'appel en garantie du constructeur d'aéronefs contre le transporteur aérien (Civ. 1re, 4 mars 2015, n° 13-17.392, *D.* 2015. 622, obs. X. Delpech, et Pan. 2015. 1297, obs. H. Kenfack).

La **Convention de Montréal** (CM), également de droit matériel, régit le transport aérien de passagers, de bagages et de marchandises (à l'exclusion de colis postaux, art. 2-2 et 2-3) et a un objet identique à la Convention de Varsovie qui demeure en vigueur. Les deux textes sont appelés à coexister, l'application de l'un ou de l'autre à un transport au départ ou à destination de la France dépend des conventions en vigueur dans l'État étranger. La convention la plus récente l'emporte si les deux sont en vigueur (art. 55 de la Convention de Montréal). Si elle n'est pas en vigueur, l'ancien texte s'applique. En se limitant aux aspects de droit du commerce international, il convient de signaler que de nombreuses dispositions sont assez proches ou identiques dans les deux textes (par exemple celles relatives aux titres de transport, à la responsabilité du transporteur en cas de retard même si le texte nouveau a son propre plafond de responsabilité, ou encore à la mise en œuvre de la responsabilité du transporteur de marchandises). Le nouveau texte limite considérablement l'exonération du transporteur. Il ne concerne que les rapports entre l'expéditeur ou le destinataire et le transporteur.

La question se pose de savoir si cette nouvelle Convention va également s'appliquer aux transports internes. Une réponse affirmative devrait être apportée si on considère que le renvoi fait par l'article L. 6422-2 du Code des transports à la Convention de Varsovie et à toute convention la modifiant vise automatiquement la nouvelle Convention (v. J.-P. Tosi, « Responsabilité du transporteur aérien », *D.* 2005. Chron. 719, n° 7 ; v. toutefois appliquant la Convention de Varsovie : Com. 17 mai 2011, n° 10-17170).

Document : le contrat est conclu par une lettre de transport aérien (LTA) qui comporte les droits et obligations des parties ; ces derniers sont également envisagés par la Convention de Varsovie (art. 12 à 16).

L'absence de cette lettre n'a d'effet ni sur la validité du contrat, ni sur l'application de la Convention.

La Convention de Varsovie prévoit également que le contrat donne lieu à l'émission d'une LTA. Comme sa devancière, son absence n'a aucune conséquence ni sur la validité du contrat, ni sur l'application de la Convention. Dans les deux Conventions, le contrat est consensuel.

Règlement CE n° 261/2004 du 11 février 2004 établissant des règles communes en matière d'indemnisation et d'assistance aux passagers en cas de refus d'embarquement et d'annulation ou de retard important d'un vol (v. *D.* 2005. 2748, obs. H. Kenfack) et **Règl. CE n° 1107/2006 du 5 juillet 2006** concernant les droits des personnes handicapées et des personnes à mobilité réduite lorsqu'elles font des voyages aériens (*JOUE* L 204, 26 juill. 2006, p, 1). Dans son interprétation de ces textes, surtout du premier d'entre eux, la CJUE a considérablement renforcé les droits des passagers dans la mouvance de la jurisprudence *Sturgeon* assimilant un retard important à une annulation (CJCE, 19 nov. 2009, aff. C-402/07, *D.* 2010. 1461, note G. Poissonnier et P. Osseland et 2011. 1445, obs. H. Kenfack).

Plusieurs arrêts récents continuent inlassablement ce renforcement. En premier lieu, elle interprète largement le texte en décidant que « l'heure d'arrivée, utilisée pour déterminer l'ampleur du retard subi par les passagers d'un vol, désigne le moment où au moins l'une des portes de l'avion s'ouvre, étant entendu que, à cet instant, les passagers sont autorisés à quitter l'appareil » (CJUE, 4 sept. 2014, aff. C-452/13, *Germanwings*, *D.* 2015. 1300, obs. H. Kenfack). Est ainsi exclu le moment de l'atterrissage de l'avion ou celui de son stationnement, ce qui est très favorable au passager (dans le même sens, Civ. 1re, 15 janv. 2015, n° 13-25.351, *D.* 2015. 1300, obs. H. Kenfack). En deuxième lieu, la CJUE interprète très restrictivement l'unique possibilité pour les compagnies aériennes d'échapper à ce droit à indemnisation automatique en établissant l'existence de « circonstances extraordinaires qui n'auraient pas pu être évitées même si toutes les mesures raisonnables avaient été prises ». Elle décide d'en exclure « un événement tel que le choc d'un escalier mobile d'embarquement d'un aéroport » (CJUE, Ord. 14 nov. 2014, aff. C-394/14, *D.* 2014. 2404 et Pan 1301, obs. H. Kenfack) ou même « le fait de problèmes techniques dus à la défectuosité de la pompe à carburant et de l'unité hydromécanique de l'avion » (CJUE 17 sept. 2015, aff. C-257/14, *Van der Lans*, *D.* 2015, 1893, obs. T. Douville, 1403, obs. H. Kenfack). En troisième lieu, elle entérine et conforte le droit à indemnisation par une extension du champ d'application du texte, à propos d'un important retard des vols avec correspondance au départ d'un aéroport situé sur le territoire d'un État tiers en appliquant à ce dernier le règlement 261/2004 (CJUE 11 mai 2017, aff. C-302/16, *D.* 2017. 1447, obs. H. Kenfack). Enfin, ce vent de faveur qui souffle sur les passagers ne doit cependant pas être exagéré, la Cour de justice décidant qu'une escale n'est pas une annulation (CJUE, 5 oct. 2016, aff. C-32/16, *Wunderlich*). De même, les impératifs de sécurité peuvent limiter ce vent de faveur comme l'illustrent des arrêts. Le premier est rendu par la Cour de cassation et décide que le foudroiement d'un avion sur la piste d'un aéroport peut être qualifié de circonstance extraordinaire (Civ. 1re, 12 sept. 2018, n° 17-11.361, *D.* 2018. 2117, avis av. gén. J.-P. Sudre, note P. Dupont et G. Poissonnier, *D.* 2019, à paraître, obs. H. Kenfack). Le second est rendu par la CJUE qui qualifie comme telle l'endommagement d'un pneu d'un aéronef par une vis se trouvant sur la piste de décollage et d'atterrissage (CJUE 4 avr. 2019, aff. C-501-17, *Germanwings c/ P*, *D.* 2019, à paraître, obs. H. Kenfack).

2. – Responsabilité du transporteur aérien

Ce régime de responsabilité prévue par la Convention de Varsovie est commun aux transports internes et internationaux. Il est impératif.

En principe, d'après l'article 18, le transporteur est responsable du dommage :

– survenu en cas de destruction, perte ou avarie à condition que l'événement causal soit intervenu pendant le transport aérien, c'est-à-dire pendant toute la période où la marchandise se trouve sous la garde du transporteur, par exemple à bord de l'avion ou même pendant un transport terrestre effectué accessoirement au transport aérien, en vue du chargement ou de la livraison (v. Com., 17 oct. 2000, *Bull. IV*, n° 158) ;

– résultant d'un retard dans le transport. Cette responsabilité est conditionnée par l'exigence de prévisibilité du dommage (Civ. 1re, 2 avr. 2014, n° 13-16.038, *D.* 2014. 1755, note C. Paulin et Pan 2014. 2277, obs. H. Kenfack).

Cette responsabilité est fondée sur une présomption de faute.

Toutefois, la responsabilité peut être atténuée ou même exclue dans certains cas (notamment la faute de la victime) et elle est exclue si le transporteur apporte la preuve que lui et ses préposés ont pris toutes les mesures nécessaires pour éviter le dommage ou alors qu'il n'était pas possible de les prendre (art. 20).

L'action en responsabilité est encadrée par la Convention :

– compétence territoriale (art. 28) : le demandeur a le choix entre le tribunal du siège du domicile du transporteur, celui du lieu où le transporteur possède un établissement par le soin duquel le contrat a été conclu ou même celui du lieu de destination des marchandises ;

– fin de non-recevoir (art. 26). En principe, la réception des marchandises par le destinataire sans protestation fait présumer (présomption simple), qu'elles ont été reçues en bon état et conformément au titre de transport. À défaut de protestation dans les délais prévus par la Convention, toutes les actions dirigées contre le transporteur sont irrecevables, sauf dans certains cas particuliers, par exemple la fraude du transporteur ;
– prescription (art. 29) : elle est de deux ans à compter de l'arrivée à destination des marchandises.

En cas de responsabilité, l'indemnité due par le transporteur est limitée (16,5837 DTS par kg), sauf en cas de dol ou faute équivalente au dol du transporteur ou de ses préposés (art. 25) ou faute inexcusable (c'est la faute délibérée qui implique la conscience de la probabilité du dommage et son acceptation téméraire sans raison valable) (art. 23). Son appréciation est objective.

La responsabilité du transporteur ne peut être ni réduite ni écartée par des clauses, sauf en ce qui concerne les pertes et avaries consécutives à un vice de la chose transportée (art. 23-2). Elle peut être aggravée.

La Convention de Montréal apporte quelques innovations :

– Elle prévoit une responsabilité objective. La responsabilité du transporteur est engagée de plein droit en cas de dommage causé à la marchandise (Com. 30 juin 2015, n° 14-15.984). Désormais, la compagnie aérienne ne peut plus s'exonérer en prouvant que le dommage provient d'un événement qui ne lui est pas imputable, excepté en cas de retard. Elle ne peut le faire qu'en établissant que le dommage résulte de l'un ou plusieurs des faits relevant notamment de la nature ou du vice propre de la marchandise (le nouveau texte exclut dans ce cas les clauses d'exonération de responsabilité), l'emballage défectueux de la marchandise par une autre personne que le transporteur, ses préposés ou mandataires, un acte de l'autorité publique accompli en rapport avec l'entrée, la sortie ou le transit de la marchandise, ou la faute de la personne lésée (art. 20).

– Comme sa devancière, elle limite la réparation du transporteur à la faible somme de 17 DTS par kilogramme sauf déclaration spéciale d'intérêt à la livraison faite par l'expéditeur au moment de la remise du colis au transporteur et sous condition le cas échéant du paiement d'une somme supplémentaire. Contrairement à sa devancière, la Convention de Montréal ne prévoit pas le déplafonnement de la limitation en cas de faute intentionnelle ou de faute inexcusable du transporteur (Com. 30 juin 2015, n° 13-28.846), ce qui est surprenant sauf à considérer que l'objectif est d'éviter les discussions sur la faute inexcusable et de permettre une rapide réparation. La faute inexcusable est définie comme celle impliquant objectivement la conscience de la probabilité du dommage et son acceptation téméraire (Civ. 1re, 2 oct. 2007, 2 arrêts, *Bull. civ. I*, n° 317 et 318).

– Enfin, s'agissant des règles de compétence relatives à l'action en responsabilité contre le transporteur, le demandeur a le choix entre la juridiction du domicile du transporteur, celle du lieu de conclusion du contrat ou celle du lieu de destination des marchandises.

Les clauses attributives de compétence sont prohibées alors que les clauses compromissoires sont valables si elles sont stipulées par écrit (art. 32). Le nouveau texte est d'ailleurs plus explicite sur l'arbitrage que l'ancien.

S'agissant du transport international de voyageurs, dans un arrêt récent, la Cour de cassation a précisé que « l'option de compétence ouverte au demandeur par les articles 33-1 et 46 de la Convention de Montréal s'opposent à ce que le litige soit tranché par une juridiction également compétente, autre que celle qu'il a choisie ; En effet, cette option, qui a été assortie d'une liste limitative de fors compétents afin de concilier les intérêts en présence, implique, pour satisfaire aux objectifs de prévisibilité, de sécurité et d'uniformisation poursuivis par la Convention de Montréal, que le demandeur dispose, et lui seul, du choix de décider devant quelle juridiction le litige sera effectivement tranché, sans que lui soit opposée une règle de procédure interne aboutissant à contrarier le choix impératif de celui-ci » (Civ. 1re, 7 déc. 2011, n° 10-30919, *D.* 2012. Pan. 1443, note H. K).

D. – Le transport multimodal international

Aujourd'hui, le transport est généralement multimodal. En dehors des transports routiers internationaux continentaux, les marchandises sont souvent acheminées par plusieurs modes de transport : maritime, terrestre, ou ferroviaire. La généralisation de l'emploi de conteneurs privilégie cette pratique. Des transports différents s'enchaînent et par

conséquent des règles différentes, avec toutes les difficultés que cela entraîne. Le plus simple est de prévoir un régime unique pour le transport multimodal.

C'est l'objectif poursuivi par la Convention de Genève du 24 mai 1980 sur le transport multimodal international qui n'est pas encore ratifiée. Elle s'appliquerait dès lors que le transporteur multimodal est établi dans un État contractant et qu'il a recours à au moins deux types de transport différents. Avant celle-ci, d'autres conventions avaient déjà essayé d'atteindre cet objectif, notamment la CMR qui s'applique au transport multimodal comportant une phase routière s'il n'y a pas rupture de charge. Encore faut-il que les conditions d'application de la CMR soient réunies et que le transport commence par un rapport routier effectué par le transporteur multimodal, peu important les autres modes de transport. La Convention de Varsovie prévoit que « dans le cas de transports combinés effectués en partie par air et en partie par tout autre moyen de transport, les stipulations de la présente Convention ne s'appliquent qu'au transport aérien et si celui-ci répond aux conditions de l'article 1er » (art. 31-1). Elle ajoute que « rien dans la présente Convention n'empêche les parties, dans le cas de transports combinés, d'insérer dans le titre de transport aérien des conditions relatives à d'autres transports, à condition que les stipulations de la présente Convention soient respectées en ce qui concerne le transport par air » (art. 31-2). La Convention de Montréal maintient ces dispositions même si elle parle de transport intermodal. Enfin, la CNUCED et la CCI ont proposé un document type relatif aux transports maritimes multimodaux ayant un caractère purement contractuel.

II. – L'assurance internationale

• L'assurance joue un rôle fondamental dans le commerce international car les risques sont accrus par rapport à une opération purement domestique. Ces risques sont divers et variés et concernent les opérations à l'exportation et à l'importation.

• La COFACE joue dans ce domaine un rôle important, soit toute seule lorsqu'il s'agit de risques « particuliers » de l'internationalisation soit en concurrence avec d'autres assureurs purement privés en cas de risques « ordinaires » ou courants du commerce international.

• Aujourd'hui, Bpifrance assure au nom, pour le compte et sous le contrôle de l'État l'activité export.

• Les contrats d'assurance sont des contrats de droit privé. Ils relèvent des règles générales de droit international privé et couvrent des risques variés.

A. – Juridiction compétente et loi applicable

1. – Juridiction compétente

En cas d'application du Règlement Bruxelles I bis précité, les articles 10 à 16 (art. 8 à 15 Bruxelles I) contenus dans la section 3 permettent essentiellement de déterminer le tribunal compétent. Ils sont complétés par les règles des articles 6 et 7-5. Ces règles spéciales sont inspirées par le souci de protection de la partie faible.

a – Actions contre l'assuré

Le preneur d'assurance, assuré ou bénéficiaire, doit en principe être attrait devant les tribunaux de l'État membre de son domicile (art. 14 Bruxelles I bis et 12 Bruxelles I).

b – Actions contre l'assureur

Une distinction doit être effectuée selon que l'assureur est domicilié ou non sur le territoire d'un État membre :

α – L'assureur est domicilié sur le territoire d'un État membre

Le preneur d'assurance, l'assuré et le bénéficiaire de l'assurance ont une option entre le tribunal du domicile de l'assureur et leur propre tribunal. Ils bénéficient alors du *forum actoris* (art. 11-1 Bruxelles I bis et 9-1 Bruxelles I). L'article 7-5 Bruxelles I bis est également applicable.

Les articles 12 et 13 Bruxelles I bis (10 et 11 Bruxelles I) offrent une autre possibilité à l'assuré dans certains types d'assurances : l'assureur peut, selon le cas, être attrait devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit (assurance de responsabilité ou assurance d'immeuble par exemple) ou être appelé devant le tribunal saisi de l'action de la personne lésée contre l'assuré si la loi du tribunal le permet (assurance de responsabilité).

β – L'assureur n'est pas domicilié sur le territoire d'un État membre

Dans ce cas, si l'assureur possède dans un État membre une succursale, une agence ou tout autre établissement, l'article 9-2 permet de le considérer comme ayant son domicile dans cet État pour toutes les contestations relatives à leur exploitation.

c – Limitation de validité des clauses attributives de juridiction

Pour protéger la partie faible, l'article 15 Bruxelles I bis (13 Bruxelles I) limite considérablement les clauses attributives de juridiction. Elles doivent notamment intervenir après la naissance du litige ou même donner d'autres possibilités au preneur d'assurance, à l'assuré ou au bénéficiaire de saisir d'autres tribunaux. Seules certaines clauses sont autorisées. Dans un arrêt, la Cour d'appel de Poitiers a décidé que la clause attributive de compétence incluse dans le contrat d'assurance de responsabilité est inopposable à la victime tiers au contrat d'assurance qui n'a pas expressément accepté cette clause (Poitiers, 7 nov. 2014, n° 14/00944, *Navire Anna*, *D.* 2015. Pan. 1298, obs. H. Kenfack, *DMF* 2015 124, obs. Ph. Delebecque).

2. – Loi applicable

La prestation caractéristique du contrat étant celle de l'assureur, en application de la Convention de Rome, la loi applicable au contrat international d'assurance sera, en l'absence de choix effectué par les parties, la loi du lieu d'établissement de l'assureur.

Des règles plus élaborées sont désormais prévues par l'article 7 du Règlement Rome I qui effectue une distinction entre les contrats d'assurance en fonction du risque couvert.

Application possible des lois de police.

B. – Les risques couverts

Ces risques sont variés et entraînent des assurances diverses. Ces dernières sont essentiellement proposées depuis le mois de janvier 2017 par Bpifrance. Seuls les principaux risques seront présentés, privilégiant les assurances proposées par Bpifrance.

1. – L'assurance prospection

La prospection des marchés étrangers entraîne une série de dépenses qui, même en cas de succès, s'amortissent progressivement en fonction des commandes. L'assurance prospection a pour objectif de prendre en charge la partie des frais de prospection qui n'ont pas été amortis par un niveau suffisant de vente dans la zone garantie. Elle s'adresse aux entreprises françaises, industrielles, commerciales ou de services dont le chiffre d'affaires global n'excède pas un certain chiffre d'affaires.

Elle concerne tous les frais de prospection (déplacements à l'étranger, publicité, site Internet, frais de conseils juridiques, participation à des manifestations professionnelles à caractère international, adaptation de produits…) et couvre tous les pays étrangers.

Une avance sur indemnité est possible pour aider à préfinancer la prospection.

La garantie peut aller jusqu'à 30 000 €.

L'indemnité n'est remboursée que si la prospection est un succès.

2. – L'assurance crédit

L'assurance crédit couvre les risques encourus au titre de l'exécution du contrat ou de son paiement. Il peut s'agir de :

– la garantie des contrats commerciaux ;
– la garantie des biens immatériels ;
– la garantie des prestations de service ;
– la garantie des cautions.

3. – L'assurance change contrat

L'assurance change contrat est réservée aux contrats ponctuels d'un certain montant. Elle permet de figer un cours de change avant la signature du contrat commercial.

4. – L'assurance investissement

Elle concerne toute entreprise française (y compris les banques) qui réalise à l'étranger un investissement direct.

Elle couvre les investissements réalisés à l'étranger contre certains risques notamment les risques politiques.

Il s'agit d'une assurance irrévocable et à taux fixe pour des durées pouvant aller jusqu'à 20 ans.

SOUS-SECTION 4 LES AUTRES CONTRATS DU COMMERCE INTERNATIONAL

I. – Les contrats de financement et de garantie

À titre préliminaire, il convient d'évoquer ici les contrats relatifs au paiement international qui font surtout intervenir les banques. En tant que monnaie de paiement, la monnaie est déterminée par la loi du lieu de paiement. En France par exemple, en application de la règle du cours légal, seul l'euro a une valeur libératoire. Quant à la monnaie de compte, il faut se reporter à la loi du contrat pour savoir à quelle monnaie les parties ont entendu se référer. Très tôt, la jurisprudence française a admis la possibilité pour les parties à un contrat international de choisir une monnaie étrangère (Civ. 21 juin 1950 préc.). Le droit du paiement international emprunte largement au droit interne et les instruments de paiement utilisés sont la lettre de change, le chèque, les virements, ou même toutes les techniques de droit interne appliquées aux opérations du commerce international. Malgré des tentatives d'unification concernant notamment la lettre de change (Conventions de Genève du 7 juin 1930 dont la première est relative à un règlement uniforme du droit de la lettre de change, la deuxième au règlement des conflits de lois et la troisième sur le timbre), le chèque (trois conventions de Genève du 11 mars 1931 calquées s'agissant de l'objet sur les précédentes), il existe de grandes différences entre les droits internes, ce qui ne favorise pas ces instruments de paiement dans le commerce international.

En outre, les sûretés ont également une place importante dans le commerce international. Les sûretés traditionnelles du droit interne peuvent être utilisées, notamment les sûretés réelles comme l'hypothèque ou encore le gage ou des sûretés personnelles comme le cautionnement. Ici encore les systèmes ne sont pas unifiés, ce qui oblige à raisonner en termes de conflits de lois. La loi compétente en matière de sûreté réelle se détermine, lorsqu'on apprécie les conditions d'existence de la sûreté, en distinguant le droit réel de sa source. Le droit réel est régi par la lex rei sitae. La cause de la sûreté est régie soit par la lex contractus si sa source est contractuelle, soit s'il s'agit d'un jugement par la lex fori, soit enfin par la loi gouvernant le rapport juridique auquel la sûreté est légalement attachée si la sûreté a une origine légale. Sur les effets de la sûreté, c'est la lex rei sitae qui est compétente. Les sûretés personnelles, plus spécialement le cautionnement, obéissent à un régime différent. Le contrat conclu entre la caution et le créancier est soumis à sa propre loi si les parties ont effectué un choix de la loi applicable. Sinon, il peut être régi par la loi de l'obligation qu'il garantit, même si cette solution a été remise en cause par la Convention de Rome qui est en faveur de la loi de résidence du débiteur de la prestation caractéristique ou par le Règlement Rome I. Si le cautionnement est donné par une banque, la compétence de la loi de la banque paraît la plus appropriée.

Cette absence d'unification et leur relative efficacité les fragilisent et les opérateurs du commerce international préféreront des figures moins marquées par des droits nationaux et plus efficaces.

D'autres voies sont par conséquent fréquemment utilisées.

A.– Les principaux contrats de financement et de garantie

Il s'agit du crédit documentaire et de la garantie à première demande. Ils sont souvent l'œuvre d'une banque. Il s'agit essentiellement contrats bancaires internationaux.

1. – Juridiction compétente et loi applicable

a – Juridiction compétente

Les clauses attributives de compétence et les clauses compromissoires sont *a priori* valables.

À défaut de telles clauses, d'après le Règlement de Bruxelles I bis (préc.), le demandeur a le choix entre les articles 4 et 7-1. En application de ce dernier article, la jurisprudence a décidé que le tribunal compétent pour mettre en œuvre une garantie autonome est le tribunal du lieu où se réalise la remise de fonds par le banquier ayant accordé la garantie (Poitiers, 11 mars 1992, *Bull. Joly* 1993, p. 779, obs. Ph. Delebecque). La situation peut toutefois être plus complexe et dépendre des rapports en cause.

b – Loi applicable

En dehors des cas d'application du droit commun jurisprudentiel et des codifications privées, par exemple les « règles et usances uniformes CCI relatives aux crédits documentaires », ces contrats vont relever de la Convention de Rome du 19 juin 1980 et du Règlement Rome I (v. *supra*).

Convention de Rome. Son application a pour résultat, en principe, la compétence de la loi de la banque soit en raison de la volonté des parties (art. 3-1, Com., 25 janv. 2000, *Banque et droit*, 2000, p. 44, obs. Prum), soit en raison de la localisation objective du contrat (art. 4). C'est en effet la banque qui fournit la prestation caractéristique du contrat. Un jugement a décidé que la loi régissant les relations entre le donneur d'ordres et le garant est la loi de résidence de ce dernier (TGI, Paris, 26 janv. 1983, *D.* 1983. IR. 297, obs. M. Vasseur). En application de la Convention de Rome, la loi française sera applicable si la banque a son siège social en France (v. récemment, en matière cette fois de cautionnement, Civ. 1re, 16 sept. 2015, n° 14-10.373). Plusieurs difficultés peuvent se présenter :

1. Une banque française a des filiales ou des succursales à l'étranger.
L'article 4 de la Convention de Rome donne en principe compétence à la loi du pays où la personne morale a son administration centrale. Il précise que si « le contrat est conclu dans l'exercice de l'activité professionnelle de cette partie, ce pays est celui où est situé

son principal établissement ou, si, selon le contrat, la prestation doit être fournie par un établissement autre que l'établissement principal, celui où est situé cet autre établissement ». Par conséquent, la loi de la banque peut aussi être la loi du pays où la filiale ou la succursale est installée.

2. Plusieurs banques interviennent pour la même opération.

En l'absence de choix effectué par les parties, il convient d'écarter la présomption de l'article 4 et rechercher quelle loi présente les liens les plus étroits avec le contrat. La question ne semble pas avoir été définitivement tranchée et elle peut dépendre de la nature de l'intervention de la banque. Dans un crédit documentaire simplement notifié (v. *infra*), la loi de la banque émettrice sera applicable dans ses rapports avec le bénéficiaire. Dans les rapports des banques entre elles, si on admet qu'ils sont fondés sur un mandat, ils devraient relever de la loi de la banque notificatrice (banque intermédiaire) en application de la Convention de La Haye (v. *infra*). En cas de crédit documentaire confirmé, la situation est encore plus complexe en tenant compte de la multiplicité des rapports juridiques qui se sont noués et qui sont tous indépendants les uns des autres et non moins indépendants par rapport au contrat de base. Dans les rapports entre banques confirmatrices, la loi de l'établissement tenu au paiement, celui qui rembourse, devrait être applicable (T. com. Paris, 30 sept. 1992, *D.* 1994. Somm. 24, obs. M. Vasseur). Cette loi peut être distincte de la loi du lieu du paiement, ce dernier pouvant être accidentel.

En cas de garantie à première demande, dans les rapports entre la banque contre garante et la banque garante, la loi applicable devrait être celle de la première.

Règlement Rome I. Sans viser expressément les principaux contrats de financement et de garantie, ce règlement les englobe dans la grande catégorie des contrats de prestation de service pour lesquels il opère un rattachement principal à la loi du pays dans lequel le prestataire de services a sa résidence habituelle. Les solutions exposées dans le cadre de la Convention de Rome devraient demeurer, avec les mêmes difficultés.

La loi de la banque régira les principales questions relatives au contrat. Elle peut être exclue :

– dans les contrats conclus par les consommateurs ;

– en cas d'application des lois de police.

2. – Le crédit documentaire

a – Présentation

Issu de la pratique commerciale internationale et considéré comme une des plus belles réussites du commerce international dans le domaine bancaire, le crédit documentaire a une double fonction :

– c'est un moyen de paiement facilitant l'exécution d'une vente internationale ;

– c'est un moyen de « garantie » car le banquier ne se dessaisit de fonds que contre remise de certains documents. Il a une fonction de sécurité.

Il est soumis pour l'essentiel aux « règles et usances uniformes CCI relatives aux crédits documentaires » (RUU) entrées en vigueur dans leur dernière version le 1er juillet 2007, incluant d'ailleurs le supplément électronique à ces règles qui avait été adopté par la CCI et était entré en vigueur en 2002 (Publication CCI n° 600-2007). Il s'agit de la 6e révision

des RUU depuis leur première publication en 1933. La précédente était en vigueur le 1er juillet 1994 (Publication CCI 500-1993). La nouvelle version des RUU comporte des définitions plus précises notamment sur le rôle de la banque émettrice, confirmatrice ou désignée. Toute comparaison article par article étant impossible, on maintiendra les articles de la version de 1994 tout en relevant quelques points de la nouvelle version. Les RUU s'appliquent par convention des parties (expresse ou implicite). Elles ont même aujourd'hui une valeur d'usage ou de coutume. Dans de nombreux arrêts, la Cour de cassation vise conjointement des articles du Code civil et des RUU (Com., 14 oct. 1981, *Bull. civ. IV*, n° 357, *D.* 1982. 301, obs. M. Vasseur ; Com., 7 oct. 1987, *Bull. civ. IV*, n° 159, *D.* 1988. Jur. 265, obs. M. Vasseur ; Com., 5 nov. 1991, *Bull. civ. IV*, n° 328, *D.* 1991. Somm. 303, obs. M. Vasseur).

Il ressort de ces règles que le crédit documentaire est une opération par laquelle une banque (la banque émettrice ou apéritrice), agissant à la demande et sur instruction d'un client-acheteur (le donneur d'ordres ou l'ordonnateur), accepte d'effectuer un paiement à un tiers-vendeur (le bénéficiaire) ou autorise une autre banque à effectuer ledit paiement (la banque intermédiaire), contre remise de documents constatant la bonne exécution d'une vente.

Plusieurs modalités existent :

α – Crédit révocable et crédit irrévocable

Le crédit révocable ne comporte pas d'engagement de la banque émettrice au profit du vendeur. Elle peut donc révoquer le crédit documentaire et ce dernier n'offre pas une véritable garantie au bénéficiaire. Une telle révocation n'est toutefois possible qu'autant que la réalisation du crédit, c'est-à-dire le paiement par la banque, n'est pas encore intervenue (art. 8-b i RUU).

Le crédit irrévocable comporte un engagement direct de la banque au profit du vendeur en cas d'exécution de ses obligations. D'après les RUU, c'est le principe. L'article 3 des RUU 600 prévoit d'ailleurs qu'un crédit est irrévocable même s'il n'y a aucune indication à cet effet.

β – Crédit confirmé et crédit notifié

Lorsqu'une banque située dans le pays du vendeur (banque intermédiaire) s'engage aux côtés de la banque émettrice, le crédit est qualifié de « confirmé ». Les RUU définissent la confirmation comme « un engagement ferme de la banque confirmatrice s'ajoutant à celui de la banque émettrice » (art. 9-b). Seuls les crédits irrévocables peuvent l'être.

Il est simplement notifié en l'absence d'un tel engagement.

γ – Crédit « à vue » ou « documents contre paiement » et crédit « différé »

Lorsque le crédit est réalisable par « paiement à vue », le banquier paie immédiatement dès la remise des documents et leur vérification, tous les modes de paiement étant possibles.

En cas de paiement différé, la banque s'engage à effectuer le paiement à une date ultérieure fixée dans la lettre de crédit. Le crédit documentaire par paiement différé s'exécute au moment du paiement (Com., 7 avr. 1987, *Bull. civ. IV*, n° 84), même si la banque peut, à ses risques et périls, anticiper le paiement. Cette question a fait l'objet d'une discussion dans la perspective de la nouvelle rédaction des RUU 600. En effet, selon la jurisprudence française, une banque confirmatrice française ne peut obtenir le remboursement d'une avance consentie dans le cadre d'un crédit documentaire à paiement différé lorsque la fraude est invoquée entre l'avance des fonds et la date de réalisation effective du crédit documentaire. Selon les RUU 600, la banque émettrice pourrait autoriser une autre banque à consentir une telle avance. Est-ce que cette rédaction va changer la pratique de la jurisprudence française ? Le doute est permis.

δ – Crédit « par acceptation » et crédit par négociation

Dans les deux cas, la banque accepte une lettre de change émise par le bénéficiaire. Une sécurité supplémentaire est présente ici avec l'acceptation de la lettre de change par une banque car le bénéficiaire dispose d'un engagement cambiaire.

Dans le crédit « par acceptation », le bénéficiaire peut remettre cette lettre de change à l'escompte d'une autre banque. Cet escompte est étranger à la réalisation du crédit documentaire.

Au contraire, dans le crédit par négociation, l'escompte n'est pas extérieur au crédit documentaire, mais constitue le mode de réalisation.

La Cour de cassation décide que le crédit documentaire par acceptation est réalisé par le paiement de la lettre de change (Com., 11 oct. 2005, n° 04-11.663, *Bull. IV*, n° 205) alors que le crédit documentaire par négociation s'exécute lors de l'escompte de la traite (Com., 23 oct. 1991, *Bull. civ. IV*, n° 242).

ε – Crédit avec « clause rouge »

Dans ces cas, la banque accepte de verser au bénéficiaire une somme d'argent de façon anticipée, avant d'avoir reçu les documents définitifs. Le banquier accorde ainsi une sorte de préfinancement au vendeur qui reçoit de l'argent alors même qu'il n'a ni expédié les marchandises ni présenté les documents.

Quelles que soient les modalités, les documents ont une importance considérable dans le crédit documentaire. En effet, c'est leur remise qui permet en même temps la réalisation du crédit et le paiement du prix dans la vente. Tout le mécanisme repose sur les documents et les parties doivent les choisir avec minutie en n'oubliant pas d'en déterminer la langue. Les documents les plus divers peuvent être envisagés notamment :

Les factures

De nombreux crédits documentaires exigent la présentation des factures commerciales et les RUU apportent des précisions sur les mentions que ces factures doivent revêtir pour être acceptées par la banque qui procède à leur vérification (art. 37). Elles doivent

notamment « présenter l'apparence d'être émises par le bénéficiaire », « être établies au nom du donneur d'ordres », sauf si le crédit est transférable, comporter une désignation des marchandises qui corresponde à celle donnée dans le crédit et prévoir le montant du prix du contrat commercial.

Les documents de transport

Ils ont déjà été évoqués. Les crédits documentaires vont souvent exiger la présentation des connaissements maritimes, des lettres de transport maritime, des lettres de transport aérien, des lettres de voiture ferroviaire, les documents de transport par voie postale ou par courrier exprès.

Ici aussi, les RUU apportent des précisions en indiquant notamment que ces documents doivent mentionner le nom du transporteur, de l'agent de transport multimodal, une signature ou une authentification émanant du transporteur ou d'un mandataire (art. 23 et s.).

Les documents d'assurance

En raison de l'éloignement physique des parties, les donneurs d'ordres exigent très souvent la présentation de documents montrant que les marchandises sont assurées.

– Les documents douaniers (certificats d'origine, factures douanières)

– D'autres documents relatifs aux marchandises, notamment les documents d'analyse, les certificats de pesage ou d'aréage, les certificats sanitaires ou les certificats d'origine.

Enfin, comme cela a été évoqué, ces documents peuvent être dématérialisés.

Pour faciliter le règlement des litiges relatifs au crédit documentaire, la CCI a élaboré un règlement d'expertise pour la résolution des différends en matière d'instruments documentaires ou en anglais *Documentary Credit Dispute Expertise Rule* (DOCDEX) en vigueur depuis le 1er octobre 1997 ; une nouvelle version avec une portée plus large était en vigueur depuis le 15 mars 2002, une version plus récente est en vigueur depuis le 1er mai 2015 avec de nouvelles innovations. Il s'agit d'un mécanisme non contraignant. D'après ses règles, des experts statuent rapidement (30 jours au maximum à compter de la demande) et son coût ne serait pas très élevé. Leur décision n'est qu'un avis d'expert et non une sentence arbitrale. Elle participe aux modes alternatifs de règlement des litiges. Ce mécanisme est réglé par le service DOCDEX de la CCI. En revanche, conduisent à un véritable arbitrage les règles élaborées par un autre organisme : l'*International Center for Letter of Credit Arbitration* (ICLOCA). Elles sont calquées sur celles de la CNUDCI relatives à l'arbitrage international.

2. – Mécanisme

a – Les parties au crédit documentaire

Cette opération fait intervenir au moins trois parties et généralement quatre :

le bénéficiaire du crédit documentaire : Il s'agit du vendeur exportateur qui recherche une garantie de paiement de la marchandise livrée ;

le donneur d'ordre (ou ordonnateur) : il s'agit de l'acheteur importateur qui doit payer le prix des marchandises si le contrat est bien exécuté ;

la banque de l'acheteur importateur (banque émettrice) : située dans le pays de l'acheteur, elle reçoit l'ordre de ce dernier d'ouvrir un crédit documentaire dans des conditions précisées par une demande d'ouverture d'un tel crédit. Elle émet alors une lettre de crédit appelée accréditif, et destinée au bénéficiaire du crédit documentaire, le vendeur ;

la banque du vendeur exportateur : Elle est située dans le pays du vendeur. Pour des raisons principalement de confiance (le vendeur ne connaît pas le banquier de l'acheteur) et accessoirement de facilité matérielle (présentation des documents à la banque), le vendeur préfère une banque de son pays, généralement sa propre banque, qui intervient dès le stade de la notification de l'accréditif.

S'il s'agit d'un contrat de vente soumis à la Convention de Vienne, l'absence d'ouverture d'un crédit documentaire peut être considérée comme une « contravention essentielle ».

Schéma du crédit documentaire

1 – Contrat de base
2 – Demande d'ouverture du crédit documentaire
3 – Lettre de crédit notifiée

1 – Contrat de base
2 – Demande d'ouverture du crédit
3 – Lettre de crédit et demande de notification du crédit
4 – Notification de la lettre de crédit.

b – La mise en œuvre

La convention acheteur-vendeur (le contrat de base) :

– elle est à l'origine du crédit documentaire. Ce dernier peut être un élément essentiel du contrat de base ;
– elle définit les principales caractéristiques du crédit documentaire exigé par le vendeur et notamment la date d'émission du crédit, sa nature (révocable ou non), sa durée de validité ou encore les documents à présenter.

La convention acheteur-banque émettrice :

– elle est également à la base du crédit documentaire et reprend les principales caractéristiques du crédit contenues dans le contrat de base ;
– elle détermine les obligations de l'acheteur-donneur d'ordre et celles du banquier ;
– elle est qualifiée d'ouverture de crédit.

La lettre de crédit (ou accréditif) :
– le banquier émet une lettre de crédit en faveur du bénéficiaire. Il ne peut avoir de crédit documentaire sans accréditif (Com., 18 nov. 1997, *Bull. civ. IV*, n° 292) ;
– elle comporte les droits du bénéficiaire et doit préciser clairement si le crédit est révocable ou non. À défaut de précision, le crédit est considéré comme irrévocable (art. 6-c RUU).

Dans un tel cas, la banque prend un engagement ferme à l'égard du bénéficiaire. Cet engagement donne au bénéficiaire un droit direct et indépendant à l'encontre de la banque émettrice. Cette indépendance se manifeste doublement :

– à l'égard de la convention entre le donneur d'ordre et la banque émettrice et ;
– à l'égard du contrat de base conclu entre l'acheteur et le vendeur.

Le principe de l'inopposabilité des exceptions s'applique ici.

La fraude à laquelle a participé le bénéficiaire est une exception à ce principe. Cette fraude peut porter sur la mise en place ou l'exécution du crédit documentaire, celle relative à l'exécution du contrat financé par le crédit documentaire est inopérante. Il peut s'agir de la fraude relative aux documents eux-mêmes. Il y a fraude lorsque les documents mentionnent faussement la livraison d'une quantité de marchandises supérieure à celle réellement expédiée (Com., 7 avr. 1987, *D.* 1987. 399) ou lorsqu'un document requis est un faux ou lorsque le document de transport comporte une date d'expédition inexacte alors que la véritable date est postérieure à l'expiration du crédit (Agen, 27 juin 1988, *D.* 1990. Somm. 179) ou enfin lorsque le document présenté atteste de la vente d'un navire dont le bénéficiaire n'est pas propriétaire (Versailles, 19 déc. 2002, *RJDA*, 2003, n° 428).

Seule la fraude découverte avant l'exécution du crédit documentaire peut empêcher son paiement par la banque, ce qui donne une certaine importance à cette date (Com., 11 oct. 2005 préc. décidant que dans un crédit documentaire par acceptation, en cas de fraude découverte avant le règlement, le banquier acceptant au titre de crédit documentaire peut refuser le paiement en dehors du cas où celui-ci est demandé par un tiers porteur de bonne foi non partie au crédit, en application de la règle de l'inopposabilité des exceptions issue du droit cambiaire).

En cas de fraude, le donneur d'ordre a la possibilité de saisir le juge des référés afin que ce dernier puisse faire obstacle à l'exécution des crédits documentaires transférables (Com. 19 nov. 2013, n° 11-25.131 et 12-26.954).

En dehors de cette fraude, la saisie-arrêt pratiquée par le donneur d'ordre ne peut empêcher la banque de remplir l'engagement direct et irrévocable qu'elle a pris à l'égard d'un bénéficiaire (Com., 7 oct. 1987, *Bull. civ. IV*, n° 213, Com., 13 févr. 2001, n° 97-21.885).

La notification de la lettre de crédit au bénéficiaire :

– elle se fera souvent par l'intermédiaire d'une banque située dans le pays du vendeur. Si cette banque est confirmatrice, le vendeur dispose de deux engagements autonomes ;
– elle peut être réalisée par tous moyens.

C'est la réception de la lettre de crédit qui fait naître les droits du bénéficiaire.

La réalisation du crédit :
– Elle commence par la remise et la vérification des documents. Le rôle du banquier est par conséquent fondamental. Il doit vérifier que les documents qui lui sont présentés correspondent bien à ce qui a été prévu dans l'accord initial. Il n'a pas à vérifier s'ils sont exacts par exemple ou si la marchandise y est fidèlement décrite (V. not. les articles 18 à 28 des RUU 600). Un arrêt de la cour d'appel de Paris rappelle les obligations des banques en relevant, sur le fondement des RUU qu'elles « doivent examiner avec un soin raisonnable tous les documents stipulés dans le crédit pour vérifier s'ils présentent ou non l'apparence de conformité avec les termes et conditions du crédit. » L'arrêt poursuit que cette conformité est « déterminée en fonction des pratiques bancaires internationales telles que reflétées » par les articles des RUU (Paris, 15e ch. A., 3 sept. 2002, *JCP* 2003. II. 10027, note C. Chabert). Cette vérification soulève des difficultés, surtout lorsqu'il y a une différence entre les documents exigés et ceux présentés (pour une illustration, Com. 12 mars 2013, n° 11-22.314). D'après une statistique issue d'une étude américaine de 2000, 73 % des documents sont rejetés pour non-conformité lors de leur première présentation. Cette vérification doit s'effectuer dans un délai raisonnable ne dépassant pas 7 jours ouvrés à compter du jour de la réception des documents (art. 13-b RUU ; Paris, 3 sept. 2002 préc.). Ce délai est désormais de 5 jours (RUU 600).

Ces derniers précisent que les documents doivent être revêtus des énonciations et des signatures requises. L'article 14 des RUU 600 définit le standard d'examen des documents par le banquier. La vérification de la stricte conformité porte sur la forme des documents et non sur la réalité de la remise de la marchandise au transporteur.

À l'issue de cette vérification, le banquier peut soit « lever » les documents et réaliser le crédit soit les « refuser ». Le banquier peut également réaliser le crédit sous réserve s'il constate des irrégularités documentaires mineures mais ne souhaite pas pénaliser son client bénéficiaire du crédit.

– Elle peut se heurter à deux obstacles : la saisie par un créancier du bénéficiaire ou la fraude.

c – Les recours possibles

La réalisation du crédit documentaire va entraîner divers paiements. Des recours sont possibles notamment :

– le recours de la banque intermédiaire contre la banque émettrice ;
– le recours de la banque émettrice contre le donneur d'ordre.

3. – La garantie à première demande

a – Présentation

Issue de la pratique commerciale internationale (et utilisée également dans les relations internes), la garantie à première demande (encore appelée garantie autonome ou garantie indépendante) est un engagement souscrit par une banque, qui promet de payer le cocontractant de son client sur simple demande de sa part, sans pouvoir invoquer les moyens tirés du contrat de base. Elle est désormais définie par l'article 2321 alinéa 1 du Code civil français comme « l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant les modalités convenues ».

Elle se caractérise par la rigueur de l'engagement du garant qui doit payer le bénéficiaire sans discussion : cet engagement est autonome et est régi par les seules dispositions de la lettre de garantie.

Son trait essentiel est l'inopposabilité des exceptions tirées du contrat de base.

La garantie à première demande ressemble au crédit documentaire mais elle en est distincte. Le crédit documentaire permet le règlement du contrat de base alors que la garantie à première demande n'est appelée que lorsque le contrat de base n'est pas exécuté.

Plusieurs types de garanties peuvent être constitués à l'occasion d'un même marché :

– la garantie de soumission assure le caractère sérieux d'une offre et couvre le risque de rupture des pourparlers ;
– la garantie de restitution de l'acompte assure à l'importateur le remboursement de l'acompte qu'il aura dû verser si le contrat venait à être interrompu alors que les prestations reçues sont inférieures à l'acompte versé. Une difficulté est due à l'insertion des clauses d'intérêts dans ces garanties de restitution d'acomptes. Les parties doivent alors les rédiger avec soin et comme le montant, déterminable, dépend de la seule lettre de garantie, elles restent autonomes (pour un exemple de ce type de garantie, Com. 9 juill. 2013, n° 12-18.563) ;
– la garantie de bonne fin couvre le risque lié à l'inexécution ou la mauvaise exécution du marché.

Il existe également des règles uniformes pour les garanties autonomes (Publications CCI n° 458-1991), mais elles n'ont pas le même succès pratique que celles relatives aux crédits documentaires. La CNUDCI a adopté une convention internationale relative aux garanties indépendantes et aux lettres de crédit *stand by*, approuvée le 26 mai 1995 et entrée en vigueur le 1er janvier 2000. Pour l'essentiel, le droit de la garantie à première demande reste toutefois jurisprudentiel.

Une des difficultés de cette garantie, notamment en France, concerne sa qualification et sa distinction avec le cautionnement, surtout lorsque la garantie fait référence au contrat de base. La jurisprudence française n'est pas toujours très claire. Il ressort toutefois de la

jurisprudence dominante que la simple référence au contrat de base n'emporte pas la disqualification de garantie à première demande, à condition que cela n'implique pas une appréciation des modalités d'exécution du contrat de base pour l'évaluation des montants garantis ou pour la détermination des durées de validité (Com., 18 mai 1999, *Bull. civ. IV*, n° 102 ; Com., 27 nov. 2000, *Contrats, conc. consom.* 2000, comm. n° 155, obs. L. Leveneur). Cette distinction avec le cautionnement a pour effet que le créancier bénéficiaire d'une garantie à première demande n'est débiteur d'aucune obligation de mise en garde à l'égard du garant autonome (Com. 30 janv. 2019, n° 17-21279).

Cette autonomie n'est pas remise en cause par l'exigence d'un appel en garantie « justifié ». Est indifférente sur la qualification de garantie à première demande la clause obligeant le bénéficiaire à joindre à sa demande le montant de sa créance, appuyée de toutes pièces justificatives, l'exigence de telles pièces ne conférant pas au garant la faculté d'en discuter le bien-fondé. De même, n'a pas non plus d'effet la clause exigeant que la réclamation soit motivée par l'indication que le donneur d'ordre n'a pas rempli ses obligations (Com., 12 juill. 2005, n° 03-20-365, *Bull. civ. IV*, n° 161 et n° 04-12.733, *JCP* 2005. I. 185, obs. Ph. Simler et Ph. Delebecque).

b – Mécanisme

α – Les parties concernées

La garantie à première demande intervient entre au moins trois et souvent quatre personnes :

– un importateur (le bénéficiaire de la garantie à première demande) conclut un contrat avec un exportateur : c'est le contrat de base ;
– l'exportateur (le donneur d'ordre), conformément au contrat de base, va demander à son banquier de s'engager au profit du bénéficiaire à payer à sa demande une somme déterminée ;
– la banque du donneur d'ordre s'engage à titre indépendant, au paiement d'une somme d'argent au bénéficiaire conformément aux instructions du donneur d'ordre. En cas de garantie directe, elle fait parvenir au bénéficiaire une lettre de garantie qui constitue la garantie à première demande. Elle est alors qualifiée de banque garante ou banque de premier rang. En cas de garantie indirecte, elle sera une banque contre garante ;
– une banque du pays du bénéficiaire va souvent jouer le rôle de banque garante à l'égard du bénéficiaire en s'engageant directement auprès de lui. Dans un tel schéma, l'exportateur donne l'ordre à son banquier de demander à une banque du pays dans lequel l'importateur est installé, de délivrer la garantie. Deux garanties à première demande vont alors se superposer : l'une par le banquier du pays de l'exportateur (au profit du banquier de pays de l'importateur), l'autre par ce dernier au profit du bénéficiaire.

β – Les rapports entre les parties concernées

i. Le rapport garant-bénéficiaire

Le garant est engagé dans les termes de la lettre de garantie. Cet engagement est autonome.

Si l'appel à la garantie est conforme à cette lettre (Com. 10 févr. 2015, n° 12-26.580, *JCP E* 2015, n° 8, obs. P. Simler approuvant une cour d'appel d'avoir décidé « que le strict respect des conditions de forme et de rédaction de l'appel en garantie, telles que prévues par la lettre de garantie et les Règles Uniformes de garantie sur demande, publication CCI n° 458, est la contrepartie de l'autonomie de la garantie, que le bénéficiaire doit les respecter pour mettre en jeu celle-ci et que le garant doit vérifier l'apparence régularité de la demande qui lui est adressée avant de payer » ; *adde* Com. 13 janv. 2015, n° 13-14686, *JCP N* 2015, n° 13, 1108, note S. Piedelièvre), le banquier doit payer sans discussion. Il ne peut opposer aucune exception. Par conséquent, n'ont aucun effet sur l'exécution de la garantie :

– la nullité, la résolution, ou la modification du contrat de base (Paris, 13 févr. 1987, *D.* 1987. Somm. 172, obs. M. Vasseur) ;
– la compensation intervenue entre les parties au contrat de base ;
– la convention d'arbitrage incluse dans le contrat de base ;
– l'exécution partielle ou intégrale de ses obligations par le donneur d'ordre (Com., 21 mai 1985, *D.* 1986. 213, note M. Vasseur ; Com., 25 mars 2003, *RJDA* 2003, n° 1021) ;
– l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du donneur d'ordre, même lorsque le créancier du bénéficiaire de la garantie ne déclare pas au passif sa créance (Com., 9 juin 2004, *Bull. civ. IV*, n° 118) ;
– la carence du bénéficiaire de la garantie qui rend impossible l'exécution du contrat de base.

Sont également sans effet les moyens procéduraux inconciliables avec ce caractère autonome de la garantie à première demande notamment la mise sous séquestre et la saisie conservatoire ou saisie attribution (Com., 15 juin 1999, *Bull. civ. IV*, n° 26).

Les seules possibilités de faire obstacle à cette inopposabilité des exceptions sont :

– la fraude ;
– l'abus manifeste.

ii. Le rapport garant-donneur d'ordre

Il s'agit d'un rapport classique entre une banque et son client. Le banquier qui a avancé les sommes peut se retourner contre son client pour lui demander le remboursement.

Si une fraude est découverte après exécution de la garantie par le banquier, elle s'oppose au remboursement de la banque par le client (Com., 6 févr. 1990, *D.* 1990. Somm. 213, obs. M. Vasseur).

iii. Le rapport bénéficiaire-donneur d'ordre

Il est gouverné par le contrat de base qui les unit.

En cas d'appel abusif, le donneur d'ordre pourra demander réparation auprès des tribunaux.

iv. Le rapport banque du donneur d'ordre-banque du bénéficiaire

En cas de « contre garantie », les engagements des banques sont indépendants les uns des autres. La Cour de Cassation décide que la contre garantie est une obligation autonome par rapport à la garantie à première demande et par rapport au contrat de base (Com., 9 oct. 2001, *Bull. civ. IV*, n° 158 ; Com., 6 mars 2001, *Bull. civ. IV*, n° 49, *D.* 2001. AJ 1173). Lorsqu'une garantie autonome de premier rang a été appelée de manière manifestement abusive, l'appel de la contre-garantie est-il lui-même nécessairement abusif ? La Cour de cassation apporte logiquement une réponse négative (Com. 3 mai 2016, *D.* 2016. 1748, note E. Netter).

B. – Les autres contrats de financement et de garantie

Peuvent être cités notamment : le crédit fournisseur, le crédit acheteur, la mobilisation des créances nées sur l'étranger, le crédit-bail international, l'affacturage international.

1. – Le crédit fournisseur

Cette expression générique désigne un ensemble de crédits accordés à un exportateur. Il peut s'agir d'un crédit :

– de préfinancement accordé pour permettre la fabrication des marchandises à exporter. Sous certaines conditions, son bénéfice peut être étendu au sous-traitant. Il peut être spécialisé, c'est-à-dire servir au financement d'un marché déterminé (crédit sur commande ferme) ou simplement accordé pour financer un courant d'affaires régulier de l'entreprise bénéficiaire avec l'étranger (crédit sans commande ferme). Dans ce dernier cas, il est *revolving* ;
– de prospection accordé pour permettre la prospection de marchés étrangers ;
– pour permettre à l'exportateur ayant accordé des délais de paiement d'obtenir un paiement anticipé de sa créance.

Loi applicable : en application de la Convention ou du Règlement Rome I, la loi de la banque devrait être applicable à défaut de choix.

2. – Le crédit acheteur

C'est un mode de financement des exportations. Le crédit est accordé à l'acheteur importateur pour que l'exportateur vendeur soit payé.

Le crédit acheteur repose sur trois éléments :

a. Une ouverture de crédit

Elle est consentie par le banquier à l'acheteur. Elle constitue une condition suspensive du contrat commercial entre l'exportateur (vendeur) et l'importateur (acheteur).

La convention d'ouverture de crédit lie uniquement le banquier et l'acheteur mais les fonds sont mis à la disposition du vendeur, conformément au mandat dont l'ouverture de compte a investi le banquier, ce qui explique la nécessité de notifier au vendeur.

b. La notification de l'ouverture du crédit au vendeur

Elle comporte un engagement personnel, autonome et direct de la banque envers le vendeur. Cet engagement est toutefois conditionnel et le crédit ne pourra être utilisé que si ces conditions préalables sont levées.

c. Le remboursement du crédit

Il ne dépend pas d'éventuelles exceptions que l'acheteur pourrait soulever au titre du contrat commercial.

Le principe est celui de l'indépendance du crédit et du contrat commercial. Cette clause d'inopposabilité des exceptions est la clause dite « Isabel ».

Loi applicable : application probable de la loi de la banque.

3. – La mobilisation des créances nées sur l'étranger

Les crédits de mobilisation des créances nées sur l'étranger peuvent prendre plusieurs voies :

– la mobilisation des crédits à court terme ;
– la mobilisation des crédits à moyen et à long terme ;
– le bordereau de cession de créances professionnelles.

4. – Le crédit-bail international

a – Mécanisme

Selon le schéma le plus courant, un établissement financier, généralement une banque (crédit-bailleur) acquiert la propriété d'un bien qu'il loue à son client utilisateur (crédit-preneur) pour une période donnée qui correspond à la durée d'amortissement. Le droit français ajoute qu'à l'issue de cette période, le crédit-preneur a la faculté d'acquérir la propriété du bien pour sa valeur résiduelle, de le restituer ou de renouveler le contrat. Cette option distingue le crédit-bail français de ses devanciers anglo-saxons.

Est international un contrat de crédit-bail lorsque le crédit-bailleur et le crédit-preneur ont leur établissement dans des États différents.

b – Loi applicable

Convention et Règlement de Rome (subsidiaire). À défaut de choix effectué par les parties, et en considérant que la prestation caractéristique est effectuée par le crédit-bailleur, c'est la loi du lieu de son établissement qui devrait s'appliquer. La solution demeure avec l'application du Règlement Rome I (préc.)

Convention Unidroit d'Ottawa du 28 mai 1988 sur le crédit-bail international entrée en vigueur en France le 1er décembre 1995.

Cette Convention :

– peut sous certaines conditions être écartée par la seule volonté des parties (art. 5) ;
– a un domaine d'application matériel et géographique bien délimité.

Matériellement, elle ne s'applique qu'aux opérations de location financière, c'est-à-dire celles qui font intervenir un établissement de crédit-bail, un fournisseur et un crédit preneur et reposent sur deux conventions distinctes : un contrat de fourniture et un contrat de crédit-bail. En outre, elle ne s'applique ni en cas de crédit-bail immobilier, ni aux matières premières. Elle ne concerne que les biens d'équipement, le matériel ou l'outillage, à condition qu'ils ne soient pas utilisés par le « crédit preneur à titre principal pour son usage personnel, familial ou domestique » (art. 1-4). Elle s'applique également aux opérations de sous-crédit-bail ou de sous-location du bien s'ils remplissent ses conditions d'application (art. 2).

Géographiquement, elle s'applique lorsque le crédit bailleur et le crédit preneur sont établis dans des États différents et que soit ces États sont parties à la Convention, soit le contrat de fourniture et le contrat de crédit-bail sont régis par la loi d'un État contractant (art. 3-1). Elle sera donc applicable aux contrats portant sur des marchandises exportées de France qui bénéficient d'un financement par un contrat de crédit-bail émanant d'une banque française.

c – Régime juridique

Le crédit-bail international obéit aux règles de droit commun même si des différences existent. Ainsi, d'après la Convention d'Ottawa, l'option d'achat de crédit preneur à l'issue de la période de location n'est pas un élément de qualification du crédit-bail international. Pour l'essentiel, la Convention prévoit les droits et obligations respectifs des parties.

Les droits et obligations du crédit-bailleur. La Convention prévoit plusieurs droits et obligations, notamment :

– la garantie de la jouissance paisible de la chose ;
– en cas de livraison tardive de la chose ou de défaut total de livraison, le crédit-bailleur « a le droit de remédier à l'inexécution de son obligation de livrer le matériel… comme si

le crédit-preneur (lui) avait acheté le matériel dans les termes même du contrat de fourniture » (art. 12, 1, b) Dans ce cas, le crédit preneur peut refuser le matériel ou résilier le contrat ;

– le crédit bailleur dispose d'un droit réel sur les biens loués. L'article 7-1-a de la Convention précise que « les droits réels du crédit-bailleur sur le matériel sont opposables au syndic de la faillite et aux créanciers du crédit-preneur » à condition que les formalités de publicité, éventuellement imposées par la loi applicable soient satisfaites (art. 7-2). Cette loi applicable est celle de l'État où le matériel est situé (art. 7-3-d) ou la loi de l'État d'immatriculation des navires, bateaux et aéronefs immatriculés (art 7-3 a et b) ou la loi de l'établissement principal du crédit-preneur pour les matériels naturellement mobiles, camions… (art. 7-3-c) ;

– le crédit-bailleur dispose du droit à paiement d'un loyer, comme tout bailleur.

La Convention admet la validité des clauses pénales qui sont fréquentes dans ces contrats en faveur des crédits-bailleurs (art. 13-3-a). Elle précise cependant de manière impérative que leur mise en œuvre ne doit pas aboutir à une indemnité excessive au regard du préjudice effectivement subi (art 13-3-b) ;

– le crédit-bailleur perd son droit aux dommages-intérêts s'il « n'a pas pris toutes les mesures nécessaires pour limiter son préjudice » (art. 13-6), c'est une application de la *mitigation of damages* déjà évoquée.

Enfin, en cas de « défaillance substantielle » – notion qui rappelle la contravention essentielle de la CVIM – le crédit-bailleur a deux possibilités supplémentaires non cumulatives : il peut faire jouer la clause de paiement anticipé des loyers à échoir ou même déclarer la résiliation du crédit-bail, les deux sanctions n'étant pas cumulatives. Sans doute sous l'influence de la CVIM, l'article 13-5 oblige le crédit-bailleur à proposer au crédit-preneur « une possibilité effective de remédier sa défaillance » si cela est possible.

La Convention prévoit également des dispositions écartant la responsabilité du crédit-bailleur dans certains cas. Il n'est pas responsable pour défaut de délivrance conforme ou en raison d'un vice caché affectant le bien loué, même si la garantie d'éviction est maintenue (art. 8-2).

Les droits et obligations du crédit-preneur :

– le crédit-preneur choisit le matériel objet du crédit-bail et approuve les termes du contrat de fourniture conclu entre le crédit-bailleur et le fournisseur (art. 1-a) ;

– il peut se prévaloir de toutes les obligations à la charge du fournisseur au titre du contrat de vente (art. 10-1), même s'il ne peut le résilier ou l'annuler sans l'accord du crédit-preneur (art. 10-2). Il a donc, sous certaines limites, une action directe de nature contractuelle contre le fournisseur ;

– il assume à l'égard du crédit-bailleur toutes les obligations traditionnelles d'un locataire, notamment et surtout le paiement d'un loyer même s'il a la possibilité de retenir le paiement si le matériel n'est pas conforme ou livré avec retard (art. 12-3).

5. – L'affacturage international

a – Mécanisme

L'affacturage ou *factoring* est une technique financière doublée d'une technique de gestion commerciale.

Technique financière : il résulte de la Convention par laquelle un établissement financier, société d'affacturage appelé affactureur ou *factor* doit régler à son client appelé adhérent ou fournisseur certaines créances approuvées que celui-ci peut détenir sur un client (débiteur cédé) moyennant le transfert de la créance au *factor* et le paiement de la commission de celui-ci.

Technique de gestion commerciale : à l'occasion du transfert de la créance, la société d'affacturage peut se voir confier la gestion des comptes correspondants ou peut mettre à la disposition de l'entreprise des services de comptabilité, de contentieux ou de conseil.

Comme le crédit documentaire ou la garantie à première demande, le modèle le plus élémentaire de l'affacturage est triangulaire. Les parties concernées sont le *factor*, l'adhérent et le débiteur cédé. Il suppose deux conventions distinctes :

– un contrat principal entre l'adhérent et le débiteur cédé (vente ou prestation de services) ;
– un contrat d'affacturage entre le *factor* et l'adhérent ou affacturé.

Cette opération peut être interne ou internationale. Dans le dernier cas, elle se fait surtout à l'exportation, est plus complexe et peut entraîner l'intervention d'un second *factor*. Elle devient alors quadrilatérale. L'exportateur français transmet par « subrogation » les créances sur l'étranger à son *factor*. Ce dernier appelé *factor* de l'exportateur ne pouvant apprécier la solvabilité des débiteurs étrangers, c'est donc le *factor* du pays de ces débiteurs, appelé *factor* de l'importateur, qui va garantir au *factor* de l'exportateur la solvabilité de l'acheteur étranger. Chacune des parties est donc en rapport avec une société de son propre pays.

L'intérêt de l'opération est que l'exportateur obtient un crédit en contrepartie de la cession de ses créances. Le risque de non-paiement est transféré au *factor*.

b – Loi applicable

α – Convention et Règlement de Rome (subsidiaire)

Convention de Rome. L'application de la Convention de Rome à l'affacturage international soulève des difficultés. Il s'agit de savoir si l'affacturage relève de l'article 12 relatif à la cession de créance ou de l'article 13 relatif à la subrogation. La réponse dépend de la qualification juridique de l'affacturage international :

– si l'affacturage est assimilé à une cession de créances, l'article 12-1 renvoie aux articles 3 et 4, et l'article 12-2 décide que la cessibilité de la créance et les rapports entre le cessionnaire et le cédé relèvent de la loi de la créance cédée. L'application de l'article 12-1 entraîne que la convention d'affacturage et les rapports entre le *factor* et son client sont soumis soit à la loi d'autonomie, soit à défaut de choix, à la loi du pays de résidence du débiteur de la prestation caractéristique. Le *factor* étant celui qui accomplit cette prestation, c'est la loi du lieu de son établissement qui sera applicable. L'article 12-2 soumet le caractère cessible et les rapports entre le *factor* et l'acheteur à la loi applicable au contrat principal (vente) ;
– si l'affacturage est assimilé à une subrogation, on devrait appliquer l'article 13 d'après lequel la loi applicable aux conditions et effets de la subrogation est celle qui régit l'obligation en vertu de laquelle le tiers *solvens* a désintéressé le créancier. Par conséquent, la loi applicable à la convention entre le *factor* et son client régirait l'ensemble de l'affacturage. Encore faut-il être d'accord sur l'application de l'article 13 de la Convention de Rome à la subrogation conventionnelle.

Règlement Rome I. Il laisse subsister les mêmes difficultés, même s'il contient dans une même disposition la cession de créance et la subrogation conventionnelle (art. 14). Désormais un ajout précise que le concept de cession vise également les transferts de créance à titre de garantie ainsi que les sûretés sur créances (art. 14-3).

β – La Convention Unidroit

Une Convention Unidroit sur l'affacturage international a été élaborée à Ottawa le 28 mai 1988, approuvée par la France par une loi du 10 juillet 1991 et entrée en vigueur le 1er mai 1995.

Jumelle de celle sur le crédit-bail international, cette Convention :

– présente un caractère facultatif : les parties peuvent exclure son application totalement (art. 3-2) ;
– réalise une œuvre de synthèse des droits des différents États contractants ;
– s'applique lorsque les créances cédées en vertu du contrat d'affacturage naissent d'un contrat de vente de marchandises entre un fournisseur et un débiteur qui ont leur établissement dans des États différents (internationalité du contrat de base), et que, soit ces États (ainsi que l'État où le cessionnaire a son établissement) sont parties à la Convention, soit que le contrat de vente de marchandises et le contrat d'affacturage sont régis par la loi d'un État contractant. Étant donné que le premier est généralement soumis à la loi du vendeur et que le second est soumis à la loi de l'État où est installé le *factor*, débiteur de la prestation caractéristique, les règles de la Convention sont applicables dès lors que le vendeur et le *factor* sont établis en France.

c – Régime

L'affacturage international présente des similitudes avec l'affacturage interne tant en ce qui concerne les rapports entre *le factor* et l'exportateur que dans les rapports entre le *factor* et le débiteur. Ainsi, le débiteur peut opposer au cessionnaire tous les moyens de défense qu'il pouvait opposer au fournisseur (art. 9-1). Après le paiement, il n'a plus de recours

contre le cessionnaire sauf si celui-ci est de mauvaise foi ou en cas de non-paiement des factures au fournisseur (art. 10).

Les différences importantes sont relatives à la notification et à la compensation, la Convention ayant prévu des particularités.

1. Notification : en droit interne, il est facultatif de notifier au débiteur le transfert de créances. Au contraire, dans le régime de la Convention d'Ottawa, la notification est faite par écrit et est obligatoire (art. 8). Elle est une condition d'opposabilité du transfert de créances (art. 1-2 c). Par conséquent, le débiteur ne sera tenu de payer le facteur que si, n'ayant pas eu connaissance d'un droit préférable, il a reçu notification du transfert de la créance

2. Compensation : contrairement au droit interne, la compensation est plus facilement admise en cas d'affacturage dans un contexte international. Il n'est pas nécessaire que les créances soient certaines, liquides et exigibles (art. 9-2).

II. – Les contrats d'intermédiaires du commerce international

Les intermédiaires jouent un rôle important dans le commerce international.
Le plus important est l'agent commercial.

A. – L'agent commercial

1. – Présentation

Au sens des droits français et européen, l'agent commercial est un mandataire indépendant qui est chargé de façon permanente de négocier, et, éventuellement, de conclure des contrats de vente, d'achat, de location ou de prestation de services pour le compte d'une entreprise (producteurs, industriels, commerçants) ou d'autres agents commerciaux (art. L. 134-1 du C. com.). Il peut s'agir d'une personne physique ou d'une personne morale.

Internationalité : utilisation des critères économiques, juridiques ou une combinaison de critères. Déjà dans l'affaire *Hecht* préc., la Cour de Paris procédait à cette combinaison en décidant que le contrat litigieux « est un contrat international, c'est-à-dire se rattachant à des normes juridiques émanant de plusieurs États… Qu'il a ce caractère à la fois par le lieu de sa conclusion, en Hollande, la nationalité différente des parties et son objet qui était de donner un pouvoir à Hecht, ressortissant français d'accomplir en France des actes juridiques au nom d'une société de droit, donc de statut personnel hollandais en vue d'accroître les exportations en France des marchandises de celles-ci » (v. également Paris 9 nov. 1984, *JDI* 1986, p. 1039, note E. Loquin). L'application du seul critère économique devrait permettre de qualifier cette internationalité même si la Cour de cassation a utilisé le critère juridique pour dénier le caractère international d'un contrat d'agence (Civ. 1re, 7 oct. 1980, *Tardieu*, *Rev. crit. DIP* 1981, p. 313, note J. Mestre).

2. – Juridiction compétente

Application possible du Règlement Bruxelles I bis préc.

Difficultés posées par l'article 7-1-a de ce Règlement qui peut conduire à la scission des obligations du contrat ou à la compétence concurrente des juges de l'obligation principale et des obligations accessoires (Civ. 1re, 8 févr. 2000, *Hoff*, *Bull civ. I*, n° 40).

Application de l'article 7-1-b de ce Règlement au contrat d'agence commerciale en tant que contrat de fourniture de services (CJUE 11 mars 2010, aff. C-19/09, *Wood Floor*, *D.* 2010. Pan. 2331, obs. S. Bollée ; *RTD com.* 2010. 451, obs. A. Marmisse-D'Abbadie d'Arrast ; CJUE 8 mars 2018, aff. 64/17, préc.). C'est le juge déterminé par cet article qui est compétent pour connaître l'ensemble des obligations découlant du contrat d'agence commerciale. Sur le lieu de la fourniture de services dans le cadre d'un contrat d'agence commerciale exécuté dans plusieurs États membres, la Cour de justice le localise en principe au lieu de la fourniture principale du service par l'agent, la prestation caractéristique étant assurée par ce dernier. Pour déterminer ce lieu de la fourniture principale, « en vertu du contrat » comme l'exige l'article 7-1-b, la Cour propose un raisonnement en trois étapes hiérarchisées. En premier lieu, il faut prendre en compte le contenu du contrat pour déterminer le lieu où l'agent doit accomplir ses obligations « consistant notamment à préparer, à négocier et, le cas échéant, à conclure les opérations dont il est chargé ». À défaut d'un tel lieu de fourniture principale – pluralité de lieu par exemple, ou absence de location spécifique de la fourniture de service – il faut, en deuxième lieu, prendre en considération le lieu qui concrétise de manière prépondérante l'activité de l'agent en exécution du contrat, s'il n'est pas contraire à la volonté des parties. À défaut de détermination d'un tel lieu au regard du contrat ou des prestations de l'agent, c'est le lieu où l'agent est domicilié qui doit prévaloir (CJUE, 11 mars 2010, préc.).

Validité des clauses attributives de juridiction et des clauses compromissoires dans un contrat international d'agent commercial (Paris, 19 févr. 1992, *D.* 1993. IR. 137).

3. – Loi applicable

Devant le juge français, c'est la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaire et à la représentation qui va s'appliquer.

La Convention de La Haye est entrée en vigueur en France le 1er mai 1992 et régit essentiellement le rapport de représentation entre le représenté et l'intermédiaire :

– d'après son article 1er, elle est applicable aux agents commerciaux dont les relations avec leur mandant ou les tiers ont un caractère international ;
– d'après l'article 5 al. 1, la loi applicable aux relations entre le représenté et l'intermédiaire est la « loi interne choisie par les parties » (principe d'autonomie). Ce choix doit être exprès ou résulter avec certitude des dispositions du contrat.

À défaut de choix, l'article 6 distingue deux cas :

– en principe, est applicable la loi interne de l'État dans lequel est situé, au moment de la formation du contrat, l'établissement professionnel ou la résidence habituelle de l'agent (art. 6 al. 1) ;

– lorsque l'intermédiaire exerce à titre principal son activité dans le pays où le représenté a son établissement professionnel ou sa résidence habituelle, c'est la loi de cet État qui est applicable (art. 6 al. 2).

L'article 9 apporte une précision supplémentaire en décidant que quelle que soit la loi applicable au contrat, il convient de tenir compte de la loi du lieu d'exécution pour les questions concernant les modalités d'exécution.

En ce qui concerne les rapports entre le représentant et le tiers ou entre ce dernier et le représenté, la Convention ne régit pas toutes les questions. Elle détermine simplement la loi applicable à la question de savoir si le représentant a pu engager le représenté en concluant avec le tiers. En outre, elle détermine la loi applicable à la question de savoir si le représentant est personnellement engagé à l'égard des tiers. Le principe dominant est ici celui d'autonomie même si seuls le représenté et le tiers peuvent exprimer ce choix. La Convention exige un document écrit et l'acceptation par le représenté personnellement, et non par l'intermédiaire.

À défaut, est applicable la loi de l'État dans lequel le représentant a son établissement au moment où il a agi, ou s'il dispose de plusieurs établissements, celui qui se rattache le plus étroitement au contrat, sauf contrariété avec l'ordre public international ou loi de police.

4. – Droit matériel

Plusieurs textes :

La Convention de Genève du 15 février 1983 sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises. Élaborée par Unidroit, elle n'est pas encore entrée en vigueur.

La directive européenne du 18 décembre 1986 qui a harmonisé le droit applicable aux agents commerciaux indépendants. Elle a été intégrée en droit français par une loi du 25 juin 1991 aujourd'hui codifiée aux articles L. 134-1 à L. 134-17 du C. com.

B. – Les autres catégories d'intermédiaires

1. – Le sponsor

Le contrat de sponsor est particulier car il n'intervient que dans certains pays, spécialement au Proche ou au Moyen-Orient.

Le sponsor est un intermédiaire local qui apporte son aide et intervient en faveur d'un partenaire étranger, essentiellement pour faciliter la conclusion et l'exécution d'un marché.

La nature juridique de ce contrat est incertaine.

2. – Le courtier

Le courtier est un intermédiaire qui met en relation des personnes désireuses de traiter entre elles. Il ne conclut pas lui-même le contrat. C'est un intermédiaire commercial au sens le plus simple.

Lorsque le contrat de courtage est international :

– la loi applicable est déterminée conformément à la Convention de La Haye du 14 mars 1978 préc. ;
– la juridiction compétente peut être déterminée en application du Règlement de Bruxelles qui devrait conduire à la compétence du juge de l'État dans lequel le courtier exerce son activité.

3. – Le commissionnaire

Le commissionnaire est celui qui réalise une ou plusieurs opérations commerciales en son propre nom, mais pour le compte d'un commettant. Le contrat international de commission emprunte largement son régime au droit interne de la même opération.

Les opérations du commissionnaire sont essentiellement celles d'un mandataire.

Juridiction compétente : v. Règlement Bruxelles I bis, préc.
Loi applicable : Convention de La Haye de 1978 préc.

III.– Les contrats de distribution

La distribution de produits et la fourniture de services à l'étranger peuvent s'effectuer par des réseaux utilisant des techniques contractuelles variées dont les plus importantes sont la concession exclusive, la franchise ou la distribution sélective.

Avant de les envisager isolément, quelques précisions s'imposent :

• Distinction contrat-cadre et contrat d'application
Les parties à la distribution internationale concluent généralement deux types de contrats :
– un contrat-cadre dont l'objectif est d'organiser leur relation ;
– des contrats d'application conclus en exécution du contrat-cadre et qui sont variés.

Le premier peut être international alors que les seconds sont internes.

• Droit concurrentiel européen unifié
En Europe, le Règlement du 22 décembre 1999 relatif aux accords verticaux, entré en vigueur le 1er juin 2000 peut leur être appliqué. Ce règlement aujourd'hui arrivé à expiration, a été remplacé par le règlement UE n° 330-2010 du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101 §3 TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, entré en vigueur le 1er juin 2010 et expirant le 31 mai 2020. Pour la période

allant du 1er juin au 31 mai 2011, l'interdiction de l'article 101 §1 TFUE ne s'applique pas aux accords qui, au 31 mai 2010, sont déjà en vigueur et ne remplissent pas les conditions d'exemption prévues par le règlement de 2010 (mais satisfont à celles prévues par l'ancien règlement de 1999). Il est complété par des lignes directrices sur les restrictions verticales du 19 mai 2010. Signalons en matière de distribution automobile un nouveau règlement (règl. UE n° 461-2010 du 27 mai 2010).

En principe, le règlement de 1999 couvre l'ensemble des accords verticaux, y compris la distribution sélective.

C'est un Règlement favorable à la distribution et fondé essentiellement sur une analyse économique :

– un accord vertical sera automatiquement exempté si la part de marché du fournisseur est inférieure à 30 % et si l'accord ne comporte pas de clause relevant de la « liste noire » notamment les prix minimums ou fixés, la protection territoriale absolue, la prohibition des livraisons croisées au sein d'un réseau de distribution sélective ;
– en revanche, l'accord conclu par une entreprise détenant une part de marché supérieure à 30 % n'est pas couvert par l'exemption catégorielle mais il peut bénéficier d'une exemption individuelle.
Le règlement UE n° 330-2010 s'inspire pour l'essentiel de la même philosophie.

• Droit contractuel encadré
Lorsque le droit français est applicable, les parties à ces contrats doivent (si les conditions sont réunies), respecter l'article L. 330-3 du Code de commerce qui met à la charge du fournisseur une obligation pré contractuelle d'information. Cet article est issu de l'article 1er de la loi du 31 décembre 1989 dite loi Doubin.
– La sanction en cas de non-respect de cette obligation est la nullité relative du contrat, à condition que le défaut d'information ait vicié le consentement (Com., 10 févr. 1988, Bull. civ. IV, n° 71).
– La question se pose de savoir si cet article doit être considéré comme une loi de police applicable dans l'ordre international avant tout raisonnement conflictuel ou comme une loi d'ordre public. Elle n'est pas définitivement tranchée même si la Cour de Paris a décidé que cet article n'est pas une loi de police applicable dans l'ordre international mais simplement une loi protectrice d'ordre interne (Paris, 30 nov. 2001, JCP Cah. dr. entr., 2002, p. 29, obs. J. Raynard).

En cas d'application du droit français, il convient désormais d'avoir également à l'esprit la création, par la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (loi Macron adoptée définitivement le 6 août 2015) d'un titre IV dans le livre III du Code de commerce, intitulé « Des réseaux de distribution commerciale ». Il s'agit là d'un véritable dirigisme contractuel (sur l'ensemble de la question, v. M. Pédamon et H. Kenfack, Droit commercial, Dalloz, 5e éd., 2019, no 773).

A. – La concession exclusive internationale

Il s'agit du contrat par lequel un commerçant (le concédant), titulaire d'une marque, accorde l'exclusivité de la revente de ses produits sur un territoire déterminé à un autre

commerçant (le concessionnaire) qui à son tour s'engage à ne distribuer que les produits du concédant et sous sa supervision. L'exclusivité est l'essence de ce contrat.

1. – Juridiction compétence

Validité des clauses attributives de juridiction et des clauses compromissoires.
Difficultés d'application de l'article 7-1-a du Règlement Bruxelles I bis.

2. – Loi applicable

Application de la Convention de Rome, du Règlement Rome I et possibilité de choix de la loi applicable.

Difficulté de détermination de la prestation caractéristique, v. cependant Civ. 1re, 15 mai 2001, préc. décidant que c'est le concédant qui accomplit la prestation caractéristique (dans le même sens, Civ. 1re, 25 nov. 2003 préc.). Par conséquent, à défaut de choix effectué par les parties, sauf clause d'exception, application de la loi du pays du concédant.

L'article 4.1-f de Rome I se prononce, en l'absence de choix effectué par les parties, en faveur de la loi du pays dans lequel le concessionnaire a sa résidence habituelle.

3 – Contenu du contrat

La pratique contractuelle montre que le contrat international de concession exclusive emprunte largement au contrat interne.

V. Contrat modèle CCI de concession commerciale, avec exclusivité de l'importateur concessionnaire publié par la CCI.

B. – La franchise internationale

Technique contractuelle originale et fréquemment utilisée dans le commerce international, la franchise met en présence des partenaires juridiquement indépendants, un franchiseur et un ou plusieurs franchisés. Le franchiseur a mis au point des procédés ou un système d'exploitation d'une entreprise commerciale ou industrielle et dispose de signes distinctifs. Il communique à des franchisés moyennant rémunération, son système d'exploitation, les assiste dans l'utilisation de ce système, leur donne le droit d'utiliser les signes distinctifs conformément à ses instructions en vue de réitérer sa réussite commerciale.

La franchise se caractérise essentiellement par trois éléments :

– une licence de marque ou d'enseigne ;
– une communication de savoir-faire ;
– une fourniture continue d'une assistance technique ou commerciale.

Elle peut concerner :

– la distribution des produits : franchise de distribution ;
– la fourniture de services : franchise de services ;
– la production de biens doublée de leur vente : franchise industrielle.
Il n'existe pas de règles matérielles applicables à la franchise internationale.

1 – Les méthodes d'internationalisation de la franchise

Le franchiseur dispose de quatre grandes méthodes d'internationalisation :

a – La franchise directe

Le franchiseur traite directement avec les franchisés situés dans le pays d'implantation sans l'intermédiaire d'une tierce personne ou d'une structure dans ce pays.

Elle peut prendre deux formes principales :

b – La franchise directe simple

Le franchiseur n'octroie la franchise au franchisé étranger que pour une unité précise.

c – La franchise directe avec zone de développement

Il s'agit d'un accord entre un franchiseur et un franchisé développeur étranger par lequel ce dernier prend l'engagement d'ouvrir et de posséder un certain nombre d'unités franchisées dans son pays. Contrairement à la franchise principale, le franchisé développeur doit être propriétaire des unités franchisées qu'il installe dans son territoire contractuel et n'a pas le droit de sous franchiser.

d – La franchise par l'intermédiaire d'une filiale ou d'une succursale dans le pays d'implantation

Il s'agit pour le franchiseur de créer une structure qu'il contrôle entièrement dans le pays du franchisé pour y mettre en œuvre la franchise. C'est cette structure qui va octroyer des franchises à des partenaires locaux en signant avec eux essentiellement des contrats de franchise directe.

e – La franchise par l'entremise d'une filiale commune avec un partenaire local

Le franchiseur crée avec un partenaire local une filiale commune qui prend en charge la mise en œuvre de la franchise sur son territoire national.

f – La franchise principale

C'est un accord par lequel, un franchiseur accorde à un franchisé principal, en échange d'une rémunération, le droit de conclure des accords de franchise avec des franchisés.

C'est une opération à plusieurs étages, comportant au moins trois parties et deux rapports contractuels :

– un rapport entre le franchiseur et le franchisé principal : c'est le rapport de franchise principale. Il est international ;
– un rapport entre le franchisé principal et les franchisés. Il est interne, le franchisé principal et les franchisés étant situés dans le même pays.

2 – Juridiction compétente

Les contrats internationaux de franchise comportent des clauses attributives de compétence juridictionnelle, souvent en faveur des juridictions du pays du franchiseur. Elles sont en principe valables.

Ces contrats comportent également des clauses compromissoires dont la validité est admise.

Difficultés d'application de l'article 7-1a du Règlement Bruxelles I bis car les contrats de franchise ne sont *a priori* ni des contrats de vente, ni des contrats de fourniture de services (cependant v. p. XXX).

3 – Loi applicable

Les règles issues de la Convention et du Règlement Rome I s'appliquent : possibilité de choisir la loi applicable.

Difficulté de détermination de la prestation caractéristique en vue de l'application de l'article 4-2 de la Convention de Rome.

Il convient de revenir à l'article 4-1 et rechercher la loi qui présente les liens les plus étroits avec le contrat. En considérant que la franchise ne devient internationale que lorsqu'elle est mise en œuvre dans le pays étranger du franchisé, c'est la loi de ce pays qui devrait être appliquée plutôt que celle du franchiseur. La question est discutée.

L'article 4.1-e de Rome I précité décide qu'à défaut de choix, la loi applicable est celle de l'État dans lequel le franchisé a sa résidence habituelle.

4 – Contenu du contrat

La pratique contractuelle internationale révèle une grande variété de clauses contractuelles ayant pour objectif l'homogénéité du réseau de franchise et sa nécessaire adaptation aux conditions du pays du franchisé.

Le contrat international de franchise comporte par conséquent des clauses relatives notamment :

– à la standardisation internationale du savoir-faire ;
– à la communauté d'image de marque ;
– à l'adaptation du concept ;
– au contrôle du réseau.

Sur le contenu du contrat :

– le guide du franchisage (publication OMPI n° 480 F-1994) ;
– le contrat modèle CCI de franchise internationale (2000) ;
– le guide Unidroit sur les Accords internationaux de franchise principale (2000).

C. – La distribution sélective internationale

La distribution sélective est le contrat par lequel un fabricant s'engage à approvisionner des détaillants qu'il choisit en raison de leur qualité et auxquels il n'impose aucune obligation d'exclusivité ou de non-concurrence.

Elle soulève surtout des questions de droit de la concurrence, essentiellement sur la sélection des distributeurs.

La Convention de Rome, le Règlement Rome I, les règlements Bruxelles I et Bruxelles I bis.

IV.– Les contrats de transfert de techniques

Simples éléments d'un contrat, par exemple la franchise, le savoir-faire et l'assistance technique peuvent également être des contrats indépendants.

A. – Le contrat de communication de savoir-faire (ou de *know how*)

Il s'agit d'un contrat de mise à disposition d'un ensemble de notions ou de connaissances nécessaires à la fabrication d'un produit par exemple.

L'obligation essentielle du contrat réside dans la transmission d'un savoir-faire.

Il n'y a pas de formule unique de ce contrat. Plusieurs modalités sont envisageables :

– le fournisseur peut accueillir dans ses usines le personnel du bénéficiaire pour des visites techniques au cours desquelles ils prendront connaissance du savoir-faire. De même, le fournisseur peut envoyer dans le pays du bénéficiaire des personnes chargées de leur transmettre le savoir-faire ;
– le fournisseur peut, en plus des séances pratiques, assister le bénéficiaire pour optimiser les connaissances.

Le trait caractéristique de ce contrat est le secret sans lequel la communication des connaissances se fait, étant donné que le savoir-faire n'est pas en principe légalement protégé. Sa valeur est d'autant plus importante qu'il n'est pas dans le domaine public.

Le contrat comporte de nombreuses clauses :

– la clause de confidentialité ;
– la clause relative au sort des améliorations apportées au savoir-faire ;
– la clause de durée ;
– la clause de garantie des résultats ;
– la clause relative à l'état des connaissances à communiquer.

B. – Le contrat d'assistance technique

Dans ce contrat, une entreprise (« l'assistant ») s'engage envers un client (« l'assisté ») à lui apporter une « aide » dans la réalisation de ses travaux.

L'entreprise est tenue d'une obligation de conseils envers son client. En principe, cette obligation est simplement de moyen, mais rien n'interdit que les parties prévoient une obligation de résultat.

V.– Les contrats relatifs aux marchés de construction

Très importants dans le commerce international, ces contrats peuvent être relatifs au marché principal ou à la sous-traitance.

A. – Le marché principal

Dans ce cas, une entreprise installée en France est opératrice à l'étranger, par exemple la construction d'un important barrage dans un pays d'Afrique centrale.

Si le contrat entre l'entrepreneur de France et son partenaire de l'étranger est international, ce sont les règles traditionnelles de droit international privé qui vont s'appliquer.

Les parties ont en principe la liberté de choisir la loi applicable à leur contrat. En pratique, ce sera souvent la loi de l'État du partenaire étranger. À défaut de choix, la Convention de Rome peut être applicable. D'après cette Convention, le contrat de construction immobilière devrait être soumis à la loi du lieu de résidence du débiteur de la prestation caractéristique (art. 4-2), c'est-à-dire à la loi de l'entrepreneur. La situation ne devrait pas changer avec l'application du Règlement Rome I (v. *supra*).

Le contrat contient des clauses relatives au financement, au prix, à la responsabilité, aux pénalités et à la durée.

La fédération internationale des ingénieurs conseils (FIDIC) a codifié certaines clauses, mais cette codification est critiquée et considérée comme avantageuse pour l'ingénieur-conseil.

En pratique, le contrat de construction s'insère dans un ensemble plus vaste : la réalisation d'un ensemble industriel.

B. – La sous-traitance internationale

En France, la sous-traitance est en principe internationale lorsqu'une des parties à l'opération n'a pas un établissement en France, par exemple un contrat de sous-traitance conclu entre des entreprises installées en France et concernant un marché principal international. N'est pas international le contrat par lequel une société française sous-traite à une société ayant son siège en Allemagne la fabrication en France d'un transformateur commandé par EDF. Pour la Cour de cassation, ce contrat est interne car l'opération de construction doit être réalisée en France, au profit de sociétés françaises, par l'intermédiaire de l'établissement français de la société allemande, lequel est devenu une société de droit français pour la poursuite de ses activités en France et la clause attributive de juridiction donne compétence à un tribunal français. La Cour estime par conséquent que « dans la commune intention des parties, la situation n'avait pas de caractère international » et l'unique élément d'extranéité n'avait ici aucun effet (Civ. 1re, 4 oct. 2005, n° 02-12959, *Bull. civ. I*, n° 352 ; *adde* Ch. mixte, 30 nov. 2007, *Bull. Ch. mixte*, n° 12 décidant que la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance est une loi de police. V. sur son application internationale Com. 27 avr. 2011, préc.).

La sous-traitance internationale soulève des difficultés de détermination de la loi applicable dans les différents rapports juridiques entre les parties.

1. – Les rapports entre l'entrepreneur principal et les sous-traitants

En principe, les parties ont la liberté de choisir la loi applicable à leur relation. Plusieurs lois sont possibles : la loi de l'État d'exécution du contrat principal (qui est souvent celle de l'État où est installé le maître d'ouvrage), la loi de l'État du siège de l'entrepreneur principal et la loi de l'État du siège du sous-traitant.

Toutefois, certaines dispositions légales sont d'ordre public et les parties doivent en tenir compte. En France par exemple, la loi du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance interdit toutes stipulations et arrangements qui ont pour effet de faire échec à ses dispositions.

À défaut de choix, la loi applicable devrait être en principe celle du sous-traitant (Convention et Règlement Rome I) même s'il n'est pas exclu de tenir compte de la loi applicable au marché principal.

2. – Les rapports entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant

La nature de l'action directe peut soulever des difficultés.

L'action directe en paiement du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage est régie par la loi du sous-traité… Ainsi, si le sous-traité est soumis à la loi française, le sous-traitant doit pouvoir exercer son action directe contre le maître de l'ouvrage étranger. Si une loi étrangère applicable aux rapports entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur principal ne reconnaît pas l'action directe, elle ne peut pas aboutir.

CHAPITRE 4 LE REGLEMENT DES LITIGES DU COMMERCE INTERNATIONAL

Quelles que soient les prévisions des parties au contrat international, des litiges peuvent survenir, ne serait-ce que sur l'interprétation du contrat.

Ces litiges peuvent se résoudre par trois voies :

– les modes alternatifs de règlement des différends, notamment la transaction, la médiation ou la conciliation ;

– les juridictions étatiques ;

– l'arbitrage commercial international.

Les modes alternatifs de règlement des différends (MARD) sont de plus en plus utilisés en droit international. Ils sont souvent couplés avec un arbitrage. Ils ont une grande efficacité internationale s'ils sont assimilés aux jugements. Dans le cas contraire, ils restent marginalisés.

SECTION 1 LE RECOURS AUX JURIDICTIONS ETATIQUES

A priori, on pourrait penser que les juridictions étatiques ne sont compétentes que pour régler les litiges purement « internes ». Mais les parties à un contrat du commerce international font parfois confiance à leurs juges nationaux respectifs. Et les juridictions étatiques nationales sont souvent compétentes pour régler les litiges commerciaux internationaux. Les règles s'appliquant à ces juridictions appartiennent aux « conflits de juridictions », par opposition aux conflits de lois, division du droit international privé.

On se limitera aux questions spécifiques au droit du commerce international.

Outre les immunités de juridiction et d'exécution des États ou des organismes publics, deux questions doivent être envisagées :

– la détermination de la compétence des juridictions étatiques appelées à résoudre les litiges du commerce international ;

– l'effet en France des jugements étrangers.

Ces questions dépendent de l'existence ou non d'un texte européen. En effet, dès lors que le litige est d'ordre international communautaire, ce sont les règles des Règlements (ou de la Convention) de Bruxelles qui s'appliquent impérativement, les règles de droit interne étant exclues (Ch. mixte, 11 mars 2005, n° 02-41.371 et n° 02-41.372, BICC n° 619, D. 2005. 1332).

I. – L'absence de texte européen

Il s'agit d'envisager la compétence juridictionnelle de droit commun français. Dans les contrats du commerce international, la situation la plus fréquente est la présence de la clause attributive de juridiction, même si celle qui soulève le plus de contentieux est l'absence d'une telle clause. Une fois la décision obtenue, il convient de la faire exécuter.

A. – La compétence en présence d'une clause attributive de juridiction

La jurisprudence n'est pas toujours claire. Deux vérifications doivent être effectuées dans un contexte de droit commun :

1. – La licéité de la clause

Il s'agit de se demander si une clause peut intervenir dans une matière donnée ou si dans un litige précis, elle est admise dans son principe. Cette licéité dépend en principe de la loi française lorsque des juridictions françaises sont compétentes pour régler le litige au fond. La Cour de cassation française a posé le principe que « les clauses prorogeant la compétence internationale sont licites lorsqu'il s'agit d'un litige international » et a jugé licite une clause attributive insérée dans un marché de travaux publics passé entre une société française et un organisme libyen (Civ. 1re, 17 déc. 1985, *Cie de Signaux*, *GADIP* n° 72).

En droit français, la clause est licite si :

– le litige présente un caractère international et ;
– elle ne fait pas échec à la compétence territoriale exclusive d'une juridiction française, par exemple dans les cas de certaines lois de police.

2. – La validité de la clause

Une fois la clause admise dans son principe, sa validité devrait être appréciée conformément à la loi choisie par les parties dans le contrat principal pour les conditions de fond et à la règle *locus regit actum* pour les conditions de forme.

En droit français, conformément à l'article 48 du Code de procédure civile, la clause doit faire l'objet d'une stipulation très apparente dans l'engagement de la personne à qui elle est opposée en tenant compte de la présence d'usages du commerce international dans la matière en cause.

Dans un arrêt de 2008, la Cour de cassation a admis la validité de la clause attributive de juridiction alors même qu'elle était rédigée en langue étrangère et en dépit de l'ambiguïté de ses termes (Civ. 1re, 23 janv. 2008, n° 06-21.011, *JDI* 2008, p. 1087, obs. A. Sinay-Cytermann).

L'efficacité de la clause est plus largement admise, y compris en droit commun. Un arrêt de la cour de Toulouse a admis que le défaut de signature d'un contrat ne peut être opposable pour contester la validité d'une clause attributive de juridiction (Toulouse, 2e ch., 20 juill. 2016, *RG* n° 16/00809).

B. – La compétence en l'absence d'une clause attributive de juridiction

Il existe deux voies de compétence : la compétence ordinaire et la compétence privilégiée.

1. – La compétence ordinaire : l'extension des règles de compétence territoriale interne à la compétence internationale

Il s'agit de projeter sur le plan international les règles de compétence territoriale du droit judiciaire interne français. Cette solution générale est issue des arrêts *Pelassa* (Civ., 19 oct. 1959, *D.* 1960. 37, note D. Holleaux) et *Scheffel* (Civ., 30 oct. 1962, *GADIP* n° 37) dans lequel la Cour affirme que « l'extranéité des parties n'est pas une cause d'incompétence des juridictions françaises […] la compétence internationale se détermine par extension des règles de compétence territoriale interne ». Par conséquent, ce sont les articles 42 et s. du Code de procédure civile qui déterminent la compétence internationale. Il en ressort :

Un principe général : « la juridiction territorialement compétente est, sauf disposition contraire, celle du lieu où demeure le défendeur » (art. 42 al. 1). D'après cette règle étendue à l'international, la juridiction française est internationalement compétente si le défendeur demeure en France. C'est la *lex fori* qui détermine la conception de domicile retenue. S'agissant des sociétés, c'est en principe le siège social qui est pris en compte. En cas de dissociation entre le siège social statutaire et celui réel, c'est ce dernier qui l'emporte. La « jurisprudence des gares principales » s'applique également ici. Enfin, cette règle de l'article 42 du Code de procédure civile s'applique comme en droit interne français à toutes les actions personnelles relatives au commerce international et aux actions réelles mobilières puisque, lorsqu'elles sont immobilières, les actions réelles relèvent du lieu de situation de l'immeuble (art. 44 C. pr. civ.) ;

Un double affinement apporté par l'article 46 du Code de procédure civile. Outre la compétence de principe de l'article 42, l'article 46 permet :

– ***en matière contractuelle*** au demandeur de saisir en plus (c'est une option) le tribunal « du lieu de livraison effective de la chose ou du lieu de l'exécution de la prestation de service » (art. 46-1). Ainsi, pour que le demandeur résidant à l'étranger puisse saisir une juridiction française, il faut que, soit le défendeur réside en France, soit le lieu de livraison de la chose ou l'exécution de la prestation de service se trouve en France. Dans ce dernier cas, peu importe que le défendeur demeure en France. La jurisprudence française décide que le lieu de livraison effective de la chose est celui où la livraison est matériellement intervenue, à l'exclusion de celui où elle aurait dû intervenir. Par conséquent, l'art. 46 al. 2 ne s'applique pas lorsque la chose n'a pas été livrée (Com., 3 nov. 1988, *Bull. civ. IV*, n° 291 ; Com., 14 juin 1994, *Bull. civ. IV*, n° 221). Des règles spécifiques existent pour les contrats d'assurance (art. R. 114-1 C. assur.), les contrats de travail et les contrats de transport (par exemple l'art. R. 321-1 du Code de l'aviation civile en ce qui concerne le transport aérien),

– ***en matière délictuelle*** au demandeur de saisir en plus « la juridiction du lieu du fait dommageable ou celle dans le ressort de laquelle le dommage a été subi » (art. 46-2). Cette règle peut s'appliquer par exemple en cas de pollution transfrontière, en cas de contrefaçon d'un droit de propriété industrielle ou même en cas de délits de presse.

Il convient simplement d'indiquer la compétence pour les mesures provisoires, conservatoires et les voies d'exécution, car elles ne sont pas spécifiques au commerce international.

Deux questions doivent être résolues :

1/ Quels sont les tribunaux compétents pour accorder ces mesures ?
Les tribunaux français ne sont internationalement compétents que si la mesure conservatoire ou la saisie se déroule en France, c'est-à-dire si le bien est situé sur le territoire français (v. not. Civ. 2e, 29 févr. 1984, *Rev. crit. DIP* 1985, p. 545, 1re esp., note A. Sinay-Cytermann ; Civ. 1re, 11 févr. 1997, *JCP* 1997, IV, 739) ;

2/ Ces tribunaux compétents pour mettre en œuvre de telles mesures sont-ils compétents pour le fond de l'affaire, par exemple l'existence de la créance qui fonde la mesure ?

Après quelques décisions se prononçant en faveur d'une telle compétence (Civ. 1re, 6 nov. 1979, *Rev. crit. DIP* 1980, p. 588, note G. Couchez, *JDI* 1980, p. 95, rapp. A. Ponsard), la jurisprudence est désormais en sens contraire. Par conséquent, les juridictions françaises seules compétentes pour mettre en œuvre une saisie ne peuvent se prononcer sur le fond de la créance que si leur compétence est fondée sur une autre règle (Civ. 1re, 17 janv. 1995, *Rev. crit. DIP* 1996, p. 133, note Y. Lequette ; Civ. 1re, 11 févr. 1997, *D.* 1997. *IR.* 62).

2. – La compétence privilégiée : la prise en compte de la nationalité française des parties

Les articles 14 et 15 du Code civil prévoient une compétence privilégiée fondée sur la nationalité française des parties. L'article 14 permet à un demandeur de nationalité française d'attraire son cocontractant étranger devant une juridiction française. L'article 15 permet à tout demandeur d'assigner un défendeur français devant une juridiction française. Le contentieux relatif à cette compétence est assez réduit. Quelques arrêts méritent d'être relevés : Civ. 1re, 25 mars 2015, n° 13-26.131 décidant que la nationalité des parties suffit sur la base de ces textes à fonder la compétence du juge français ; Com. 24 nov. 2015, n° 14-14.924 décidant en l'absence d'élection de for que « seules les règles de conflits de juridiction doivent être mises en œuvre pour déterminer la juridiction compétence, des dispositions impératives constitutives de lois de police seraient-elles applicables au fond du litige ». La même solution est valable en présence d'une clause : dès lors que les règles européennes sont applicables, il ne peut y être dérogé pour justifier la compétence des juridictions françaises sur la base de ces articles.

Depuis l'arrêt *Société Cognacs and Brandies* (Civ. 1re, 19 nov. 1985, *GADIP* n° 71) cette compétence privilégiée n'est toutefois possible que si aucun critère ordinaire de compétence territoriale n'est réalisé en France.

Une renonciation à ce privilège de juridiction est possible.

– Elle ne soulève pas de difficultés dans certaines hypothèses. Ainsi, elle peut être l'œuvre d'une clause attributive de juridiction à un tribunal étranger (Civ. 1re, 25 nov. 1986, *Rev. crit. DIP*, 1987, p. 396, note H. Gaudemet-Tallon ; Civ. 1re, 23 janv. 2008, n° 06-21.011 préc.) ou d'une clause compromissoire. Au contraire, est indifférente la soumission du contrat par les parties à une loi étrangère.

– D'autres hypothèses sont plus délicates à apprécier et la jurisprudence n'est pas très éclairante. Il s'agit par exemple de l'exercice d'une action en justice devant un tribunal étranger. En ce qui concerne l'article 14, la saisine d'un tribunal étranger par le demandeur français devrait en principe valoir renonciation, bien que ce principe soit écarté dans certains cas. S'agissant de l'article 15, le fait de ne pas soulever l'incompétence du tribunal étranger devrait entraîner une renonciation, mais la jurisprudence prend en compte les motifs du défendeur.

C. – L'effet en France des jugements étrangers

Dans quelles conditions un jugement rendu à l'étranger produit-il en France des effets affectés à un jugement ?

Certains effets sont indépendants de l'*exequatur*, ne nécessitant pas un contrôle des juridictions françaises. Il s'agit notamment de :

– l'effet de fait : le juge français considère la décision étrangère comme un simple fait ;
– l'effet de titre : la décision étrangère est considérée comme un *instrumentum* qui renferme un certain nombre de constatations.

D'autres effets – les plus graves – sont soumis à la procédure d'*exequatur* par laquelle les juridictions françaises peuvent conférer force exécutoire et autorité de la chose jugée au jugement étranger.

L'exigence d'*exequatur* est donc le principe dans deux cas bien définis de jugements étrangers :

– lorsque ces jugements de toute *nature* (y compris une « ordonnance » du juge américain des faillites : Civ. 1re, 17 oct. 2000, *Rev. crit. DIP* 2001, p. 120, note approbative J.-P. Rémery et critique H. Muir Watt) sont invoqués pour obtenir des actes d'exécution matérielle sur les biens ou de coercition sur les personnes ;
– lorsque ces jugements sont de caractère déclaratif et patrimonial par exemple le jugement établissant l'existence d'une créance.

Pour accorder l'*exequatur*, depuis les arrêts *Munzer*, (Civ. 1re, 7 janv. 1964, *Bull. civ. I*, n° 15, *GADIP* n° 41), *Bachir*, (Civ. 1re, 4 oct. 1967, *Bull. civ. I*, n° 277) et *Cornelissen* (Civ. 1re, 20 févr. 2007, *Bull. civ. I*, n° 68), le juge français vérifie 3 conditions :

1. – La compétence indirecte du tribunal étranger

L'*exequatur* est refusé lorsque la règle française de compétence internationale directe attribue compétence exclusive aux juridictions françaises.

L'*exequatur* est plus facilement accordé dans le cas contraire, à condition que le litige se rattache d'une manière caractérisée au pays dont le juge a été saisi (Civ. 1re, 6 févr. 1985, *Simitch*, *GADIP* n° 70).

2. – La conformité à l'ordre public international

Ce contrôle de conformité est d'autant plus important que la jurisprudence a abandonné le contrôle de la loi appliquée. Il concerne tant l'ordre public de fond que l'ordre public procédural et particulièrement le respect des droits de la défense. Ainsi, la Cour de cassation a décidé que la décision étrangère ouvrant une procédure collective à l'égard d'un non commerçant n'est pas contraire à l'ordre public international (Civ. 1re, 18 janv. 2000, *Bull. civ. IV*, n° 17). Dans un arrêt de 2002, pour accorder l'*exequatur* à une décision espagnole, elle décide qu'est conforme à l'ordre public international français une période suspecte de 23 mois avant le jugement d'ouverture de la faillite (Com., 5 févr. 2002, *Bull. civ. IV*, n° 24).

3. – L'absence de la fraude à la loi

Ce contrôle concerne la fraude à la loi proprement dite, mais aussi la fraude au jugement.

Lorsque toutes ces conditions sont remplies, le juge français accorde l'*exequatur* à la décision étrangère qui lui est soumise. Ces conditions sont allégées en cas d'application du Règlement de Bruxelles.

II. – Le régime des Règlements (et de la Convention) de Bruxelles

Au préalable, il convient de signaler que l'étude sera ici limitée aux seuls Règlements de Bruxelles du 22 décembre 2000 (dit Bruxelles I) refondue le 12 décembre 2012 (Bruxelles I bis) car eux seuls intéressent véritablement le commerce international. Même dans l'analyse de ces textes on se limitera aux seuls aspects relatifs au commerce international. D'autres textes de même nature ou non existent dans des domaines voisins, notamment :

– le Règlement (CE) n° 1347-2000 du 29 mai 2000 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et de responsabilité parentale (Bruxelles II) et le Règlement (CE) n° 2201-2003 du 27 novembre 2003 qui remplace celui du 29 mai 2000 depuis le 1er mars 2005 (Bruxelles II *bis*) ;

– le Règlement (CE) n° 1346-2000 du 29 mai 2000 sur les procédures d'insolvabilité ;

– le Règlement UE n° 2015/848 du 20 mai 2015 ;

– le Règlement (CE) n° 1348-2000 du 29 mai 2000 sur les significations et les notifications dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires, légèrement amendé par un Règlement des Parlement européen et Conseil CE n° 1393/2007 du 13 novembre 2007 (entrée en vigueur depuis le 13 nov. 2008) ;

– le Règlement (CE) n° 1206-2001 du 28 mai 2001 sur la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves civiles situées dans un autre État membre ;

– le Règlement (CE) n° 805-2004 du 21 avril 2004 portant création du titre exécutoire européen (TEE) entré en vigueur le 21 octobre 2005 (sur lequel K. H. Belt, *D.* 2005.

Chron. 2707). Il a pour objet d'assurer la libre circulation des décisions, transactions judiciaires et actes authentiques dans tous les États membres, sans qu'il soit nécessaire de recourir à une procédure intermédiaire, dans l'État membre, d'exécution préalablement à la reconnaissance et à l'exécution. Ainsi, une décision, transaction ou acte authentique est immédiatement exécutoire, sans *exequatur*, dans tous les États membres de l'UE, à l'exception du Danemark. Le contrôle est donc déplacé de l'État membre d'exécution à celui d'origine car c'est une autorité de l'État d'origine qui délivre le certificat de titre exécutoire européen. Le Règlement laisse à chaque État membre le soin de désigner les autorités certificatrices et d'informer la Commission de ce choix. C'est dans ce cadre qu'intervient le décret n° 2008-484 du 22 mai 2008 relatif à la procédure devant la Cour de cassation. Ce décret modifie les autorités certificatrices françaises de titre exécutoire européen. les actes notariés français seront désormais certifiés par le notaire qui en conserve la minute. Les décisions le seront par le greffier en chef du tribunal, cette dernière disposition étant contraire à la lettre du Règlement. Le décret ne prévoit rien pour les transactions. Une lecture de l'article 24 du Règlement apporte une réponse pour les transactions « judiciaires » en prévoyant que la certification est faite par la juridiction par laquelle la transaction a été approuvée ou devant laquelle elle a été conclue. L'article 509-1 du Code de procédure civile prévoit que la demande de certification du titre exécutoire européen doit être demandée au greffier en chef de la juridiction qui a homologué la convention. La question se pose de savoir si ce texte doit être appliqué à la transaction ;

– le Règlement (CE) n° 1896-2006 du 12 décembre 2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer (*JOUE* 30 déc. 2006, n° L. 399, p. 1 et s. ; pour une interprétation de ce règlement CJUE, 13 juin 2013, aff. C-144/12) ;

– le Règlement des Parlement européen et Conseil CE n° 861-2007 du 11 juillet 2007 instituant une procédure européenne pour les demandes de faible importance (inférieures à 2 000 €, hors intérêt et frais de débours), applicable depuis le 1er janvier 2009. Ce texte ne concerne que les litiges transfrontaliers.

– le Règlement UE n° 655/2014 du 15 mai 2014 portant création d'une ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires (*JOUE* n° L. 189, 27 juin 2014, p. 59).

– le Règlement UE n° 2015/2421 du 16 décembre 2015 modifiant le règlement CE n° 861/2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges et le règlement CE n° 1896/2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer (*JOUE* L. 341/1 du 24 déc. 2015).

– la Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection du for qui est entrée en vigueur le 1er octobre 2015. Elle a une importance pratique très faible, car, en dehors de l'UE, seul le Mexique l'a ratifiée. En outre, elle ne s'applique que dans les rapports intra européens.

Le Règlement de Bruxelles du 22 décembre 2000 (Règl. CE n° 44/2001 du 22 déc. 2000) concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Bruxelles I) remplace depuis le 1er mars 2002 (pour les 15 anciens États membres de l'Union) la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968

sur le même objet (pour les dix nouveaux États membres de l'Union européenne, le Règlement est en vigueur depuis le 1er mai 2004). La Convention de Bruxelles a été conclue entre les six États d'origine de la Communauté économique européenne et était en vigueur depuis le 1er février 1973. Elle a été élargie et modifiée en raison de l'adhésion de nouveaux membres : Danemark, Irlande, Royaume-Uni (1978), Grèce (1982), Espagne, Portugal (1989). Elle a été également étendue aux membres de l'Association européenne de libre-échange (Convention de Lugano du 16 sept. 1988). Une Convention du 30 octobre 2007 a d'ailleurs révisé ce dernier texte pour l'aligner sur le Règlement Bruxelles I, même si quelques spécificités ont été préservées. En l'absence de jurisprudence sur le Règlement par rapport à certaines questions, celle relative à la Convention sera prioritairement utilisée.

Le Règlement Bruxelles I était désormais applicable dans tous les États membres de l'Union européenne. Pour l'essentiel, le Règlement Bruxelles I reprend un grand nombre de dispositions de la Convention. Quelques innovations toutefois notamment en ce qui concerne la matière contractuelle et surtout la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères. Ces dernières sont d'ordre procédural.

Le Règlement de Bruxelles du 12 décembre 2012 (Règl. UE n° 1215/2012, Bruxelles I bis) est une refonte de celui du 22 décembre 2000 et a le même objet. Il est applicable depuis le 10 janvier 2015 (règl. 1215/2012, art. 81). Il apporte quelques innovations importantes. En se limitant aux aspects importants pour le droit du commerce international, elles concernent les clauses attributives de juridiction, la suppression de l'*exequatur*, la révision profonde de la litispendance et de la connexité dans le sens d'une plus grande sécurité juridique, avec la volonté d'éliminer le plus d'hypothèses de procédures concurrentes, y compris en cas de procédure pendante devant les juridictions d'État tiers et le maintien de l'exclusion de l'arbitrage.

Les Règlements Bruxelles I du 22 décembre 2000 et Bruxelles I bis du 12 décembre 2012 ont un champ d'application identique à celui de la Convention. Ils s'appliquent exclusivement en matière civile et commerciale. Ne relève pas de cette matière l'action introduite par une personne physique contre la Grèce, suite à l'échange, imposé par une loi grecque, des obligations souveraines qu'il avait achetées contre les obligations de moindre valeur, dès lors que cette loi a été adoptée dans un contexte exceptionnel de crise financière et de risque de défaut de paiement de la Grèce (CJUE 15 nov. 2018, aff. 308-17, *RJDA* 2019, n° 2).

Sont exclues de leur domaine :

plusieurs matières (art. 1er al. 1 Bruxelles I et Bruxelles I bis) :
– fiscales ;
– douanières ;
– administratives ;

plusieurs litiges (art. 1er al. 2 Bruxelles I et Bruxelles I bis) :
– l'état et la capacité des personnes physiques ;
– les régimes matrimoniaux ;
– les testaments et successions ;

– les faillites et concordats ;

– la sécurité sociale ;

– l'arbitrage. Il reste exclu dans le règlement Bruxelles I bis même si les textes ne sont pas clairs, l'article 73-2 indiquant que ce règlement « n'affecte pas l'application de la convention de New York de 1958 ». Un arrêt récent, rendu sous l'empire du règlement Bruxelles I est porteur d'espoir en décidant qu'il ne s'oppose pas à ce qu'une juridiction d'un État membre reconnaisse et exécute, ni à ce qu'elle refuse de reconnaître et d'exécuter une sentence arbitrale interdisant à une partie de présenter certaines demandes devant une juridiction de cet État membre, dans la mesure où ce règlement ne régit pas la reconnaissance et l'exécution, dans un État membre, d'une sentence arbitrale prononcée par un tribunal arbitral dans un autre État membre (CJUE, gr. ch., 13 mai 2015, aff. C-536/13, *Gazprom OAO*, *JCP* 2015. 804, note C. Nourissat).

En principe, un lien doit exister entre le litige et le Règlement. L'article 2 du Règlement Bruxelles I (art 4 Bruxelles I bis) pose une règle générale d'après laquelle le texte est applicable dès lors que le défendeur possède son domicile (son siège social pour une société) sur le territoire d'un État contractant.

Les Règlements ajoutent toute une série de compétences complémentaires ou dérogatoires qui utilisent des facteurs d'intégration autres que le domicile du défendeur, notamment des exclusivités de compétences (art. 22 Bruxelles I, art. 24 Bruxelles I bis, art. 16 de la Convention) ou la volonté des parties (art. 23 Bruxelles I, art. 25 Bruxelles I bis, art. 17 de la Convention). Dans ces cas, des conditions spécifiques sont prévues. Certains de ces cas ne concernent qu'indirectement le droit du commerce international et ne seront pas envisagés. C'est le cas des baux d'immeuble pour lesquels le tribunal du lieu de situation de l'immeuble est seul compétent, à l'exclusion de toute autre juridiction (art. 22-1, Civ. 1re, 21 sept. 2005, *RJDA* 2005, n° 1410). Outre la solution générale qui ne s'applique pas toujours (compétence de la juridiction du domicile du défendeur), une présentation simplifiée de la détermination des juridictions compétentes en application des Règlements Bruxelles I et Bruxelles I bis distingue la compétence en matière contractuelle, délictuelle et quasi délictuelle, d'exploitation d'une succursale, et d'autres compétences pouvant intéresser le commerce international. Cette présentation sera complétée par la reconnaissance et l'*exequatur* des décisions en justice.

Mais il convient, dès ici, de relever que le texte nouveau comporte 41 considérants, 81 articles et 3 annexes dont un très utile tableau de concordances avec Bruxelles I. Les spécialistes du commerce international devront s'habituer à consulter désormais l'article 7§1 et non 5§1 sur l'important contentieux en matière contractuelle.

A. – La compétence en matière contractuelle

La matière contractuelle est une matière autonome. La Cour de justice considère que cette matière ne peut englober une situation dans laquelle une partie n'assume librement aucun engagement envers une autre. L'action directe du sous-acquéreur contre le fabricant d'origine en garantie des vices cachés, dans l'ensemble considérée par la jurisprudence française comme contractuelle, ne l'est pas selon la Cour de justice (CJCE, 17 juin 1982, *Jacob Handte, Rev. crit. DIP* 1992, p. 726, note H. Gaudemet-Tallon). Toutefois, sous l'angle de la compétence juridictionnelle, la Cour de cassation semble s'être (définitivement ?) rangée à la position de la Cour de justice (Civ. 1re, 8 juin 1999, *Dragon rouge*, *Rev. crit. DIP*

2000, p. 67, note H. Gaudemet-Tallon). Cette dernière a décidé que la promesse de gain lors d'une loterie relève d'un « engagement librement assumé » (v. CJCE, 20 janv. 2005, aff. C. 27-02, *Petra Engler*, *Europe* 2005, comm. n° 103, obs. L. Idot. V. déjà CJCE, 11 juill. 2002, *Rudolf Gabriel*, aff. C-96/00, *Rec. CJCE*, p. 1-06367, *Rev. crit. DIP* 2003, p. 484, note P. Rémy-Corlay).

La Cour de justice décide également que l'action tendant à obtenir l'annulation d'un contrat et la restitution des sommes indûment versées sur son fondement relève de la matière contractuelle (CJUE 20 avr. 2016, aff. 366/16, *Profit Investment SIM SpA c/ O.*, *D.* 2017. 375, obs. M. Mekki et *ibid.* 1021, obs. F. Jault-Seseke).

Des divergences existent parfois. L'action en responsabilité pour rupture brutale de relations commerciales établies, fondée sur l'article L. 442-6.I.5° du Code de commerce est qualifiée par la CJUE de nature contractuelle dans l'ordre international et européen (CJUE 14 juill. 2016, aff. 196-15, *Granarolo*) alors que la Cour de cassation s'est prononcée pour la nature délictuelle (Com. 6 févr. 2007, n° 04-13178, Com. 18 janv. 2011, n° 10-11885 ; *adde* C. Nourissat, « Rupture brutale d'une relation commercial établie : du curieux effet du franchissement d'une frontière sur la nature de l'action », *RLDA* 2007, p. 67 ; v. récemment, dans le même sens, Civ. 1re, 18 janv. 2017, no 15-26.105 V. cependant Com. 20 sept. 2017, n° 16-14.812 qui est une application de l'arrêt *Granarolo* et Com. 13 sept. 2017, n° 16-13.062 retenant la qualification contractuelle).

Dans un récent arrêt *Flightright*, la CJUE se prononce sur des actions engagées sur le fondement du règlement n° 261/2004, établissant des règles communes en matière d'indemnisation et d'assistance des passagers en cas de refus d'embarquement et d'annulation ou de retard important d'un vol. Il s'agissait en l'espèce de l'applicabilité de la règle de compétence spéciale prévue en matière contractuelle, dans l'hypothèse d'une action engagée par des passagers contre un transporteur effectif aérien qui avait assuré le vol mais n'était pas celui avec lequel ils avaient contracté. La CJUE estime qu'une telle action relève de la matière contractuelle (CJUE 7 mars 2018, aff. C-274/16, C-447/16 et C. 448/16, *D.* 2018. 1366, note P. Dupont et G. Poissonnier, 1943, obs S. Bollée).

De même, dans un arrêt du 4 octobre 2018, la CJUE décide que l'action d'un créancier visant à lui rendre inopposable l'acte de disposition passé par son débiteur en fraude de ses droits relève de la matière contractuelle au sens du règlement Bruxelles I (CJUE 4 oct. 2018, aff. C-337/17, *Feniks sp. Zoo c/ Azteca Products and Services SL*).

Suivant le cheminement du juge étatique saisi, l'hypothèse de la présence d'une clause attributive de juridiction doit être distinguée de celle de son absence.

1. – La clause attributive de juridiction (art. 23 Bruxelles I et 25 Bruxelles I bis)

Rôle important de la volonté des parties dans la détermination de la compétence internationale des juridictions.

Fréquence de clauses dans les contrats de commerce international.

Clause ayant une grande efficacité (Civ. 1re, 1er févr. 2012, n° 11-12453).

a – Le Règlement Bruxelles I

Dans le régime issu du Règlement Bruxelles I, une distinction doit être effectuée selon qu'au moins une partie a son domicile sur le territoire d'un État membre.

α. Une des parties a son domicile sur le territoire d'un État membre (art. 23-1)

Indifférence de la position procédurale.

Controverse sur le point de savoir si le domicile concerné est celui à la date de conclusion de la clause ou celui à la date de l'introduction de l'instance. La première solution semble plus logique étant donné l'impératif de sécurité des transactions.

Plusieurs vérifications :

– Désignation d'un tribunal ou des tribunaux d'un État membre

Les parties sont libres, à condition qu'il s'agisse d'un État membre, de désigner un tribunal précis (tribunal de Toulouse ou tribunal de Fort-de-France), les juridictions d'un État (juridictions françaises) ou même les juridictions de plusieurs États (CJCE, 9 nov. 1978, *Glacetal, Rev. crit. DIP* 1981, p. 138, note H. Gaudemet-Tallon : il était convenu que toute action exercée par une entreprise française contre son cocontractant allemand devait l'être en Allemagne alors que devait avoir lieu en France toute action exercée par l'entreprise allemande).

Il n'est pas nécessaire que le tribunal choisi présente un lien avec le litige, à condition qu'il soit sur le territoire d'un État membre (Comparez avec la possibilité admise par la Convention et le Règlement Rome I de désigner une loi neutre).

Comme en droit français, le Règlement Bruxelles I n'exige pas que la clause soit absolument précise pour permettre l'identification de la juridiction compétente par son seul libellé. Il suffit qu'elle identifie les éléments objectifs sur lesquels les parties se sont entendues pour choisir la juridiction compétente, à condition que ces éléments soient suffisamment précis pour permettre au juge saisi de déterminer s'il est compétent et puissent être concrétisés si besoin est par les circonstances propres de l'espèce (CJCE, 9 nov. 2000, *Coreck*, *Rev. crit. DIP* 2001, p. 359, obs. F. Bernard-Fertier).

– L'existence « d'un rapport de droit déterminé »

Elle ne doit pas viser tous les litiges qui peuvent survenir entre les parties à propos de n'importe quel rapport juridique. Cette condition est appréciée largement.

– Forme libérale et assouplie

L'article 23 du règlement Bruxelles I ou 25 du règlement Bruxelles I bis exige simplement que la clause soit conclue :

– par écrit ou verbalement avec une confirmation écrite. Cette confirmation peut être unilatérale. La clause fait alors partie des stipulations du contrat ou même d'un document spécifique. Le Règlement assimile à cette forme écrite « toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention » ;
– sous une forme conforme aux habitudes établies entre les parties, le télex par exemple ;
– « dans le commerce international, sous une forme qui est soit conforme à un usage dont les parties avaient connaissance ou étaient censées avoir connaissance et qui est largement connu et régulièrement observé dans ce type de commerce par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale considérée » (art. 23-1-c).

Cette forme est donc assouplie (CJUE 7 juill. 2016, aff. 222/15, *Höszig Kft c/ Alstom Power Thermal Services* ; CJUE 20 avr. 2016, aff. C-366/13, *JDI* 2017, 585, obs. C. Kleiner) Malgré cet assouplissement, une clause illisible ne devrait pas être admise (Com., 27 févr. 1996, *Rev. crit. DIP* 1996, p. 731, note H. Gaudemet-Tallon) ;

– Respect des compétences exclusives et dérogatoires

La clause attributive de juridiction n'est valable qu'à condition de respecter les règles de compétences exclusives de l'article 22 Bruxelles I et 24 Bruxelles I bis et les règles protectrices des parties faibles notamment celles concernant le contrat d'assurance (art. 13 Bruxelles I et 15 Bruxelles I bis) le contrat de consommation (art. 17 Bruxelles et 19 Bruxelles I bis) ou le contrat individuel de travail (art. 21 Bruxelles I et 23 Bruxelles I bis).

Enfin, le litige doit présenter un caractère international (Civ. 1re, 4 oct. 2005, n° 02-12.959, *Bull. civ. I*, n° 352), ce caractère s'appréciant, pour des motifs de sécurité juridique, au moment de la conclusion de la clause (même arrêt). Cette condition n'est pas prévue par les Règlements Bruxelles I et Bruxelles I bis.

β. Aucune partie n'a son domicile sur le territoire d'un État membre (art. 23 al. 3)

D'après l'alinéa 3 de l'article 23 Bruxelles I, lorsqu'une clause attributive de juridiction désignant le tribunal d'un État membre et remplissant les conditions de l'alinéa 2 du même article est conclue par les parties dont aucune n'a son domicile sur le territoire d'un État membre, les juridictions des autres États membres ne peuvent connaître du litige tant que la juridiction désignée n'a pas décliné la compétence. C'est cette dernière juridiction qui devra décider si en application de son droit commun, ladite clause doit avoir ou non effet. Si elle répond positivement, aucun tribunal d'un État membre ne peut se déclarer compétent. Cette compétence est exclusive.

En conclusion, l'article 23 ne prévoit pas de conditions de fond relatives à la clause. Le recours à la loi d'autonomie devrait l'emporter.

b – Le Règlement Bruxelles I bis

Le Règlement Bruxelles I bis apporte des modifications à cette question si importante pour le commerce international en internationalisant le régime de la clause. Les règles de forme sont maintenues, l'interprétation est inchangée (v. récemment CJUE 8 mars 2018, aff. 64/17, *Saey Home et Garden NV/ SA c/ Lusavouga-Maquinas e Acessorios Industriais SA*

décidant que le contrat de concession conclu verbalement, sans confirmation ultérieure par écrit et dont les conditions générales contenant la clause ne figurent que sur les factures émises par une des parties ne remplissent pas les conditions de forme exigées par l'article 25-1-a du règlement. V. également Civ. 1re, 15 mai 2018, n° 17-12.044 dans une instance opposant une société française à son fournisseur allemand. La Cour confirme que répond aux exigences de cet article la clause de compétence figurant aux conditions générales de vente du fournisseur reproduites en langue allemande au verso des documents contractuels lesquels comportent, au recto, une invitation en français à consulter les conditions de vente et de livraison. Par conséquent, elle considère que ladite clause a fait l'objet d'une acceptation tacite de la part de l'acheteur français et partant lui est opposable car son attention a été spécialement attirée sur sa présence).

Son article 25-1, 1re phrase dispose désormais « Si les parties, *sans considération de domicile*, sont convenues d'une juridiction ou de juridictions d'un État membre pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ces juridictions sont compétences, sauf si *la validité de la convention attributive de juridiction est entachée de nullité quant au fond selon le droit de cet État membre*. Cette compétence est exclusive… ». Cet article, complété par le considérant 22 et l'article 31 du règlement, apporte plusieurs changements. Le premier était prévisible : la fin de l'exigence liée au domicile dans un État membre de l'UE. La deuxième concerne la désignation de la loi applicable à la validité quant au fond de la clause. Le texte indique clairement qu'elle est réglée conformément au droit de l'État membre de la ou des juridictions désignées dans l'accord, y compris les règles de conflits de cet État membre (Règl. Bruxelles I bis, cons. 20 et art. 25). La troisième est la séparation de la clause des autres dispositions du contrat, l'article 25-5 disposant désormais « une convention attributive de juridiction faisant partie d'un contrat est considérée comme un accord distinct des autres clauses du contrat. » Sa validité ne peut être contestée au seul motif que le contrat n'est pas valable. Enfin, une priorité est accordée au juge désigné par la clause pour se prononcer sur sa propre compétence. Ainsi, le juge désigné doit surseoir à statuer lorsqu'il est saisi en second lieu (cons. 22 et art. 31 Bruxelles I bis).

– Portée de la clause

La question est très importante. La réponse est-elle la même sous l'empire du nouveau texte comme sous celui de l'ancien ?

Lorsque les conditions de validité sont remplies, elle attribue compétence exclusive au seul tribunal désigné, sauf si les parties en ont disposé autrement. Elle est interprétée strictement. Ainsi, insérée dans un contrat, elle n'a en principe pas d'effet sur une action de nature distincte et non contractuelle (Com., 21 mars 2000, *Rev. crit. DIP* 2001, p. 793, obs. A. Sinay-Cytermann). De même, elle ne peut s'étendre à un contrat voisin et distinct, par exemple entre contrat-cadre et contrat d'application (Com., 27 févr. 1996, *Rev. crit. DIP* 1996, p. 736, note H. Gaudemet-Tallon). Toutefois, dans un arrêt de 2017, la Cour de cassation décide que la clause couvrant les litiges découlant de la relation contractuelle s'applique à la rupture brutale du contrat (Civ. 1re, 18 janv. 2017, no 15-26.105). De même, rendue à la suite d'une question préjudicielle, une décision de 2018 de la CJUE apporte des précisions qui renforcent cette portée à propos d'une clause asymétrique. Le débat ne porte pas sur cet aspect mais sur les rapports entre la clause et le droit de la concurrence (CJUE, 3e ch., 24 oct. 2018, aff. C-595/17, *eBizcuss*, *D.* 2018. 2338, note H. Gaudemet-Tallon). D'une part, elle décide que l'article 23 doit être interprété en ce se sens que

l'application, à l'égard d'une action en dommages-intérêts intentée par un distributeur à l'encontre de son fournisseur, sur le fondement de l'article 102 du TFUE, d'une clause attributive de juridiction contenue dans le contrat liant les parties n'est pas exclue au seul motif que cette clause ne réfère pas expressément aux différends relatifs à la responsabilité encourue du fait d'une infraction au droit de la concurrence. D'autre part, elle décide que ce même article doit être interprété en ce sens que l'application d'une clause attributive de juridiction dans le cadre d'une action en dommages-intérêts intentée par un distributeur contre son fournisseur sur le fondement de l'article 102 du TFUE ne dépend pas du constat préalable d'une infraction au droit de la concurrence par une autorité nationale ou européenne. Sur l'épilogue de la même affaire devant la Cour de cassation : Civ. 1re, 30 janv. 2019, n° 16-25.259).

La clause produit des effets entre les parties contractantes d'origine.

À l'égard d'autres personnes, la situation est moins claire.

Certaines hypothèses ne soulèvent pas de difficultés, la clause produisant des effets, notamment :

– en cas de représentation : le représenté est en effet partie au contrat conclu par le représentant. Ainsi, le bénéficiaire d'une stipulation pour autrui peut se prévaloir de la clause convenue entre le stipulant et le promettant (v. art. 12 sur le contrat d'assurance ; CJCE, 14 juill. 1983, aff. 201/82, *Gerling Konzern*, *Rec.* p. 2503) ;
– en cas de chaîne de contrats, au sous-acquéreur de la marchandise (CJUE, 7 févr. 2013, aff. C-543/10, *Refcomp* ; Civ. 1re, 11 sept. 2013, n° 09-12.442, *D.* 2014. 21, note D. Mazeaud) ;
– en cas de cession de créance, même si le cessionnaire n'y a pas consenti (comp. Com. 13 nov. 2013, n° 13-13.586) ;
– dans l'hypothèse d'un contrat de transport, en cas de connaissement. Le porteur d'un tel titre peut être lié par la clause attributive de juridiction convenue entre le chargeur et le transporteur dès lors que le droit national applicable reconnaît que le porteur succède aux droits et obligations du chargeur. Dans le cas contraire, il doit avoir consenti (CJCE, 19 juin 1984, *Tilly Russ*, *Rec.* p. 2417, *Rev. crit. DIP* 1985, p. 391, note H. Gaudemet-Tallon, *JDI* 1985, p. 159, note J.-M. Bischoff ; CJCE, 16 mars 1999, *Castelletti*, *Rev. crit. DIP* 1999, p. 557, note H. Gaudemet-Tallon ; CJCE, 9 nov. 2000, *Coreck,* préc.). Après une divergence jurisprudentielle entre la première chambre civile et la chambre commerciale de Cour de cassation qui ignoraient cette position, deux arrêts de ces deux chambres en date du 16 décembre 2008 adoptent désormais cette position (Civ. 1re et Com., 16 déc. 2008, *D.* 2009. Pan. 972, obs. H. Kenfack ; Aix-en-Provence, 2e ch., 9 nov. 2011, n° 10/22956 et Aix-en-Provence, 8e ch., sect. A., 7 sept. 2011, n° 09/06787, *D.* 2012. Pan. 1443, obs. H. Kenfack. V. récemment Com. 17 févr. 2015, n° 13-18.086). En droit des transports terrestre, la Cour de cassation a décidé que « le consentement du destinataire au contrat de transport ne s'étend pas à la clause attributive de compétence qui, insérée dans une lettre de voiture, ne fait pas partie de l'économie du contrat et doit être acceptée par lui » (Com., 4 janv. 2005, *D.* 2005. AJ 214, obs. E. Chevrier et Pan. 2749, note H. Kenfack). Un arrêt de la Cour de cassation maintient ces principes et apporte une nuance en décidant que la clause ne peut jouer à l'égard du destinataire réel des marchandises qui, en l'espèce, ne figure pas au connaissement, ne l'a pas acquis et ne peut être considéré comme un tiers porteur. Il peut donc agir contre le transporteur devant un autre juge que celui prévu par la clause (Com. 27 sept. 2017, n° 15-25.927).

D'autres hypothèses peuvent soulever des difficultés par exemple en cas d'action du sous-acquéreur contre le fabricant, si la Cour de cassation revient sur la position adoptée dans l'arrêt du 8 juin 1999, *Dragon Rouge* préc. et que subsiste une divergence avec la Cour de justice. Dans un arrêt récent, la Cour de cassation décide qu'en l'absence de consentement effectif, la clause attributive de compétence (régie par l'article 23 du règlement Bruxelles I) n'est pas opposable au sous-acquéreur, alors même qu'il se serait chargé de l'exécution d'une partie du contrat qui la contient (Civ. 1re, 25 mars 2015, n° 13-24.796, *JCP* 2015, act. 430, obs. F. Mailhé. V. déjà CJUE 7 févr. 3013, aff. C-543/10, *D.* 2013. 1110, note S. Bollée, 1503, obs. F. Jault-Seseke et 2293, obs. L. d'Avout ; *RTD civ.* 2013. 338, obs. P. Corlay-Rémy ; *RTD com.* 2013. 381, obs. A. Marmisse-d'Abbadié d'Arrast ; *JCP* 2013. 313, obs. D. Berlin, 516, obs. P. Guez). Faut-il en tirer la conclusion qu'en dehors du connaissement, aucun tiers ne peut se voir opposer la clause attributive de juridiction s'il n'y a pas spécifiquement consenti ? Cette situation va-t-elle changer avec le nouvel article 25 issu du règlement Bruxelles I bis qui soumet la question de la validité (et par extension de l'opposabilité) à la loi du juge désigné ? Toujours est-il que la Cour de cassation semble écarter toutes les techniques de substitution d'un tiers dans les obligations du contractant, ce qui réduit l'efficacité de la clause attributive de juridiction dans le commerce international. Ceci est confirmé par un autre arrêt du même jour (Civ. 1re, 25 mars 2015, n° 13-27.264, *Procédures* juin 2015, comm. 190, obs. C. Nourissat) par lequel la Cour de cassation neutralise, au regard du droit de l'UE, une clause attributive de juridiction « déséquilibrée », censurant un arrêt de Cour d'appel au motif « qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si le déséquilibre dénoncé, en ce que la clause litigieuse réservait à la banque le droit d'agir contre l'emprunteur devant "tout autre tribunal compétent" et ne précisait pas sur quels éléments objectifs cette compétence alternative était fondée, n'était pas contraire à l'objectif de prévisibilité et de sécurité juridique poursuivie par le texte susvisé, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ». Il convient de signaler également un arrêt de la Cour de Poitiers décidant que la clause attributive de juridiction incluse dans le contrat d'assurance de responsabilité est inopposable à la victime tiers au contrat d'assurance qui n'a pas expressément accepté cette clause (Poitiers, 7 nov. 2014, n° 14/00944, *Navire Anna*, *DMF* 2015. 124, obs. P. Delebecque ; *D.* 2015. 1298, obs. H. Kenfack). Un constat s'impose : si un vent favorable souffle sur les clauses attributives de juridictions lorsqu'elles sont insérées dans un connaissement (v. not. Civ. 1re, 12 mars 2013, n° 10-24.465, *D.* 2013. 1603, note C. Paulin, 2293, obs. L. d'Avout ; *D.* 2014. 1059, obs. F. Jault-Seseke et 2272, obs. H. Kenfack ; Civ. 1re, 19 nov. 2013, n° 12-24.668, *D.* 2014. 2272, obs. H. Kenfack, *RTD eur.* 2014. 446, obs. P. Damazir et C. Reydellet), ce n'est pas du tout le cas en dehors de ce domaine, par exemple lorsqu'elles sont insérées dans un contrat d'assurance ou même dans un contrat de vente. On est bien loin du régime des clauses compromissoires.

Toutefois, des arrêts récents apportent d'utiles précisions dont certaines rapprochent les régimes des deux clauses. La Cour de cassation affirme le principe d'autonomie de la clause attributive de juridiction (Civ. 1re, 15 avr. 2015, n° 14-11.572, *RJDA* 2015, n° 619 ; Com. 15 sept. 2015, n° 14-18.389, *RTD civ.* 2015, p. 872, obs. H. Barbier, *RLDA* mai 2016, p. 44, obs Mestre).

– Faut-il contrôler le caractère asymétrique des clauses ? Une clause attributive de juridiction peut-elle imposer à une partie une juridiction déterminée alors qu'elle ouvre à l'autre partie une option entre cette juridiction et une autre ? Dans un arrêt de 2012, la Cour de cassation avait répondu par la négative cette clause ne précisant pas « sur quels

éléments objectifs » la compétence alternative était fondée et la clause étant « contraire à l'objet et à la finalité de la prorogation de compétence » (Civ. 1re, 26 sept. 2012, n° 11-26.022, *Bull. civ.* I., n° 176, *Rev. crit. DIP* 2013, p. 256, note D. Bureau, *RLDA* mai 2016, p. 43, obs. Mestre). Deux nouvelles décisions ont été rendues en 2015, permettant à la Cour de nuancer sa position et d'être moins hostile aux clauses attributives de juridiction asymétriques, mais dont la rédaction suffisamment précise peut permettre de considérer que l'objectif général de prévisibilité est satisfait par les deux parties dans le domaine de la compétence juridictionnelle (Civ. 1re, 25 mars 2015, n° 13-27.264, préc. ; Civ. 1re, 7 oct. 2015, n° 14-16.898, *RLDA* mai 2016, p. 43, obs. Mestre). Ces solutions ont de nouveau été consacrées avec des nuances par un arrêt de 2018 (Civ. 1re, 7 févr. 2018, n° 16-24.497).

– La Clause attributive de juridiction insérée dans un contrat et désignant le juge d'un État tiers est-elle inefficace ? Dans un arrêt récent (CJUE, aff. C-175/15, 17 mars 2016, *Taser International*, *RTD com.* 2016. 359, obs. A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast), la cour décide qu'une telle clause n'empêche pas qu'une prorogation tacite de compétence intervienne dans les conditions de l'article 24 du règlement. Il est précisé que le même article 24 s'oppose à ce que le juge saisi se déclare d'office incompétent alors même que le contrat comporte une telle clause.

2. – L'absence de clause attributive de juridiction (art. 2 et 5-1 Bruxelles et art. 4 et 7-1 Bruxelles I bis)

Le préalable indispensable à l'application de ces articles est que le défendeur soit domicilié sur le territoire d'un État membre. Le demandeur a une option entre la compétence générale et la compétence complémentaire.

a – Compétence générale (art. 2 Bruxelles et art. 4 Bruxelles I bis)

La compétence générale est attribuée au tribunal de l'État membre du domicile du défendeur (art. 2-1 Bruxelles et art. 4-1 Bruxelles I bis). Le critère du domicile n'est pas défini par le texte et relève de la loi du tribunal saisi.

En principe, l'application des Règlements Bruxelles I et Bruxelles I bis excluent les *for* exorbitant des articles 14 et 15 du Code civil. En réalité, une distinction doit être effectuée :

– lorsque le litige est intégré à la communauté, cette exclusion est définitive ;
– dans le cas contraire, en application de l'article 4 du Règlement Bruxelles et 6 du Règlement Bruxelles I bis, les articles 14 et 15 du Code civil sont presque ressuscités. Ils ne dépendent plus de la nationalité, mais simplement du domicile en France. Ainsi, ils peuvent être utilisés par toute personne domiciliée en France contre une personne domiciliée en dehors des États membres.

b – Compétence complémentaire (art. 5-1 Bruxelles I et art. 7 Bruxelles I bis)

L'article 5-1 Bruxelles I (ou l'article 7-1 Bruxelles I bis) prévoit en matière contractuelle une compétence complémentaire.

Aux termes de cet article (on se limitera ici à la rédaction issue de l'article 7-1 de Bruxelles I bis), « une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être attraite, dans un autre État membre :

a) en matière contractuelle devant le tribunal du lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande ;

b) aux fins de l'application de la présente disposition, et sauf convention contraire, le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande est :

– pour les ventes de marchandises, le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les marchandises ont été ou auraient dû être livrées,

– pour la fourniture de services, le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les services ont été ou auraient dû être fournis (texte ajouté dans le Règlement Bruxelles I).

c) le point a s'applique si le point b ne s'applique pas ».

L'ancienne rédaction issue de la Convention de Bruxelles avait soulevé de nombreuses difficultés essentiellement dues à l'interprétation donnée par la CJCE de l'article 5-1 et concernant la détermination de l'obligation qui sert de base à la demande et à sa localisation (CJCE, 6 oct. 1976, *Tessili* et *de Bloos*, *D.* 1977. 616, 1re et 2e esp., note G. Droz).

Elle avait notamment imposé au juge national une démarche en trois temps :

1. déterminer l'obligation litigieuse et décider si elle est ou non autonome ;

2. rechercher la loi applicable à cette obligation pour déterminer son lieu d'exécution ;

3. se déclarer ou non compétent en fonction de ce lieu.

Ce détour par la loi applicable avait été critiqué. Malgré plusieurs arrêts, le système n'était pas satisfaisant. La nouvelle rédaction issue des Règlement Bruxelles I et Bruxelles I bis essaye de tenir compte de ces critiques :

Les difficultés résolues :

– contrat de vente (art. 5-1-b Bruxelles I et 7-1-b Bruxelles I bis) : compétence du tribunal de l'État membre du lieu de livraison des marchandises ou du lieu où elles auraient dû être livrées,

– contrat de fourniture de services (art. 5-1-b Bruxelles I et 7-1-b Bruxelles I bis) : compétence du tribunal de l'État membre où les services ont été ou auraient dû être fournis. Cet article s'applique par exemple en cas de contrat d'agence commerciale en ce qui concerne l'obligation autonome de verser l'indemnité de clientèle (Civ. 1re, 3 oct. 2006, *RDC* n° 04-14.233, *RDC* 2007. 474, note P. Deumier. Sur cette question, v. p. XXX) ou au contrat de commission en ce qui concerne l'obligation de payer une commission (Civ. 1re, 11 juill. 2006, n° 05-18021) et même au contrat de transport de marchandises (Com. 16 nov. 2010, n° 09-66955, *D.* 2011. Pan. 1445, obs. H. Kenfack). V. déjà dans le même sens pour le contrat de transport aérien de personnes : CJCE 9 juill. 2009, n° C-204/08, *D.* 2011. Pan. 1445, obs. H. Kenfack.

Les difficultés persistantes :

– toutes les hypothèses d'application de l'article 5-1-a Bruxelles I ou article 7-1-a Bruxelles I bis qui n'est qu'une reprise de l'article 5-1 de la Convention de Bruxelles ;

– le champ d'application de l'article 5-1-b Bruxelles ou 7-1-b Bruxelles I bis. Il conviendra, d'une part, de définir avec précision ce qu'il convient de qualifier de

« fourniture de services », (sur les contrats d'intermédiaires et notamment le contrat d'agent commercial, v. p. XXX). La qualification du contrat de prêt préalable à l'application de l'article 7-2 reste incertaine (Civ. 1re, 1er mars 2017, no 14-25.426, *D.* 2017. 1021, obs. F. Jault-Seseke). Il conviendra, d'autre part, et dans certains cas de déterminer avec précision le lieu de fourniture principale des services lorsqu'ils ont été fournis dans plusieurs pays (Civ. 1re, 30 janv. 2019, n° 17-31.132) ;

– la qualification des contrats qui ne sont ni des ventes ni des « fournitures de services » au sens strict, par exemple les contrats de distribution, même si comme indiqué ci-dessus la CJUE et la Cour de cassation qualifient le contrat de concession exclusive de fourniture de services ;

– la détermination du lieu d'exécution d'une prestation de service exclusivement en ligne.

Si le lieu d'exécution de l'obligation litigieuse ne peut être déterminé (par exemple s'il s'agit d'un engagement de ne pas faire ne comportant aucune limite géographique), la compétence doit être déterminée en application du critère général de l'article 2 (CJCE, 19 févr. 2002, *RJDA* 2002, n° 585).

B. – La compétence en matière délictuelle et quasi délictuelle (art. 2 et 5-3 Bruxelles I, 4 et 7-2 Bruxelles I bis)

Possibilité que des activités commerciales internationales entraînent des dommages causés par des accidents, pollutions ou même produits défectueux.

Comme en matière contractuelle, la matière délictuelle est considérée comme une notion autonome qui ne dépend pas des qualifications nationales (CJCE, 27 sept. 1988, *Kalfelis*, aff. 189-87, *Rec. CJCE* p. 5565). La CJUE a par exemple décidé que l'action prévue par l'article L. 442-6, 5° du Code de commerce en cas de rupture brutale de relations commerciales établies relève de la matière contractuelle, alors que la Cour de cassation décide qu'elle est délictuelle (CJUE 14 juill. 2016, 2e ch, aff. 196/15, *Granarolo* préc.). La CJUE décide également que l'action en paiement d'une rémunération due en vertu d'une réglementation mettant en œuvre le système de compensation équitable prévu à l'article 5, §2-b de la directive 2001/29 du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins relève de la matière « délictuelle ou quasi délictuelle » (CJUE 21 avr. 2016, aff. 572/14, *RJDA* 2016, n° 587).

Option du demandeur entre les articles 2 et 5-3 Bruxelles I ou 4 et 7-2 Bruxelles I bis.

Outre la compétence générale du tribunal du domicile du défendeur (art. 2 ou art 4 Bruxelles I bis) le Règlement permet au demandeur de saisir « la juridiction du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire ». Cette nouvelle rédaction permet d'exercer des actions préventives. L'interprétation donnée par la Cour de justice de l'ancienne rédaction demeure : le demandeur peut saisir soit le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire soit celui où le dommage s'est réalisé ou risque de se réaliser, lorsqu'ils sont situés dans des États membres distincts (cf. hypothèse de pollution transfrontalière, CJCE, 30 nov. 1976, *Mines de Potasse d'Alsace*, *D.* 1977. 613, note G. Droz). Le premier tribunal est compétent pour l'ensemble des dommages alors que le second n'est compétent que pour ce dommage précis (CJCE 7 mars 1995*, Fiona Shevill*, *D.* 1996. 487, note P. Lagarde).

Ces principes sont applicables à une action en réparation du préjudice causé par des comportements concurrentiels (v. CJUE 5 juill. 2018, aff. C-27/17, *D.* 2018. 1500). Des actions sont ainsi possibles dans l'État membre où s'est matérialisé le manque à gagner consistant en une perte de ventes en raison desdits comportements ou bien dans l'État membre où s'est localisée la conclusion d'un accord concurrentiel ou bien encore dans celui où des prix prédateurs ont été proposés et appliqués. Ils le sont également à l'action en responsabilité contre le fabricant d'un produit défectueux (Civ. 1re, 1er janv. 2017, n° 16-15439 ; Civ. 1re, 19 déc. 2018, n° 17-25803).

Ces localisations peuvent soulever des difficultés en cas de placement financier, comme cela a été le cas lorsqu'un Français avait souscrit en France des titres d'une Sicav luxembourgeoise par l'intermédiaire d'une banque parisienne. À la suite de la perte de ses avoirs et de la liquidation judiciaire de la Sicav, il demande à un tribunal français que sa banque et celle luxembourgeoise qui gérait le portefeuille de la Sicav soient condamnées à réparer son préjudice. Cette dernière société soulève avec succès l'incompétence de la juridiction française. La Cour de cassation rejette le pourvoi contre un arrêt d'appel ayant admis que le dommage était rattaché au Luxembourg notamment pour les raisons suivantes : les actes reprochés à la banque luxembourgeoise avaient été commis au Luxembourg, le lieu où s'était produit le dommage qui était la perte de ses actifs, se situait au Luxembourg tout comme celui où s'était matérialisé le préjudice financier de l'investisseur ; si la demande de souscription des titres avait eu lieu, en France dans la banque parisienne, la souscription elle-même avait eu lieu au Luxembourg, lors de l'acceptation de la souscription par la Sicav… (Com. 7 janv. 2014, n° 11-24157, *RJDA* 2014, n° 880).

Le développement d'Internet contribue à rendre ces localisations plus complexes. En France par exemple, la première chambre civile de la Cour de cassation a admis la compétence des tribunaux français pour connaître de litiges relatifs à la réparation des dommages subis en France du fait de l'exploitation d'un site Internet en Espagne dès lors que ce site, même passif, est accessible sur le territoire français (Civ. 1re, 9 déc. 2003, *Cristal*, *Bull. civ. I*, n° 245). Est-ce à dire qu'en ce qui concernait Internet les juridictions de tous les États membres étaient potentiellement compétentes dès lors qu'un site était accessible ? Un arrêt de la chambre commerciale avait semblé aller dans le même sens (Com., 20 mars 2007, *JCP* 2007. II. 10088, note M.-E. Ancel ; *Rev. crit. DIP* 2008. 322, obs. E. Treppoz) mais par la suite cette dernière a eu recours au critère de la focalisation, exigeant des juges du fond qu'ils recherchent si les sites étaient ou non destinés « au public de France » (v. Com. 20 sept. 2011, n° 10-16.569). Pour rapprocher les positions, la première chambre civile a interrogé la CJUE (Civ. 1re, 5 mars 2012, n° 10-15890, *RJDA* 2012, n° 821). Cette dernière consacre le critère de « l'accessibilité » en ajoutant, dans le prolongement de son arrêt *Fiona Shevill* (CJCE 7 mars 1995, aff. 68/95, préc.) que cette juridiction n'est compétente que pour connaître le seul dommage causé sur le territoire de l'État membre dont elle relève. Ce critère de l'accessibilité a été appliqué récemment par la première chambre civile de la Cour de cassation décidant que « l'accessibilité, dans le ressort de la juridiction saisie, d'un site Internet commercialisant le CD argué de contrefaçon est de nature à justifier la compétence de cette juridiction, prise comme celle du lieu de la matérialisation du dommage allégué » (Civ. 1re, 22 janv. 2014, n° 10-15890, *RJDA* 2014, n° 57).

Dans une affaire relative à la localisation de l'exécution des obligations du transporteur dans l'hypothèse d'un transport multimodal de marchandises entre plusieurs États

membres et avec escale, la CJUE décide que le service de transport est réputé fourni tant au lieu d'expédition qu'au lieu de livraison des marchandises (CJUE 11 juill. 2018, aff. C-88/17, *Zurich Insurance et MetsoMineralis*, *D.* 2018. 1944, obs. S. Bollée).

Enfin, en cas de préjudice financier, la situation est également incertaine (Civ. 1re, 18 janv. 2017, nº 15-25.661, *D.* 2017. 1022, obs. F. Jault-Seseke).

C. – La compétence dans les litiges relatifs à l'exploitation d'une succursale (art.2 et 5-5 Bruxelles I ou 4 et 7-5 Bruxelles I bis)

En matière de contestation relative à l'exploitation d'une succursale, d'une agence ou de tout autre établissement, les Règlements permettent outre la compétence générale de l'article 2 Bruxelles I ou 4 Bruxelles I bis, la compétence du tribunal du lieu de leur situation (art. 5-5 Bruxelles I et 7-5 Bruxelles I bis).

Deux précisions doivent être apportées à la notion de succursale et aux litiges concernés :

– La notion de succursale, d'agence ou d'établissement

Pour la Cour de justice une double idée est présente : la « soumission au contrôle ou à la direction d'une maison mère » (CJCE, 6 oct. 1976, aff. 14/76, *De Bloos* préc.) et « un centre d'opération qui se manifeste de façon durable vers l'extérieur comme le prolongement d'une maison mère, pourvu d'une direction et matériellement équipé de façon à négocier des affaires avec les tiers » (CJCE, 22 nov. 1978, aff. 33/78, *Somafer*, *Rec.* p. 2183, CJCE, 18 mars 1981, aff. 139/80, *Blanckaert*, *Rec.* p. 819). Un agent commercial indépendant n'est pas concerné par ce texte. Littéralement, ce texte aurait dû être limitativement appliqué. Cependant, un arrêt de la CJCE a appliqué cet article au cas où deux sociétés appartenant au même groupe étaient imbriquées dans la conclusion et l'exécution du même contrat (CJCE, 9 déc. 1987, *Rev. crit. DIP* 1988, p. 733, note G. Droz, *JDI* 1988, p. 544, obs. J.-M. Bischoff), élargissant ainsi le domaine de ce texte. Il semble toutefois qu'il est opportun de limiter son application au cas prévu par le texte (Versailles, 11 sept. 1997, *RJ com.* 1999, p. 159, note M. Menjucq).

– Les litiges concernés : il s'agit de « contestations relatives à l'exploitation d'une succursale… ». La CJCE a distingué les contestations relatives au fonctionnement interne de la succursale de celles concernant son activité extérieure (CJCE, 22 nov. 1978, aff. 33/78, *Somafer*, *D.* 1979. *IR.* 458, note B. Audit, *JDI* 1979, p. 672, obs. A. Huet). Il peut s'agir notamment de litige relatif à une acquisition de fournitures par exemple, de litige concernant une obligation non contractuelle qui trouverait son origine dans l'activité de la succursale, ou même de litige relatif à un contrat conclu par la succursale pour le compte de la société mère.

D. – Autres compétences pouvant intéresser le droit du commerce international

Ces compétences seront simplement évoquées ici.

Pour l'essentiel, l'idée dominante – déjà rencontrée dans la Convention et le Règlement Rome I – est la protection de la partie présumée la plus faible. Cette dernière est protégée dans la mesure où les Règlements Bruxelles I et Bruxelles I bis lui offrent des options de

compétence, notamment en faveur de la juridiction de son propre domicile alors même qu'elle est demanderesse à l'instance. Ces règles de compétence ne s'appliquent toutefois que si le défendeur est domicilié sur un État membre ou si le cocontractant de la partie faible non domiciliée dans un État membre y a une succursale, une agence ou un établissement. Il s'agit notamment de la compétence en matière d'assurance (art. 8 à 14 Bruxelles I et 10 à 16 Bruxelles I bis), en matière de contrats conclus par les consommateurs (art. 15 à 17 Bruxelles I et 17 à 19 Bruxelles I bis) et en matière de contrats individuels de travail (art. 18 à 21 Bruxelles I et 20 à 23 Bruxelles I bis).

– La compétence relative à certains contentieux liés aux sociétés (art. 22-2 Bruxelles I et 24-2 Bruxelles I bis). Cet article vise l'ensemble du contentieux « en matière de validité, de nullité ou de dissolution des sociétés ou personnes morales ayant leur siège sur le territoire d'un État membre, ou de validité des décisions de leurs organes ». L'article 22-5 écarte les effets d'une clause attributive de compétence lui portant atteinte. La Cour de justice se prononce pour une interprétation stricte de cet article 22-2 en décidant que la compétence du *judex societatis* ne peut être considérée comme couvrant tout « litige dans lequel une question concernant la validité d'une décision des organes d'une société serait soulevée » (CJUE 12 mai 2011, n° C-144/10, *Sté BVG c/ Sté JP Morgan Chase Bank NA, D.* 2011. Pan. 2434, obs. S. Bollée ; v. en sens contraire Com. 15 mars 2011, n° 09-72.027). Ainsi, pour déterminer si cet article est applicable, le seul critère doit être celui de l'objet du litige, ce dernier devant porter « exclusivement, voire principalement » sur la validité des organes d'une société (v. S. Bollée préc.).

– La compétence en matière de certains droits intellectuels (art. 22-4 al. 1 Bruxelles I et art. 24-4 Bruxelles I bis). D'après cet article, « en matière d'inscription ou de validité des brevets, marques, dessins et modèles, et autres droits analogues donnant lieu à dépôt ou à enregistrement » la compétence est exclusivement attribuée aux « juridictions de l'État membre sur le territoire duquel le dépôt ou l'enregistrement a été demandé, a été effectué ou est réputé avoir été effectué aux termes d'un instrument communautaire ou d'une convention internationale ». Cet article comporte des réserves en ce qui concerne le brevet européen. Il convient de souligner l'échec du projet de création d'une juridiction nationale dédiée aux contentieux entre personnes privées relatifs aux brevets européens et au futur brevet communautaire. Il s'agissait de créer une juridiction spécialisée ayant compétence exclusive pour les litiges entre particuliers relatifs à la contrefaçon ou à la nullité des titres qui ont été délivrés conformément à une procédure européenne uniforme. Ce projet de convention internationale devait aller bien au-delà de l'UE en impliquant une majorité d'États membres et certains États tiers à la Convention sur la délivrance des brevets européens de 1973, ayant institué l'Office européen des brevets. Saisie pour avis par le Conseil, la CJUE a adopté une position de principe défavorable à ce projet en relevant notamment que cette future juridiction n'appartient pas formellement à l'UE (CJUE, ass. plén., 8 mars 2011, avis, n° 1/09, *D.* 2011 Pan. 2434, obs. L. d'Avout).

– La compétence pour les mesures provisoires ou conservatoires (art. 31 Bruxelles I et 35 Bruxelles I bis). La Cour de justice définit de manière autonome ces mesures comme celles qui, « dans les matières relevant du champ d'application de la Convention (du Règlement) sont destinées à maintenir une situation de fait ou de droit afin de sauvegarder les droits dont la reconnaissance est par ailleurs demandée au juge du fond » (CJCE, 26 mars 1992, aff. C-261/90, *Reichert II*, *Rec.* p. 2149). Une juridiction d'un État

membre est compétente pour statuer sur de telles mesures alors qu'elle ne l'est pas sur le fond de l'affaire.

Le règlement Bruxelles I bis a innové en ce qui concerne la circulation des mesures provisoires qui ont désormais en principe un effet strictement territorial sauf si elles sont ordonnées par un juge compétent au fond et que le défendeur a été averti préalablement à l'exécution.

E. – L'effet en France des jugements rendus dans un État membre

Deux périodes à distinguer :

1. – Régime du règlement Bruxelles I

Innovations importantes du règlement Bruxelles I qui accélère la procédure *d'exequatur ;*
reconnaissance de plein droit (art. 33 et s.) sauf exceptions notamment la contrariété « manifeste » à l'ordre public ;
pas de révision au fond (art. 36) ;
pas de vérification de la compétence juridictionnelle, sauf cas exceptionnels (par ex. refus de reconnaissance ou d'exécution en cas de violation des règles de compétence protectrices de l'assuré ou du consommateur ou de certaines compétences exclusives comme celles relatives aux droits réels immobiliers) (art. 28-3 et 35-3) ;
pas de contrôle de la loi appliquée.

Trois vérifications demeurent :
– l'absence de contrariété à l'ordre public (art. 34-1), motif qui ne joue que dans des cas exceptionnels ;
– l'absence de violation des droits du défendeur défaillant (art. 34-2) ;
– l'absence d'inconciliabilité avec une autre décision (art. 34-4). Tel est le cas lorsque deux décisions rendues entre les mêmes parties par des juridictions d'États membres différents entraînent des conséquences qui s'excluent mutuellement (CJCE 4 févr. 1988, aff. 145-86, *Hoffmann, Rec.* p. 645).

L'*exequatur* est considérablement allégé dans sa procédure. Le juge (en France le président du TGI) vérifie simplement la régularité formelle de la décision étrangère et accorde (ou refuse) l'*exequatur*. Cette phase est rapide, non contradictoire et en cas de recours, c'est la Cour d'appel qui statue dans le délai d'un mois et la procédure devient contradictoire. C'est dans le cadre de cet appel que peuvent être examinées les conditions de régularité de la décision. Un recours en cassation est possible.

2. – Régime issu du Règlement Bruxelles I bis

Suppression de la procédure d'*exequatur* en Europe et reconnaissance par un État d'une décision de justice aux fins d'exécution de cette décision : « une décision rendue exécutoire dans un État membre et qui est exécutoire dans cet État membre jouit de la force exécutoire dans les autres États membres sans qu'une déclaration constatant la force exécutoire soit nécessaire » (art. 39).

– Conditions : le demandeur doit :

– communiquer à l'autorité compétente chargée de l'exécution (l'huissier de justice) une copie de la décision réunissant les conditions nécessaires pour en établir l'authenticité et le certificat délivré par l'autorité judiciaire d'origine (art 42 et 53) ;
– ces deux documents doivent être signifiés au débiteur, accompagnés de la décision si celle-ci n'a pas encore été signifiée à cette personne, avant la première mesure d'exécution (art. 43-1) ;
– les questions relatives à la traduction des documents sont réglées par le règlement Bruxelles I bis.

– Possibilité de recours. À compter de la signification et, avant toute mesure d'exécution, conformément à l'article 45 du règlement Bruxelles I bis, le débiteur peut former un recours devant le tribunal de grande instance. Si l'exécution a déjà été engagée, le recours doit être effectué devant le juge de l'exécution ou le tribunal d'instance, ce tribunal n'étant compétent qu'en cas de saisie sur salaire. La décision rendue à la suite de la demande de refus d'exécution peut elle-même faire l'objet d'un recours devant la Cour d'appel, puis d'un pourvoi en cassation.

En conclusion, si la suppression de la procédure d'*exequatur* entre États de l'UE semble logique, facilite la circulation des décisions de justice rendues et simplifie la procédure pour le créancier, elle ajoute toutefois un degré de juridiction dans le cadre de la procédure de contestation. Elle constitue une nouvelle étape de la coopération judiciaire entre États membres. Il convient de préciser que d'après la Cour de justice, le règlement ne régit que la procédure d'*exequatur* et non l'exécution proprement dite du titre exécutoire émis par un autre État membre (CJUE 4 oct. 2018, aff. C-379/17). Le même arrêt ajoute que le règlement ne s'oppose pas à l'application d'une disposition de l'État requis imposant un délai pour l'exécution d'un titre de saisie conservatoire à un tel titre émis par une juridiction d'un autre État membre et déclaré exécutoire dans l'État membre requis.

SECTION 2 L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL

• Dans le commerce international, l'arbitrage a une place considérable et connaît un développement important.
Le recours fréquent à l'arbitrage s'explique par ses nombreux avantages :
– la rapidité ;
– la souplesse de la procédure arbitrale ;
– la confidentialité : secret de la procédure arbitrale et de la sentence arbitrale ;
– la possibilité d'exécution de la sentence arbitrale dans différents pays ;
– la décision rendue par un arbitre et précédée d'une médiation crée moins d'hostilité entre les parties ;
– enfin, l'arbitrage donnerait aux parties la liberté de choisir les personnes qui sont compétentes dans leur domaine et qui tiennent compte des impératifs du commerce international (par exemple la lex mercatoria).
L'arbitrage a également des inconvénients, notamment son coût qui peut être très élevé.

• L'arbitrage international à distinguer de l'arbitrage étranger, est celui qui met en cause des intérêts du commerce international (art. 1504 C. pr. civ.). Préparée par l'arrêt Hecht (Civ. 1re, 4 juill. 1972, Hecht, JDI 1972, p. 843, note B. Oppetit), cette définition qui consacre l'internationalité de l'arbitrage a de nombreuses applications jurisprudentielles. L'internationalité de l'arbitrage est déterminée en fonction de la réalité économique du processus à l'occasion duquel il est mis en œuvre.

En application de cette définition, pour que l'arbitrage soit international, il suffit que l'opération économique réalise à travers les frontières un transfert :

– de biens ou de services (Paris, 25 janv. 1988, JDI 1989, p. 1021, note E. Loquin) ;

– de capitaux (Paris, 9 juin 1983, Rev. arb. 1983, p. 497, note M. Vasseur) ;

– de technologie et de personnel (Paris, 24 avr. 1992, Rev. arb. 1992, p. 598, note P. Fouchard).

• La qualification de l'arbitrage ne dépend pas des parties mais s'impose à elle, sous le contrôle du juge étatique (Civ. 1re, 20 nov. 2013, n° 12-25.266).

• Un arbitrage unique n'est susceptible que d'une seule qualification : interne ou international (Civ. 1re, 3 juin 2003, JCP 2004, I. 119, n° 5, obs. J. Ortscheidt). Cette qualification de l'arbitrage est d'ordre public et la jurisprudence en déduit que les parties ne peuvent modifier le régime interne ou international de l'arbitrage. Elle ne pose généralement pas de problème, la jurisprudence ayant précisé que lorsqu'un arbitrage porte sur plusieurs litiges, le caractère international l'emporte dès lors que l'un des litiges concerne des opérations qui ne se dénouent pas économiquement dans un seul État (Paris, 1re ch. civ. 29 mars 2001, Rev. arb. 2001, p. 543, note D. Bureau). Sont indifférents pour caractériser l'internationalité de l'arbitrage, la nationalité des parties, la loi applicable au contrat ou à l'arbitrage ou même le lieu de l'arbitrage. Mais cette qualification peut aussi être difficile à déterminer (Civ. 1re, 30 juin 2016, n° 15-13.755, 15-13.904, 15-14.905, Sté Groupe Bernard Tapie c/ sté CDR créances).

Cette qualification a une grande importance car chacune a son régime propre, et cette distinction a des conséquences sur les éléments impératifs du régime de l'arbitrage, par exemple l'organisation des voies de recours contre les sentences.

• Le droit français de l'arbitrage international est dominé par une grande liberté laissée aux parties et une grande souplesse. Cette liberté et cette souplesse :

– donnent à l'arbitre le droit de se prononcer sur sa propre compétence (art. 1448 et 1465 C. pr. civ. – Civ. 1re, 30 juin 2001, Bull. civ. I, n° 183) sous contrôle du juge étatique, sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage. C'est le principe « compétence-compétence » (v. Civ. 1re, 8 nov. 2005, D. 2005. Pan. 3056, note T. Clay ; Com., 21 févr. 2006, D. 2006. IR. 670). Ce constat est réduit lorsque le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et il est accru après le prononcé de la sentence arbitrale ;

– permettent à l'État et aux personnes publiques de participer à l'arbitrage malgré les immunités de juridiction (Civ. 1re, 2 mai 1966, Galakis, préc.).

• Deux textes importants sont intervenus en 2016. Le premier concerne l'arbitrage interne : c'est la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du xxie siècle qui a notamment modifié substantiellement l'article 2061 du Code civil. La nouvelle rédaction prévoit « sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle ». Il y a donc un changement de paradigme privilégiant le critère de

l'acceptation à celui de la validité. Le second concerne l'arbitrage international et plus particulièrement l'exécution en France des sentences arbitrales qui devient plus complexe : c'est la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 dite Sapin 2 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique. Ce texte exige que toutes les mesures d'exécution forcée pratiquées sur le fondement d'une sentence revêtue de l'exequatur – et non plus seulement les mesures conservatoires prises avant la sentence – soient autorisées par un juge et qu'elles ne puissent porter sur des « biens utilisés à des fins de service public non commerciales » sauf renonciation expresse et dans certains cas, s'agissant des biens diplomatiques d'une renonciation spéciale à l'immunité d'exécution ? Cette loi prive ces sentences de toute efficacité.

I. – Présentation générale

A. – La nature et les types d'arbitrages

1. – La nature de l'arbitrage

L'arbitrage a une nature hybride :

– **mi-juridictionnelle :** les décisions de l'arbitre s'imposent aux parties et terminent le litige ;
– **mi-contractuelle :** les parties choisissent non seulement de recourir à l'arbitrage mais également le ou les arbitre(s), la loi applicable au fond… Elles décident également du type d'arbitrage.

2. – Les types d'arbitrage

Choix entre deux types :

a – L'arbitrage *ad hoc*

Il est entièrement organisé par les parties sans aucune aide d'une structure externe, d'où une plus grande entente et liberté. Il est donc plus difficile à organiser et la clause compromissoire doit être le plus précis possible.

Les parties peuvent également adopter un règlement d'arbitrage, sans pour autant que leur arbitrage ne devienne institutionnel. En 1976, la CNUDCI a élaboré un règlement d'arbitrage à destination des parties à un arbitrage *ad hoc*.

b – L'arbitrage institutionnel

Contrairement à l'hypothèse précédente, les parties peuvent choisir une institution d'arbitrage qui peut être nationale, régionale ou internationale, spécialisée ou générale, privée ou para-publique. Parmi les plus importantes, on peut citer notamment :

– la Chambre de commerce internationale (CCI) et sa Cour internationale d'arbitrage ;
– la London Court of International Arbitration (LCIA) ;

– l'Association américaine d'arbitrage (AAA) ;
– la Commission interaméricaine d'arbitrage commercial (CIAAC) ;
– la Chambre de commerce de Stockholm (CCS) ;
– le Centre international pour les règlements des différends relatifs aux investissements (CIRDI) ;
– la Cour commune de justice et d'arbitrage instituée par le traité sur l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) du 17 octobre 1993 ;
– le Centre d'arbitrage de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) ;
– le récent centre d'arbitrage et de médiation de l'Organisation africaine de la propriété intellectuelle (OAPI).

Dans ce cas, si l'inconvénient peut être le coût plus élevé de l'arbitrage, ses avantages sont considérables : une grande sécurité est assurée, l'arbitre étant encadré et guidé par le règlement de l'institution d'arbitrage. En outre, ce dernier est bien organisé et son règlement peut permettre d'éviter des difficultés. La Cour de cassation a rappelé récemment le caractère obligatoire de ce règlement d'arbitrage qui s'impose aux parties qui le souscrivent (Civ. 1re, 25 juin 2014, n° 11-26529, *Tecnimont*, *JCP* 2014. 742, obs. T. Clay ; *JCP* 2014. 977, n° 9, obs. C. Nourissat ; *RJDA* 2014, n° 810 ; pour l'épilogue de cette affaire Civ. 1re, 19 déc. 2018, n° 16-18.349).

B. – La pluralité des sources

1. – Les sources d'origine nationale

De source jurisprudentielle à l'origine, le droit de l'arbitrage a été en partie codifié en France, par les articles 1442 à 1507 du Code de procédure civile issus des décrets du 14 mai 1980 relatifs à l'arbitrage interne et 12 mai 1981 relatif à l'arbitrage international. Ce Code comprenait un livre IV consacré à l'arbitrage à l'intérieur duquel un titre V traitait de l'arbitrage international (art. 1492 à 1497 C. pr. civ.) et un titre VI de « la reconnaissance, l'exécution forcée et les voies de recours à l'égard des sentences arbitrales rendues à l'étranger ou en matière d'arbitrage international » (art. 1498 à 1507).

Une réforme est intervenue par un décret du 13 janvier 2011 codifié aux articles 1442 à 1527 du Code de procédure civile. Le livre IV du C. pr. civ. est toujours consacré à l'arbitrage et les articles 1504 à 1527 concernent l'arbitrage international.
Ces règles sont complétées par des apports jurisprudentiels importants.

2. – Les sources internationales

a – Les conventions internationales

Elles ont surtout pour objet de résoudre la question de l'efficacité des sentences rendues par les arbitres. On peut notamment citer :

– le protocole de Genève du 24 septembre 1923 relatif aux clauses d'arbitrage. Il a entraîné la réforme française de 1925 validant la clause compromissoire en matière commerciale. Il avait pour objectif de permettre la reconnaissance par les États de la

validité de la clause compromissoire et du compromis d'arbitrage dans les contrats du commerce international ;

– la Convention de Genève du 26 septembre 1927 sur l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Elle avait pour objet de permettre la reconnaissance des sentences arbitrales rendues dans un État donné dans les autres États contractants ;

– l'importante Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Elle était destinée à remplacer le protocole et la Convention de Genève. Son objectif principal est d'assurer l'efficacité des sentences arbitrales étrangères ;

– la moins importante Convention européenne sur l'arbitrage international de Genève du 21 avril 1961 qui a eu une portée très limitée ;

– la Convention de Washington du 18 mars 1965 qui a donné naissance au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) qui a une grande importance : il s'occupe des litiges opposant un État à un investisseur ressortissant d'un autre État concernant les investissements effectués dans le premier par le second ;

– en Afrique, le traité OHADA du 17 octobre 1993 crée une Cour commune de justice et d'arbitrage.

b – Les autres sources

La CNUDCI a élaboré le 21 juin 1985 une loi type sur l'arbitrage international devant servir de modèle pour la rédaction des lois nationales.

Des conventions types d'arbitrage sont également proposées aux parties par des institutions d'arbitrage.

C. – L'arbitrabilité du litige

Il s'agit de savoir si un litige peut être tranché par la voie de l'arbitrage et ne doit pas relever des juridictions étatiques. Même si les parties au contrat international ont un espace de liberté plus important et l'arbitrabilité du litige est largement admise, il n'existe pas d'arbitrabilité générale des conflits.

Cette question sera résolue de façon différente selon qu'elle l'est par un arbitre ou un juge étatique. L'arbitre devrait avoir une relative liberté pour admettre ou non l'arbitrabilité du litige. Quant au juge étatique, il devrait essentiellement se fonder sur la loi du for pour apprécier cette arbitrabilité.

En droit français de l'arbitrage international, en principe, le caractère arbitrable d'un litige dépend de la matière considérée : on ne peut compromettre que sur les droits dont on a la libre disposition (art. 2059 C. civ.) d'où exclusion de l'arbitrage lorsque les droits concernés ne sont pas disponibles – état et capacité des personnes, droits de la famille –

même si cette exclusion doit être nuancée. Cette hypothèse n'est pas fréquente dans le commerce international.

Progressivement, la jurisprudence a délimité les domaines dans lesquels un arbitrage est possible en droit du commerce international.

Dans ce domaine, sont notamment admis dans certaines limites :

– **L'arbitrage en droit de la consommation** (Civ. 1re, 21 mai 1997, *Bull. civ. I*, n° 159). Même si la loi n° 2005-67 du 28 janvier 2005 (*JO* du 1er févr. 2005, p. 1648) et la nouvelle rédaction de l'article 2061 du Code civil peuvent conduire à renforcer la suspicion sur les clauses compromissoires insérées dans les contrats de consommation, un arrêt décide de cette validité dès lors que le contrat de consommation est international (Civ. 1re, 30 mars 2004, *Bull. civ. I*, n° 97) ; Récemment, la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation a manifesté une suspicion vis-à-vis de l'arbitrage en disposant qu' « est réputée non écrite toute clause ayant pour objet ou pour effet d'interdire à un consommateur de participer à une action de groupe » (C. consom., art. L. 423-25). Cette interdiction ne devrait concerner que l'arbitrage interne et non l'arbitrage international.

– **L'arbitrage en droit de la concurrence :** dans son célèbre arrêt *Mitsubishi* du 2 juillet 1985, la Cour suprême des États-Unis a reconnu l'arbitrabilité des litiges de droit antitrust (*Rev. arb.* 1986, p. 273). En France, la Cour de Paris a décidé de l'arbitrabilité des litiges de droit communautaire de la concurrence. En effet, l'arbitre ne peut prononcer des sanctions (injonctions ou amendes) pour les entreprises mais il peut « tirer les conséquences civiles d'un comportement jugé illicite au regard des règles d'ordre public pouvant être directement appliquées aux relations des parties en cause » (Paris, 19 mai 1993, *Labinal, Rev. arb.* 1993, p. 645, note C. Jarrosson ; Paris, 14 oct. 1993, *Aplix*, *Rev. arb.* 1994, p. 164, note C. Jarroson). Il a même été admis la possibilité pour les parties de recourir à l'arbitrage dans le cas de rupture brutale des relations commerciales établies. (Civ 1re, 8 juill. 2010, n° 09-67.013 ; Paris, pôle 1, 18 mars 2014, n° RG 12/13601 et Paris, pôle 1, ch. 1, 1er juill. 2014, n° RG 13/09208, *RLDA* mai 2015, p. 60, n° 6, obs. J. Mestre et A.-S. Mestre-Chami). Il convient de préciser toutefois que le litige opposant le ministre de l'Économie à un opérateur privé, sur le fondement de la rupture brutale des relations commerciales établies, est, d'une part, objectivement inarbitrable et d'autre part, extérieur au champ de la clause compromissoire (Civ. 1re, 6 juill. 2016, n° 15-21.811, *D.* 2016, 1556, *ibid.*1910, note J.-C. Roda et 2034, obs. L. d'Avout, 2593, obs. T. Clay).

Comme toutes les branches du droit, le droit de la concurrence s'internationalise et il n'aurait pas été logique de laisser l'arbitrage à l'écart de ce droit qui fait partie du droit économique.

– **L'arbitrage en droit de la propriété intellectuelle** : il est admis en ce qui concerne les contrefaçons, les contrats d'exploitation et en général, depuis la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, même s'il reste en principe interdit en ce qui concerne la validité des droits. Récemment, la Cour de cassation a admis que la question de la validité d'un brevet puisse être tranchée par voie d'arbitrage, dès lors que la demande est faite de manière incidence à la demande principale (Civ. 1re, 12 juin 2013, *Cah. arb.* 2014, 73, obs. I. Léger).

– **L'arbitrage en droit des procédures collectives :** si les décisions relatives à l'ouverture de la procédure collective, à la portée du dessaisissement du débiteur, aux nullités de la période suspecte ou même aux sanctions pouvant être prononcées à l'encontre des dirigeants sont exclues du domaine de l'arbitrage, l'ouverture d'une procédure collective ne rend pas en elle-même un litige inarbitrable. Les pouvoirs de l'arbitre sont cependant considérablement réduits par le droit des entreprises en difficulté. Une distinction doit donc être effectuée entre les litiges purement contractuels qui peuvent être tranchés par les arbitres et les autres litiges. Il ne faut pas que l'arbitrage porte atteinte aux principes fondamentaux du droit des procédures collectives. Un arrêt récent de la Cour de cassation sème le trouble en décidant que la clause compromissoire s'impose au liquidateur qui a opté pour la poursuite du contrat qui la contient (Civ. 1re, 1er avr. 2015, no 14-14.552). Même s'il faut attendre un autre arrêt pour se prononcer définitivement, il serait dommage que la Cour conditionne la pleine efficacité de la force obligatoire de la clause d'arbitrage à la décision du liquidateur de poursuivre l'exécution du contrat la stipulant.

– **L'arbitrage en droit du travail : il reste exclu du contrat de travail international** même si la position de la chambre sociale a un peu évolué. En effet, elle décide que la clause compromissoire insérée dans un contrat international de travail est valable, mais « n'est pas opposable au salarié qui a saisi régulièrement la juridiction compétente en vertu des règles applicables, peu important la loi régissant le contrat de travail » (Soc., 16 févr. 1999, *Bull. civ. V*, n° 78 ; Soc., 4 mai 1999, *Bull. civ. V*, n° 191 ; Soc., 28 juin 2005, *Bull. civ. V*, n° 216). Ce dernier peut donc soit confier la résolution du litige au tribunal arbitral convenu, soit saisir le Conseil des prud'hommes compétent en France.

– **L'arbitrage en droit rural :** la loi n° 2014-1170 du 13 octobre 2014 d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt insère une section « Règlement des litiges » dans la partie législative du Code rural et de la pêche maritime, pour encourager, lorsque la médiation a échoué, le recours à l'arbitrage, tant pour les contrats ayant pour objet la vente de produits agricoles ou alimentaires (art. L. 631-28 C. rur.) que pour les accords interprofessionnels relatifs à la cession des produits agricoles destinés à la revente ou à la transformation pour lesquels l'arbitrage est « recommandé » (art. L. 639-29 C. rur.). Le domaine du droit rural n'échappe donc pas à l'arbitrage lorsque les relations sont professionnelles.

– **L'arbitrage dans les rapports professionnels entre avocats :** si pendant longtemps en droit français, les rapports professionnels entre avocats relevaient d'une procédure qualifiée à tort « d'arbitrage » devant le bâtonnier, désormais, c'est le droit commun qui s'applique depuis un arrêt du 9 juillet 2014 décidant que la clause compromissoire engage ceux qui la signent, à propos d'un litige entre un avocat et son cabinet anglais, le premier ayant saisi son bâtonnier alors que le second avait opposé la clause prévoyant un arbitrage à Londres (Civ. 1re, 9 juill. 2014, n° 13-13.598, *D.* 2015. 2541, obs. T. Clay ; *Procédures* 2014. 268, note L. Weiller ; *JCP* 2014. 1093, n° 6, obs G. Pillet).

– Une question se pose en ce qui concerne **l'arbitrabilité des litiges mettant en cause l'État et les organismes publics** (v. sur l'ensemble de la question, J.-M. Jacquet, Ph. Delebecque, S. Corneloup, préc., n° 1088).

L'article 2060 du Code civil s'y oppose. Cette opposition a deux inconvénients dans le commerce international, l'un contre l'État ou ses émanations, l'autre en sa faveur. Soit

l'interdiction est respectée et ni l'État ni les personnes publiques ne peuvent valablement être parties à un arbitrage pourtant exigé par le cocontractant étranger préalablement à la passation d'un marché. Soit, elle n'est pas respectée et ensuite l'État ou les personnes publiques dépendant de lui se retrancheront derrière elle pour échapper, en toute mauvaise foi, à l'arbitrage convenu. Depuis un arrêt de la Cour de cassation du 2 mai 1966, cette prohibition est limitée à l'ordre interne et ne s'applique pas au commerce international (Civ. 1re, 2 mai 1966, *Galakis* préc.). Cette solution qui n'est pas reprise par le Conseil d'État (avis du 6 mars 1986, *Eurodisneyland*, *Rev. arb.* 1992, p. 397) est pourtant considérée comme valable non seulement pour l'État français, mais pour tout État.

Il convient de préciser qu'une décision remarquée, probablement une des plus importantes rendue récemment en matière d'arbitrage international, consacre dans l'ordre judiciaire comme dans l'ordre administratif l'arbitrabilité des contrats administratifs internationaux (T. confl., 13 mai 2010, n° 3754, *INSERM c/ Fondation Letten F. Sausgtad*). Cette décision n'a pourtant pas mis fin aux divergences de conception entre les juridictions de l'ordre judiciaire et celles de l'ordre administratif en ce qui concerne l'arbitrage international relatif à un contrat administratif. Ainsi, dans la même affaire, *Ryanair*, la Cour de cassation (Civ. 1re, 8 juill. 2015, n° 13-25.846, *D.* 2015, 1547, 2031, obs. S. Bollée et 2588 obs. T. Clay) et le Conseil d'État (CE 19 avr. 2013, n° 352750 et n° 362020, *D.* 2013, obs. M.-C. de Montecler, 1445, note P. Cassia, 2293, obs. S. Bollée, et 2936, obs. T. Clay) se sont déclarés également compétents à propos de l'*exequatur* d'une seule et même sentence arbitrale internationale rendue en Angleterre, concernant un contrat administratif. Dans la même affaire, la cour de Paris, statuant sur appel d'une ordonnance d'*exequatur*, a saisi de nouveau le Tribunal des conflits (Paris, 8 nov. 2016, n° 14/04770), alors que la cour administrative d'appel de Bordeaux a décidé que la juridiction administrative n'est pas compétente (CAA Bordeaux, 12 juill. 2016, 1re et 2e ch., SMAC décidant que lorsque la clause d'arbitrage international figurant dans un contrat administratif conclu entre un établissement public français et une société étrangère est licite, le juge administratif doit décliner sa compétence). Un précédent arrêt de 2013 avait ajouté que lorsqu'une sentence est rendue en France à propos d'un litige relatif à un marché public entre une personne étrangère et une personne publique française, le Conseil d'État est la juridiction compétence en cas de recours contre la sentence, cette compétence disparaissant lorsque cette sentence a été rendue à l'étranger (CE, 19 avr. 2013, *D.* 2013. 1069, obs. M.-C. de Montecler et 1445, note P. Cassia ; *JCP* 2013. 784, obs. J. Oertscheidt ; *Rev. arb.* 2013. 761, note M. Laazouzi).

La situation est donc surréaliste comme le montrent des décisions plus récentes :

• Dans un arrêt en date du 11 avril 2016, le Tribunal des conflits maintient sa jurisprudence *INSERM* (T. confl., 11 avr. 2006, n° 4043, *D.* 2016, 2035, obs. S. Bollée, *AJDA* 2016. 750 ; *JCP* 2016. 900, obs. C. Seraglini). Il en ressort que les juridictions judiciaires ont une compétence de principe en matière de recours en annulation des sentences rendues en droit administratif, même si les juridictions administratives conservent une compétence résiduelle lorsque le contrat ayant donné lieu à l'arbitrage relève d'un régime administratif d'ordre public (dans le même sens, T. confl., 24 avr. 2017, no 4075, *Ryanair*).

• Dans un autre arrêt du 9 novembre 2016, le Conseil d'État exerce un contrôle d'une sentence arbitrale prononcée en matière de contrats administratifs internationaux (CE, ass. 9 nov. 2016, n° 388806, *Fosmax LNG*, *D.* 2016, 2343, obs. J.-M. Pastor, *JCP* 2016.

1250, obs. F. Tesson. V. déjà un arrêt du 23 décembre 2015, n° 376018, *Broadband Pacifique* dans lequel le Conseil d'État décide d'annuler en appel une sentence arbitrale au motif que le différend était inarbitrable. Il s'agissait d'un litige se rapportant à la légalité et aux conséquences préjudiciables d'une décision administrative prise par l'administrateur supérieur des îles Wallis-et-Futuna, relativement à l'exploitation, par un opérateur privé, d'un réseau de communications électroniques). Faut-il en conclure que sont inarbitrables les litiges relatifs aux contrats administratifs internationaux ?

– **L'arbitrage d'investissement** semble soulever une difficulté au sein de l'UE. Un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne a en effet décidé que les articles 267 et 344 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) s'opposent à la disposition d'un traité bilatéral d'investissement conclu entre les Pays-Bas et la République fédérale tchèque et slovaque, permettant à un investisseur de l'un de ces États d'engager une procédure arbitrale contre l'autre État, en cas de litiges relatifs aux investissements (CJUE, 6 mars 2018, aff. C-284/16, *Achmea*, *D.* 2018. 560, Pan. 1934, obs. S. Bollée, *D.* 2018. 2005, note V. Korom ; *AJDA* 2018. 1026, chron. P. Bonneville, E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Ganser ; *Rev. arb.* 2018. 424, obs. S. Lemaire ; *JDI* 2018. 903, note Y. Nouvel). Est-ce la fin de l'arbitrage d'investissement au sein de l'UE ?

II. – Déroulement

A. – La convention d'arbitrage

Elle permet aux parties d'évincer la compétence des juridictions étatiques et de recourir à l'arbitrage, soit après la naissance du litige, par un compromis d'arbitrage, soit surtout avant cette naissance par l'intermédiaire d'une clause compromissoire. L'article 1442 al. 1 C. pr. civ. dispose désormais que la « convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis ». Le nouveau texte unifie le régime juridique de la clause compromissoire et du compromis.

La distinction entre compromis d'arbitrage et clause compromissoire s'efface de toute façon dans l'arbitrage international en ce qui concerne les règles juridiques applicables.

La clause compromissoire est très fréquente dans le commerce international. Son régime a été allégé en droit français par l'article 126 de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques (modifiant l'art. 2061 C. civ.). Il vient de nouveau d'être modifié par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^{E} siècle.

1. – Contenu de la clause

Les parties jouissent d'une grande liberté. La clause compromissoire peut apporter de nombreuses précisions notamment :

– la désignation directe ou indirecte des arbitres (art. 1508 C. pr. civ.). À défaut, conformément à l'article 1505, une des parties peut, sauf clause contraire, saisir le président du TGI de Paris, à condition que l'arbitrage se déroule en France ou que les parties sont convenues de soumettre l'arbitrage à la loi de procédure française ou que les

parties ont expressément donné compétence aux juridictions étatiques françaises pour connaître des différends relatifs à la procédure arbitrale ou que l'une des parties est exposée à un risque de déni de justice. Dans ce cas, l'article 1506 renvoie à l'article 1460 précisant que le président du TGI de Paris est saisi comme en matière de référé. Sa compétence est exclusive, sauf accord contraire des parties, par exemple en faveur de la désignation d'un arbitre par le président du tribunal de commerce statuant en référé (Civ. 1re, 10 mai 1995, *Bull. civ. I*, n° 191) ou même d'un centre d'arbitrage. Son ordonnance est revêtue de l'autorité de la chose jugée et n'est en principe pas susceptible de recours s'il accepte d'effectuer la désignation demandée. Cependant, la jurisprudence avant la réforme admettait un recours en nullité lorsque l'ordonnance « est affectée d'un vice grossier découlant de la violation d'un principe fondamental ou d'ordre public » (Civ. 2e, 27 juin 1984, *RTD civ.* 1984, p. 775, obs. R. Perrot). La jurisprudence interprétait de manière extensive l'article 1493 ancien du Code de procédure civile et allait largement au-delà du simple fait que la « constitution du tribunal arbitral se heurte à une difficulté ». Elle estimait que le président du TGI – le juge d'appui – peut intervenir, en cas de situation conflictuelle, pour résoudre la plupart des difficultés qui concernent non seulement la constitution initiale du tribunal arbitral, mais aussi son fonctionnement, même si le pouvoir du président du TGI est limité notamment par le pouvoir juridictionnel des arbitres et le respect des prérogatives de l'organisme d'arbitrage en cas d'arbitrage institutionnel ;

– la méthode de traitement des conflits. L'arbitre ou le tribunal arbitral peut statuer en amiable composition c'est-à-dire en appliquant un droit avec la possibilité d'en corriger les conclusions et un pouvoir modérateur (art. 1512 C. pr. civ.), ou en droit c'est-à-dire en appliquant le droit comme le ferait un juge étatique. Dans tous les cas, l'arbitrage tiendra compte des usages du commerce (art. 1511 C. pr. civ.) ;

– la fixation du siège de l'arbitrage ;

– la langue de l'arbitrage ;

– le délai global dans lequel les arbitres doivent remplir leur mission. Elles peuvent le faire directement ou par référence à une loi ou un règlement d'arbitrage. Si les parties ont prévu un délai, l'arbitre ne peut de lui-même le proroger, la sentence rendue hors délai peut être annulée ou se voir refuser l'*exequatur*. Le droit français de l'arbitrage interne (art. 1463) et le règlement d'arbitrage de la CCI (art. 30-1) prévoient un délai de 6 mois alors que le règlement d'arbitrage de la CNUDCI opte pour un délai de quarante-cinq jours (art. 23). Le droit français de l'arbitrage international n'en prévoit pas. Convient-il de considérer que les arbitres n'ont pas de délais (dans ce sens Paris, 15 juin 1994, *Rev. arb.* 1995, p. 88, 1re esp., note E. Gaillard). Les arbitres devraient dans ce cas se prononcer dans un délai raisonnable. La Cour de cassation a décidé que les arbitres qui laissent expirer le délai d'arbitrage engagent leur responsabilité (Civ. 1re, 6 déc. 2005, n° 03-13.116) ;

– la détermination du droit applicable à la procédure (art. 1509) et au fond du litige (art. 1511). À défaut de prévision des parties, ce sont les arbitres qui se prononcent. S'agissant de la loi applicable au fond, contrairement au juge étatique, n'ayant pas de *for*, l'arbitrage ayant un caractère international, l'arbitre ne dispose pas de règles de conflit prédéterminées mais d'une grande liberté. Elle lui permet d'utiliser la méthode directe consistant à déterminer le droit applicable sans passer par l'intermédiaire d'un système de conflits de lois, de recourir aux principes généraux du droit, à l'application cumulative des systèmes de conflits de lois intéressés au litige ou d'appliquer la *lex mercatoria*. Il doit simplement trancher le litige conformément aux règles de droit qu'il estime appropriées

(art. 1496). Cette grande liberté – limitée toutefois par l'ordre public international et les lois de police – ne lui interdit pas d'appliquer des règles proches de celles du juge étatique.

2. – Caractéristiques de la clause

Elle a deux traits essentiels :

Elle est indépendante par rapport au contrat principal (Civ. 1re, 7 mai 1963, *Gosset,* préc. ; Civ. 1re, 6 déc. 1988, *Navimpex*, *Rev. arb.* 1989, p. 641, note B. Goldman ; Civ. 1re, 20 déc. 1993, *Dalico*, *Rev. crit. DIP* 1994, p. 663, note P. Mayer ; Civ. 1re, 17 janv. 2006, n° 04-12.781, *Bull. civ. I* n° 9, p. 9). L'article 1447 du C. pr. civ., applicable à l'arbitrage international par renvoi de l'article 1506 dispose « la convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte. Elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci ». Cette solution est identique à celle prévue par l'article 21 §2 de la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international et figure dans le règlement d'arbitrage de la CCI.

Ainsi :

– les événements susceptibles d'affecter l'existence de la convention principale (nullité, résolution, résiliation) n'ont aucune incidence sur l'existence de la clause compromissoire. La Cour de cassation ajoute à ces événements l'inexistence du contrat principal (Civ. 1re, 25 oct. 2005, *D.* 2005. Pan. 3052, note T. Clay) ou l'absence de preuve de son existence (Civ. 1re, 14 mai 2014, n° 13-15.827, *Hautbois*, *D.* 2014. 2541, obs. T. Clay) ;
– la convention d'arbitrage peut être soumise par les parties à une loi différente de celle appelée à régir le contrat principal.

La seule limite à cette indépendance est l'existence en la forme du contrat comportant la clause compromissoire.

Ce principe d'indépendance de la clause compromissoire est largement affirmé en droit comparé et par la pratique arbitrale. S'agit-il pour autant d'une « règle transnationale de l'arbitrage commercial international » ?

Elle est autonome par rapport à toute loi étatique (Civ. 1re, 4 juill. 1972, *Hecht*, préc.)

Cette autonomie est qualifiée de « règle matérielle du droit international de l'arbitrage » (Civ. 1re, 20 déc. 1993, *Dalico* préc. ; Civ. 1re, 30 mars 2004, *Bull. civ. I*, n° 95). Elle entraîne la mise à l'écart de la méthode conflictuelle (Civ. 1re, 6 févr. 2001, *Bull. civ. I*, n° 22) et réduit considérablement le contrôle de validité.

La jurisprudence rappelle qu'en « vertu d'une règle matérielle du droit de l'arbitrage international, applicable à un arbitrage dont le siège est situé en France, la clause compromissoire est juridiquement indépendante du contrat principal qui la contient ; dès lors son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique… La référence à une loi étatique est indifférente pour trancher la question de l'existence et de la validité de la convention d'arbitrage » (Paris, 11 févr. 2014,

n° 12-19.130, *Pezzullo Molini Partivici Mangimifici Spa*, *D.* 2014. 2541, obs. T. Clay ; v. déjà Civ. 1re, 20 déc. 1993, *Dalico*, préc.).

On peut ajouter ici qu'en application de cette autonomie, la Cour de cassation a consacré, en matière d'arbitrage international, le caractère solidaire de l'obligation des parties au paiement des honoraires des arbitres (Civ. 1re, 1er févr. 2017, n° 15-25.687, *JCP* 2017. 339, obs. S. Bollée). Il s'agirait là d'une nouvelle règle matérielle internationale.

3. – Validité et efficacité de la clause

En application des principes de l'indépendance et de l'autonomie, le seul contrôle exercé sur la clause compromissoire est celui de son « existence et de son efficacité ». Cette formule englobant la forme et le fond.

a – La forme de la clause : consensualisme

En principe, la forme de la clause est libre même si en pratique, dans le commerce international, elle sera souvent formulée par écrit.

La convention d'arbitrage international n'est soumise à aucune condition de forme (art. 1507 C. pr. civ.). Elle peut (et non doit) directement ou par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure, désigner le ou les arbitres ou même prévoir les modalités de désignation (art. 1508 C. pr. civ.). Ainsi, les clauses dites blanches sont possibles, les parties ayant la possibilité de ne pas désigner le ou les arbitres.

La question s'est posée à propos de la forme de la clause compromissoire par référence, c'est-à-dire celle qui n'est pas directement incluse dans le contrat en cause lui-même, mais dans un document annexe (par exemple des conditions générales) auquel le contrat fait référence. Cette forme est également libre, la Cour de cassation ayant jugé « qu'en matière d'arbitrage international, la clause compromissoire par référence à un document qui la stipule est valable lorsque la partie à laquelle on l'oppose en a eu connaissance au moment de la conclusion du contrat et qu'elle a, fût-ce par son silence, accepté cette référence » (Civ. 1re, 3 juin 1997, *Prodexport*, *Rev. crit. DIP* 1999, p. 92, note P. Mayer).

b – La validité quant au fond

En principe, « sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international » (Civ. 1re, 20 déc. 1993, *Dalico,* préc.), l'existence et l'efficacité de la clause compromissoire s'apprécient d'après la commune volonté des parties sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique.

Des décisions récentes ont renforcé cette validité en décidant, en premier lieu, que sont sans incidence sur la validité de la clause d'arbitrage le conflit entre une des parties et le centre d'arbitrage (Paris, 8 avr. 2014, n° 12/20478, *Nykcool*) ou les irrégularités affectant les modalités de désignation de l'arbitre (Civ. 1re, 9 juill. 2014, n° 13-13.598, préc). En deuxième lieu, dans deux arrêts rendus le même jour, la Cour de cassation confirme à nouveau que le caractère manifestement nul ou inapplicable des clauses d'arbitrage doit être interprété restrictivement, renforçant la validité de la convention d'arbitrage (Civ. 1re,

1er avr. 2015, n° 14-11.587 et 14-13.684). Enfin, un nouvel arrêt s'inscrit dans la même lignée (Com. 4 juill. 2018, n° 17-13067, intervenu en matière d'affacturage et décidant que la clause d'arbitrage par référence n'est pas manifestement inopposable au *factor*, subrogé dans les droits de son adhérent contre le débiteur cédé. Elle n'est pas qualifiée d'inopposable alors même que l'action de celui-ci est en responsabilité délictuelle dès lors que les factures relatives au contrat de vente ont été transférées en exécution du contrat d'affacturage et que l'action de la société d'affacturage a un lien avec ces ventes).

Même lorsque l'article 2061 du Code civil posait le principe de l'interdiction de la clause compromissoire sauf dans les cas prévus par la loi (par exemple en matière commerciale), la Cour de cassation décidait que ce principe ne s'appliquait pas dans les contrats internationaux (Civ. 1re, 4 juill. 1972, *Hecht* préc.). La Cour de cassation avait posé le principe de la validité de la clause d'arbitrage international, sans condition de commercialité (Civ. 1re, 5 févr. 1999, *Zanzi*, *Rev. crit. DIP* 1999, p. 546, note D. Bureau).

Dans sa nouvelle rédaction, l'article 2061 pose le principe de la validité de la clause compromissoire dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle, « sous réserve des dispositions législatives particulières ? ». Cet article s'applique-t-il aux contrats internationaux ? Interrogée sur cette question, la ministre de la Justice a répondu que sous réserve de l'interprétation souveraine des juridictions, le nouveau critère « de l'activité professionnelle » prévu par l'article 2061 (nouveau du Code civil) devait être étendu aux contrats internationaux (Réponse ministérielle n° 3541, *JO Sénat Q*, 31 janv. 2002, p. 314.). La jurisprudence décide de cette validité, y compris dans les contrats internationaux de consommation (Civ. 1re, 30 mars 2004 préc.). Elle va même plus loin désormais. Alors qu'elle avait décidé qu'une clause compromissoire insérée dans un acte de commerce était nulle si l'un des contractants était retraité (Civ. 1re, 29 févr. 2012, n° 11-12.782, *D.* 2012. 689, obs. X. Delpech, 1312, note A.-C. Rouard et 2991, obs. T. Clay ; *JCP* 2012. 310, obs. J. Béguin, 405, note J. Monéger et 843, n° 1, obs. J. Ortscheidt) elle a changé de position et décide désormais que la clause n'est pas manifestement nulle lorsqu'elle figure dans un acte de commerce – une cession de contrôle – alors même qu'elle est activée par un cédant retraité (Civ. 1re, 22 oct. 2014, n° 13-11568, *D.* 2015. 2541, obs. T. Clay).

c – Effets de la clause compromissoire

Elle a deux effets principaux, l'un positif et l'autre négatif :

– elle fonde la compétence du tribunal arbitral ;
– elle entraîne l'incompétence des juridictions étatiques sous réserve de certaines mesures provisoires ou conservatoires qui relèvent de l'*imperium* du juge étatique. En effet, si l'arbitre peut enjoindre à une partie de produire un document et même assortir son injonction d'une astreinte, s'il peut ordonner d'office toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles comme une expertise, s'il peut demander une provision, certaines mesures conservatoires relèvent de la compétence exclusive du juge étatique, seul titulaire de l'*imperium*, notamment celles qui nécessitent un pouvoir de contraintes.

Encore faut-il que cette incompétence soit invoquée devant le juge lors de l'instance au fond (Civ. 1re, 14 nov. 2000, *Rev. crit. DIP* 2001, p. 172, obs. H. Muir Watt).

La question s'est posée de savoir si la clause, qui concerne les parties contractantes peut être étendue aux tiers. La jurisprudence l'a admis. Par exemple :

– en cas de cession de créance, la clause est transmise au cessionnaire avec la créance, telle que cette créance existe dans les rapports entre le cédant et le débiteur cédé (Civ. 1re, 5 janv. 1999, *Rev. crit. DIP* 1999, p. 536 2e esp., note E. Pataut) et quelle que soit la validité de la transmission des droits substantiels (Civ. 2e, 28 mai 2002, *Cimat*, *D.* 2002. IR. 1956 ; *Rev. crit. DIP* 2002, p. 758, note N. Coipel-Cordonnier ; *Rev. arb.* 2003, p. 397, note D. Cohen). Cette transmission est détachée de toute règle de conflit de lois ;

– dans une chaîne homogène de contrats translatifs, la clause se transmet avec l'action contractuelle, sauf preuve de l'ignorance raisonnable de son existence (Civ. 1re, 6 févr. 2001, préc. ; Civ. 1re, 27 mars 2007, *D.* 2007. 2077, note S. Bollée) ;

– la solution est la même dans une chaîne hétérogène de contrat (Civ. 1re, 27 mars 2007, n° 04-20.842, décidant que « dans une chaîne de contrats translatifs de propriété, la clause compromissoire est transmise de façon automatique en tant qu'accessoire du droit d'action, lui-même accessoire au droit substantiel transmis, sans incidence du caractère homogène ou hétérogène de cette chaîne »).

Le tiers ne peut même plus opposer son ignorance raisonnable de la clause d'arbitrage dans ces cas (Civ. 1re, 17 nov. 2010, n° 09-12.442).

Cette transmission est curieusement désormais détachée de celle des droits substantiels.

– Dans un arrêt de 2011, la Cour de cassation a décidé que la clause d'arbitrage contenue dans le contrat initial s'étend au sous-traitant qui en a eu connaissance lors de la signature de son contrat et qui est directement impliqué dans l'exécution du premier contrat (Civ. 1re, 26 oct. 2011, no 10-17.708).

Des arrêts plus récents appliquent logiquement ces principes. La Cour d'appel de Paris a rappelé que « la clause compromissoire insérée dans un contrat international a une validité et une efficacité propres qui commandent d'en étendre l'application aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et dans les litiges qui peuvent en résulter » (Paris, 28 oct. 2014, n° 13/18811, *État libyen*, *D.* 2014. 2541, obs. T. Clay ; v. déjà dans le sens de cette extension, Civ. 1re, 7 nov. 2012, n° 11-25.891, *JCP* 2012. 1354, n° 5, obs. C. Seraglini).

Deux arrêts de la Cour de cassation sont dans le même sens (Civ. 1re. 28 janv. 2015, n° 13-24.626, décidant que la cession de la totalité du capital d'une société qui a conclu un protocole d'accord contenant une clause compromissoire emporte transfert automatique de la clause au cessionnaire ; Civ. 1re, 9 juill. 2014, n° 13-17.402). La doctrine est majoritairement en faveur de cette solution.

B. – La procédure d'arbitrage

1. – Le déroulement de la procédure

a – La volonté des parties

La procédure s'effectue en principe conformément à la volonté des parties.

La clause compromissoire peut régler la procédure soit directement, soit par référence à un règlement d'arbitrage.

À défaut de prévision des parties, il appartient aux arbitres de régler la procédure, soit également directement, par référence à un règlement d'arbitrage ou par application d'une loi étatique déterminée (C. pr. civ., art. 1509, al. 2).

b. – L'indépendance des arbitres

De nombreuses questions doivent être résolues par les parties et/ou les arbitres et ont déjà été envisagées :

– la mise en place du tribunal arbitral (désignation des arbitres, qualité des arbitres et acceptation de leurs missions par ces derniers),
– le déroulement de l'instance arbitrale.

Il convient cependant d'évoquer plus en détail la qualité des arbitres et plus particulièrement leur indépendance.

L'indépendance des arbitres se manifeste à travers **l'obligation de révélation**. L'arbitre étant sans doute le mieux placé pour savoir et évaluer son degré d'indépendance par rapport aux parties, il est tenu d'une obligation de révélation qui est au centre de l'arbitrage. En France, elle est désormais prévue par l'article 1456 al 2 du C. pr. civ. L'arbitre doit révéler aux parties les éléments qui pourraient faire douter de son indépendance ou de son impartialité, afin de leur permettre le cas échéant de le récuser (v. M. Audit, S. Bollée et P. Caillé, préc., n° 873 s). L'indépendance est remise en cause si la situation est de nature à avoir un effet sur l'indépendance d'esprit ou le jugement de l'arbitre (Civ. 1re, 25 juin 2014, n° 11-16.444). Dans une décision de principe de 2012, l'arrêt *Tesco*, la Cour de cassation a décidé que lorsque les faits reprochés à l'arbitre étaient dérisoires, il fallait montrer en quoi ils portaient atteinte à l'indépendance de l'arbitre (Civ. 1re, 10 oct. 2012, n° 11-20.299 ; dans le même sens : Lyon, 11 mars 2014, n° 13/00447, TGI Paris, ord. réf., 6 mai 2014, n° 14/5360). Comment caractériser ce qu'un auteur a appelé les « liaisons dangereuses » (*cf.* E. Loquin, *RTD com.* 2012. 518) ?

Trois questions se posent : la forme, le contenu et la sanction de la non-révélation.

– La forme de la révélation est libre. La déclaration d'indépendance est valablement faite lorsqu'une lettre de l'arbitre accompagné de son CV a précisé les points pouvant mettre en cause son indépendance (Paris, 6 mai 2014, n° 12/21230).

– La question la plus importante et la plus controversée est celle du contenu de l'obligation de révélation car les avis divergent. Doivent être révélés, d'après la jurisprudence, tous les événements « de nature à provoquer, dans l'esprit des parties, un doute raisonnable sur les qualités d'impartialité et d'indépendance ». En pratique, n'ont pas besoin d'être révélés : les faits que l'arbitre ignorait. Ici une nuance doit être apportée. Encore faut-il qu'il s'agisse de faits qu'il ne pouvait pas ne pas connaître, par exemple lorsqu'ils concernent le cabinet d'avocats pour lequel il travaille comme associé ou comme *of counsel*. Un arrêt récent apporte des précisions. En l'espèce, les associés de l'arbitre avaient travaillé pour une société mère d'une des parties, ce que l'arbitre ignorait, pour une opération modeste par rapport au CA du cabinet et sans rapport avec le litige. Mais en même temps, le cabinet avait fait de cela un « enjeu de communication ». La Cour d'appel de Paris applique la jurisprudence *Tecnimont* (Civ. 1re, 25 juin 2014, n° 11-26.529, préc.) et infirme l'ordonnance ayant *exequaturé* la sentence en première instance, s'inscrivant ainsi dans une conception rigoureuse de l'indépendance de l'arbitre et du contenu de l'obligation d'indépendance. N'ont pas à être révélés les faits d'ordre scientifique, éditorial ou social. C'est le cas par exemple de la participation à un même colloque (Civ. 1re, 4 juill. 2012, n° 11-19.624, *CSF*, *D.* 2012. 1898, obs. X. Delpech, 2425, note B. Le Bars et 2991, obs. T. Clay), à une même revue (Paris, 1er juill. 2011, n° 10/10402, *Sobrior* et n° 10/10406, *Emivir*, *D.* 2011. 3023, obs. T. Clay ; *RTD com.* 2012. 518, obs. E. Loquin) ou même à une même association. Les relations sociales entre l'arbitre et l'avocat d'une partie n'ont pas à être révélées. Un arrêt a décidé que le fait qu'ils entretiennent des relations au sein de plusieurs associations est un élément notoire (Paris, 14 janv. 2014, n° 12/15140, *Cegelec*, préc.). Le fait que deux arbitres appartiennent au Club des juristes et ont participé la veille de l'audience de plaidoirie à un dîner-débat, auquel était invité l'avocat d'une des parties n'a pas à être révélé, la Cour répondant que « l'adhésion commune de deux arbitres à un club, qui réunit des juristes de haut niveau, venus de divers horizons… ne peut être regardée comme étant de nature à provoquer, dans l'esprit des parties, un doute raisonnable sur les qualités d'impartialité et d'indépendance desdits arbitres en ce qu'elle témoigne seulement de leur compétence reconnue ».

Une nuance doit être apportée lorsque la relation pédagogique se double d'une relation financière, comme le montre un arrêt de la Cour de Tunis du 10 décembre 2013 décidant que la participation à des activités pédagogiques n'a pas à être révélée et ne doit pas être une cause d'annulation de la sentence. En revanche, elle sanctionne le fait de ne pas avoir révélé que l'Arbitration Academy était financée par l'un des avocats. C'est la relation pécuniaire qui est ici en cause. C'est bien le retour sur investissement attendu du financement qui pose problème.

Doivent être révélés les faits d'ordre pécuniaire et dans les relations de cet ordre, c'est une conception large de l'obligation de révélation qui l'emporte. Il convient de révéler les relations entre l'arbitre et les parties, l'arbitre et les conseils ou même entre coarbitres. Dans ces relations aussi, il faut avoir une juste mesure et des nuances doivent être apportées. Ainsi, la Cour d'appel de Paris juge que « le fait qu'un arbitre, fut-ce le président du tribunal arbitral, siège dans deux instances parallèles, n'est pas, par lui-même, de nature à faire raisonnablement douter de son indépendance et de son impartialité, à moins que la décision rendue dans l'une des affaires constitue un préjudice défavorable à l'égard d'une partie dans l'autre instance ; … il n'en va ainsi, toutefois, que si l'appréciation portée par l'arbitre dans la première procédure sur un ensemble indissociable de fait et de droit entraîne logiquement certaines conséquences sur les questions à trancher » (Paris, 9 sept. 2014, n° 13/01333). N'a pas à être révélés par

exemple le fait pour un arbitre d'avoir été, 20 ans auparavant, collaborateur de l'avocat d'une des parties, lequel était à l'époque associé du cabinet où il travaillait (Paris, 14 janv. 2014, n° 12/15140, *Cegelec*, préc.).

– La non-révélation peut avoir de graves conséquences : récusation de l'arbitre, si le fait caché est connu lors de l'instance d'arbitrage, la nullité de la sentence arbitrale au titre de la constitution irrégulière du tribunal arbitral s'il est connu après le prononcé de la sentence et la responsabilité de l'arbitre pour préjudice causé à l'une des parties. Il convient d'avoir à l'esprit l'arrêt *Tecnimont* (Civ. 1re, 25 juin 2014, préc.) décidant que « la partie qui, en connaissance de cause, s'abstient d'exercer, dans le délai prévu par le règlement d'arbitrage applicable, son droit de récusation en se fondant sur toute circonstance de nature à mettre en cause l'indépendance ou l'impartialité d'un arbitre, est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir devant le juge de l'annulation ».

Aujourd'hui, le critère de la révélation est sur le point d'être dépassé et la question est moins de savoir si les faits litigieux ont été révélés que de se demander si la réaction de la partie qui les invoque a été effectuée dans les temps. Il semble donc que **le devoir de réaction** prolonge voire supplante celui de révélation. Au centre de cette préoccupation se trouve l'article 1466 du Code de procédure civile d'après lequel, lorsqu'une irrégularité de procédure n'est pas soulevée à temps, cela a pour effet renonciation à l'invoquer ensuite. Lorsqu'un règlement d'arbitrage applicable prévoit un délai pour agir en récusation, le juge de l'annulation est lié par un tel délai (Civ. 1re, 25 juin 2014, n° 11-26.529). Ce délai court à compter de la date à laquelle la partie qui forme la demande en récusation a reçu les renseignements ayant altéré sa confiance (Civ. 1re, 19 déc. 2018, n° 16-18.349).

c – Les principes fondamentaux s'appliquant à la procédure

Des principes fondamentaux s'appliquent à toute procédure arbitrale.

Il s'agit en premier lieu du droit pour l'arbitre de se prononcer sur sa propre compétence : c'est le principe « compétence-compétence », largement admis par la jurisprudence française et les législations étrangères sur l'arbitrage international et désormais codifié à l'article 1448 C. pr. civ. Ce principe a deux aspects. Un effet positif qui est simple : l'arbitre doit statuer sur sa propre compétence lorsqu'elle est contestée au cours de l'arbitrage. Un effet négatif qui est plus controversé : ce pouvoir accordé à l'arbitre exclut celui du juge étatique de se prononcer sur la validité et l'applicabilité de la convention d'arbitrage. Dans un tel cas, le juge ne doit pas se prononcer tant que l'arbitre ne l'a pas fait lui-même d'où l'expression d'effet négatif. Ce second effet est admis en droit français alors que des droits étrangers le refusent. L'article 1448, al. 1er, C. pr. civ. dispose que « lorsqu'un litige relevant de la convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'État, celle-ci se déclare incompétente, sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable ». La Cour de cassation et la doctrine rappellent de manière constante que le caractère manifestement nul ou inapplicable des clauses d'arbitrage doit être interprété de manière restrictive. Dans deux arrêts rendus le même jour, la Cour de cassation le confirme (Civ. 1re, 1er avr. 2015, n° 14-11.587 et 14-13.684) tout comme dans des arrêts récents (Civ. 1re, 13 juill. 2016, n° 15-19.389 décidant implicitement que l'impossibilité de faire face au coût de l'arbitrage n'a pas pour effet que la clause d'arbitrage est manifestement inapplicable ; Civ. 1re, 6 juill. 2016, n° 15-19.521 ; Civ. 1re, 21 sept. 2016, n° 15-28.941, *D.* 2016, 2595,

obs. T. Clay ; *RJDA* 2016, n° 917 ; Civ. 1re, 6 juill. 2016, n° 15-19.521, *Football Club de Sochaux*, *D*. 2016. 2589, obs. T. Clay, *Rev. crit. DIP* 2017, p. 90, note J. Guillaumé ; Civ. 1re, 19 déc. 2018, n° 17-28951, *adde* Paris, ch. 5-8, 30 juin 2015, n° 14/20970).

Il s'agit ensuite du principe de la contradiction exigée par l'article 1520-4° C. pr. civ. et de ses conséquences telles que relevées par la jurisprudence. D'après un arrêt de la cour de Paris, respecter ce principe suppose « que chaque partie ait été en mesure de faire valoir ses moyens de fait et de droit, de connaître ceux de son adversaire et de les discuter, ensuite qu'aucune écriture et qu'aucun document n'ait été porté à la connaissance des arbitres sans être également communiqué à l'autre partie, enfin qu'aucun moyen, de fait ou de droit, ne soit relevé d'office par le tribunal arbitral sans que les parties aient été invitées à présenter leurs observations » (Paris, 16 janv. 2003, *Rev. arb.* 2004, p. 369, note L. Jaeger).

2. – Le dénouement de la procédure

À l'issue de la procédure, l'arbitre rend une décision qui prend la forme d'une sentence. Elle doit en principe être exécutée volontairement, mais il peut arriver qu'une partie refuse de le faire ou exerce des voies de recours

a – La sentence arbitrale internationale ou étrangère

Il s'agit des « actes des arbitres qui tranchent de manière définitive, en tout ou en partie, le litige qui leur est soumis, que ce soit sur la compétence ou sur un moyen de procédure qui les conduit à mettre fin à l'instance » (Paris, 25 mars 1994, *Rev. arb.* 1994, p. 391, note C. Jarrosson).

α. Les conditions

– Forme

– aucune forme n'est en principe exigée en matière d'arbitrage international, même si la volonté des parties ou la référence à un règlement d'arbitrage peuvent imposer le respect de certaines formes ;

– la sentence doit en principe être datée, signée par les arbitres et indiquer le lieu où elle a été rendue ;

– la motivation de la sentence n'est pas obligatoire. Ici encore, tout dépend de la volonté des parties ou de la loi applicable à la procédure d'arbitrage ;

– la sentence arbitrale est confidentielle, sauf consentement des parties.

– la sentence arbitrale doit être notifiée une fois qu'elle est rendue. Ici encore tout dépend de la volonté des parties comme le précise l'article 1484 C. pr. civ. qui dispose « elle est notifiée par voie de signification à moins que les parties en disposent autrement ». Une prudence s'impose toutefois dans les formes de cette notification (v. cep. Paris, pôle 1, 4 juill. 2013, n° 12/08215, refusant de donner effet à une notification de sentence effectuée par courriel par la CCI sur la base d'un accord des parties lui-même conclu par courriel).

– Fond

– lorsque l'arbitre est unique, il délibère seul et en toute indépendance ;
– en cas de pluralité d'arbitres, la décision doit nécessairement être précédée d'un délibéré qui est secret et dont la forme est libre (présence physique, visio-conférence, téléphone, télécopie…). La décision peut être prise à l'unanimité. Les parties peuvent prévoir d'autres possibilités ou à défaut les arbitres eux-mêmes. Désormais, l'article 1513 du C. pr. civ. décide en matière d'arbitrage international, préservant la liberté des parties à l'arbitrage, que « la sentence est rendue à la majorité des voix » et à défaut que « le président du tribunal arbitral statue seul ».

β. Les effets

– Autorité de la chose jugée et dessaisissement des arbitres : la sentence a autorité de la chose jugée, dès son prononcé, relativement à la contestation tranchée (art. 1484 C. pr. civ.). La sentence dessaisit l'arbitre de la contestation qu'il tranche.

– Reconnaissance et exécution : la reconnaissance et l'exécution sont subordonnées à deux conditions (art. 1514 C. pr. civ.), l'une de forme et l'autre de fond. Ils dépendent de :

– la preuve de l'existence de la sentence arbitrale par celui qui s'en prévaut (art. 1514 C. pr. civ.). Cette preuve est apportée par la « production de l'original accompagnée de la convention d'arbitrage ou de copies de ces documents réunissant les conditions requises pour leur authenticité » éventuellement assortie d'une traduction (art. 1515 C. pr. civ.). C'est à la sentence arbitrale elle-même que *l'exequatur* est accordé et non à sa traduction (Civ. 1re, 14 janv. 2015, n° 13-20.350) ;
– l'absence de contrariété manifeste à l'ordre public international (art. 1514 C. pr. civ.).

La compétence est attribuée au tribunal de grande instance, statuant à juge unique, « dans le ressort duquel la sentence a été rendue », si elle a été rendue en France. Dans le cas contraire, aucun texte ne prévoit de compétence territoriale. On doit donc appliquer les exigences d'une bonne administration de la justice. Dans certains cas, les tribunaux administratifs peuvent être compétents.

La reconnaissance peut être obtenue à titre principal ou incident.

L'*exequatur* est nécessaire pour conférer aux sentences force exécutoire et la procédure est non contradictoire. Le contrôle du juge de l'*exequatur* est sommaire.

b – Les voies de recours

En principe, comme les jugements étrangers, les sentences arbitrales internationales et les sentences arbitrales étrangères ne sont pas susceptibles d'un recours direct devant les juridictions françaises (art. 1525 à 1527). Seule la procédure d'*exequatur* (ou de reconnaissance) permet au juge français de se retrouver compétent. Un recours en annulation, qu'il ne faut pas confondre avec un appel, reste autorisé et n'est recevable qu'au lieu où la sentence a été rendue. Quelques précisions doivent être apportées en cas de décisions rendues en France :

– Recours contre la décision française statuant sur la reconnaissance ou l'exécution de la sentence :

– la décision qui refuse la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale internationale ou de la sentence arbitrale étrangère est toujours susceptible d'appel (art. 1525 C. pr. civ.) ;
– la décision qui accorde la reconnaissance ou l'exécution n'est susceptible d'appel que dans les cas prévus à l'article 1520 du Code de procédure civile, c'est-à-dire l'inexistence, la nullité ou l'expiration de la convention d'arbitrage, le tribunal arbitral irrégulièrement constitué, la violation de sa mission par l'arbitre, le non-respect du principe de la contradiction, et la contrariété à l'ordre public international. C'est à la partie qui invoque la violation par l'arbitre d'un principe, par exemple celui de la contradiction d'en apporter la preuve (Civ. 1re, 5 nov. 2014, n° 13-11.745).

L'appel est de la compétence de la cour d'appel dont relève le juge qui a statué et doit être exercé dans le délai d'un mois à compter de la signification de la décision du juge (art. 1520 al. 2 C. pr. civ.). Ce délai et l'appel ont un effet suspensif.

– Recours contre la sentence arbitrale internationale rendue en France

Un recours en annulation peut être directement exercé contre les sentences arbitrales internationales rendues en France (art. 1518), dans les cas prévus par l'article 1520 du Code de procédure civile (Paris, 29 mars 2001, *RTD com.* 2001. 648, obs. E. Loquin). Ce recours est de la compétence de la cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue. Ce recours doit être exercé dans le mois de la signification de la sentence déclarée exécutoire (art. 1519 al. 2). Le rejet du recours en annulation confère l'*exequatur* à la sentence arbitrale (art. 1527 al 2).

Le décret du 13 janvier 2011 a apporté plusieurs innovations relatives au recours en annulation :

– les parties peuvent renoncer au recours en annulation. D'après l'article 1522 al. 1 « par une convention spéciale, les parties peuvent à tout moment renoncer expressément au recours en annulation ». Les conditions sont strictes mais conformes à ce type de renonciation qui doit être expresse et non équivoque ;
– les parties peuvent convenir d'un mode de notification de la sentence autre que la signification (art. 1519 al. 3) ;
– le recours en annulation n'est pas suspensif même si l'article 1526 alinéa 2 du C. pr. civ. permet au premier président de la CA statuant en référé ou au conseiller de la mise en état d'arrêter ou d'aménager l'exécution de la sentence « si cette exécution est susceptible de léser gravement les droits de l'une des parties ».

Enfin, il convient de préciser, pour terminer, un autre procédé de contrôle de la sentence arbitrale qui est le **recours en révision**. Ce dernier a lieu devant le tribunal arbitral. Il a été consacré récemment par le Code de procédure civile en matière d'arbitrage international. Il s'agit d'une voie de recours visant à obtenir la rétractation d'un jugement ou d'une sentence par la juridiction ou le tribunal arbitral qui l'a rendu. Avant la réforme

du 13 janvier 2011, le recours en révision était ouvert dans l'arbitrage interne et exclu dans l'arbitrage international. Toutefois, dans l'arrêt *Fougerolle*, la Cour de cassation avait tenté de corriger cette lacune en maintenant la possibilité de rétractation dans l'arbitrage international en la réintroduisant dans le seul cas de la fraude (Civ. 1re, 25 mai 1992, n° 90-18.210, *JDI* 1992, 974, note E. Loquin, *Rev. crit. DIP* 1992, 699, note B. Oppetit).

Le décret du 13 janvier 2011 ira plus loin en introduisant le recours en révision et non la seule rétractation pour fraude dans l'arbitrage international. En effet, l'article 1502 alinéa 1er dispose « le recours en révision est ouvert contre la sentence arbitrale dans les cas prévus pour les jugements à l'article 595 » du Code de procédure civile. Ce recours s'exerce dans les conditions posées par le code à l'égard des jugements lorsqu'elles sont pertinentes à l'endroit des sentences arbitrales (art. 1502 al 1er, art. 594, 596, 597, 601 à 603 du C. pr. civ.).

Ce recours en révision des sentences arbitrales internationales est, sauf convention contraire des parties, régi par les deux premiers alinéas de l'article 1502 relatif au recours en révision.

Ce recours en révision ne concerne pas uniquement les seules sentences rendues en France, mais l'ensemble des sentences internationales.