



HAL
open science

Droit du commerce international

Denis Mouralis

► **To cite this version:**

Denis Mouralis. Droit du commerce international. Master. Droit du commerce international, France. 2024, pp.210. <hal-04622363>

HAL Id: hal-04622363

<https://hal.science/hal-04622363v1>

Submitted on 24 Jun 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Copyright - All rights reserved

DROIT DU COMMERCE INTERNATIONAL

**MASTERS 1 DROIT DES AFFAIRES – DROIT INTERNATIONAL ET
EUROPEEN – DROIT PRIVE – 2023-2024 – 2ND SEMESTRE**

Denis Mouralis

Agrégé des facultés de droit
Professeur à Aix Marseille Université
Centre de droit économique
denis.mouralis@univ-amu.fr

Le présent document contient le texte et/ou le plan du cours, des références bibliographiques et la référence de documents à lire impérativement. Il sera complété au fur et à mesure de la progression du cours. Comme il a été préparé rapidement, il est susceptible de contenir un certain nombre de coquilles et d'erreurs : l'enseignant sollicite l'indulgence des étudiants !

Ce document est réservé aux étudiants d'Aix Marseille Université inscrit au cours de droit du commerce international. Toute diffusion, reproduction ou publication en est strictement interdite.

LEÇON 1 - INTRODUCTION GENERALE

Lundi 12 février 2024

1 OBJET DU COURS

[1] L'objet du cours est d'étudier les règles de droit qui s'appliquent au commerce international. Comme tous les phénomènes sociaux, le commerce international est régi par des règles de droit. Le droit du commerce international est aussi ancien que le commerce international lui-même :

- Grèce antique : notamment règles propres au commerce et au transport maritime, naissance du prêt à grosse aventure (en cas de sinistre, l'emprunteur est dispensé de rembourser tout ou partie des sommes prêtées).
- Antiquité romaine : *jus gentium*, applicable aux étrangers, par opposition au *jus civile*.
- Moyen-Âge : la pratique des marchands européens, qui se réunissent au cours de foires, fait naître des règles qui leur sont propres, le *ius mercatorum*, synthèse entre le droit romain et un droit coutumier médiéval. Le chèque, la lettre de change et le billet à ordre apparaissent à cette époque.
- Découverte du nouveau monde et expansion européenne vers l'Asie : nouvel essor du commerce international et du droit du commerce international.

[2] Aux XIXe et XXe siècles, l'expansion des échanges internationaux a induit une évolution importante du droit du commerce international, qui est de plus en plus transnational et uniformisé.

2 NOTION DE DROIT DU COMMERCE INTERNATIONAL

[3] L'expression *droit du commerce international* est sans doute équivalente des expressions *droit international des affaires* ou *droit commercial international*. Le droit du commerce international est l'ensemble des règles applicables aux rapports commerciaux internationaux. Les termes de cette définition doivent être précisés.

[4] D'abord, la notion de rapports *commerciaux* est beaucoup plus inclusive en matière internationale qu'interne. En droit français interne, l'activité commerciale est définie par les articles L. 110-1 et L. 110-2 du Code de commerce :

Article L. 110-1

La loi répute actes de commerce :

1° Tout achat de biens meubles pour les revendre, soit en nature, soit après les avoir travaillés et mis en œuvre ;

2° Tout achat de biens immeubles aux fins de les revendre, à moins que l'acquéreur n'ait agi en vue d'édifier un ou plusieurs bâtiments et de les vendre en bloc ou par locaux ;

3° Toutes opérations d'intermédiaire pour l'achat, la souscription ou la vente d'immeubles, de fonds de commerce, d'actions ou parts de sociétés immobilières ;

4° Toute entreprise de location de meubles ;

5° Toute entreprise de manufactures, de commission, de transport par terre ou par eau ;

6° Toute entreprise de fournitures, d'agence, bureaux d'affaires, établissements de ventes à l'encan, de spectacles publics ;

7° Toute opération de change, banque, courtage, activité d'émission et de gestion de monnaie électronique et tout service de paiement ;

8° Toutes les opérations de banques publiques ;

9° Toutes obligations entre négociants, marchands et banquiers ;

10° Entre toutes personnes, les lettres de change ;

11° Entre toutes personnes, les cautionnements de dettes commerciales.

Article L 110-2

La loi répute pareillement actes de commerce :

1° Toute entreprise de construction, et tous achats, ventes et reventes de bâtiments pour la navigation intérieure et extérieure ;

2° Toutes expéditions maritimes ;

3° Tout achat et vente d'agrès, apparaux et avitaillements ;

4° Tout affrètement ou nolisement, emprunt ou prêt à la grosse ;

5° Toutes assurances et autres contrats concernant le commerce de mer ;

6° Tous accords et conventions pour salaires et loyers d'équipages ;

7° Tous engagements de gens de mer pour le service de bâtiments de commerce.

[5] En droit international, le commerce inclut les activités commerciales au sens interne mais aussi :

- Toutes les activités économiques même celles qui ne sont pas considérées comme commerciales en droit interne.
- Les échanges de biens et de services même entre non professionnels.
- Les échanges économiques auxquels les États ou les collectivités territoriales prennent part.
- Et même, au sens large, les investissements étrangers directs.

[6] Cela dit, on distingue généralement le *droit du commerce international*, le *droit international du commerce* et le *droit économique international*. Le droit du commerce international est l'ensemble des règles applicables aux activités internationales des entreprises et aux transactions internationales, même entre non-commerçants et non-professionnels, qui relèvent principalement du droit privé. Le droit international du commerce est l'ensemble des règles de droit international public applicables aux relations commerciales, notamment celles adoptées par les traités sur le libre-échange, tels ceux de l'OMC. Le droit économique international est l'ensemble des règles de droit international public relatives aux activités économiques.

[7] Pour en revenir au droit du commerce international, celui-ci s'applique aux échanges économiques internationaux. Le caractère *international* des échanges, des opérations économiques dépend d'un critère assez vague : il suffit que l'opération considérée sollicite les économies de plusieurs pays. Si on veut un critère plus précis, on peut opter pour une approche économique ou une approche juridique, les deux approches n'étant pas nécessairement exclusives l'une de l'autre :

- Approche juridique : les parties à une transaction sont établies dans plus d'un pays ; ou l'opération doit être exécutée dans un pays différent de celui où les

parties sont établies. L'approche juridique est celle habituellement utilisée, en droit international privé, pour la résolution des conflits de lois.

- Approche économique : les opérations du commerce international entraînent un flux transfrontalier de biens, de services, de devises, de valeurs, de propriété intellectuelle, de savoir-faire ou de technologies.

[8] En France, on privilégie le critère économique de l'internationalité, précisé par l'avocat général Paul Matter, à propos des contrats¹ et largement utilisé pour définir l'arbitrage international². On admet assez facilement qu'une opération est internationale : il suffit qu'elle organise un flux de biens, de services, de valeur à travers une frontière ; voire ait un rapport avec un tel flux : par exemple, l'acquisition d'une entreprise française par une société française mais appartenant en majorité à une société étrangère peut être assimilée à un investissement étranger.

[9] Cela dit, le critère du caractère international d'une opération économique peut varier quelque peu suivant le domaine considéré ou la question posée. Par exemple, pour déterminer si un contrat est international, le juge français doit se référer au règlement Rome I³, qui retient un critère juridique, puisqu'il s'applique « *aux obligations contractuelles* » dans « *des situations constituant un conflit de lois* »⁴ et qu'implicitement il définit le contrat international comme celui dont les éléments objectifs – lieu d'établissement des parties, lieu d'exécution, etc. – ne sont pas localisés dans le même pays⁵.

[10] L'enjeu de la qualification interne ou internationale est très important car, si une opération économique est internationale, elle se voit appliquer un régime différent, généralement plus libéral. Les règles applicables au commerce international sont de trois sortes :

- Règles de conflit de lois.
- Règles matérielles.
- Règles destinées à organiser la résolution des différends :
 - Droit de l'arbitrage.
 - Règles de conflit de juridictions.
 - Principes universels de procédure.

¹ Civ. 1re, 17 mai 1927, DH 1928. 25, concl. Matter et note Capitant

² V. not. Civ. 1re, 20 nov. 2013, n° 12-25.266, *Saica Pack France c/ Automation Group*; 30 mars 2004, n° 02-12.259, *Sté Painewebber*, Bull. civ. I, n° 97 ; 5 mars 2013, *Rev. arb.* 2013. 528 ; 14 juin 2001, *Compagnie commerciale André c/ SA Tradigrain France*, *Rev. arb.* 2001. 773, note C. Seraglini, et 805, obs. Y. Derains ; 28 janv. 1988, *Rev. arb.* 1988. 565, et obs. J.-L. Goutal, p. 439. CA Paris, 17 février 2015, *Tapie*, *D.* 2015, p. 1253, note D. Mouralis.

³ Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).

⁴ Règl. Rome I, art. 1(1).

⁵ Règl. Rome I, art. 3(4).

- [11] Les deux traits marquants de l'évolution contemporaine du droit du commerce international sont :
- La multiplication des règles matérielles véritablement internationales par le biais des :
 - Conventions internationales.
 - Règles adoptées par les organisations internationales, notamment l'OMC.
 - Règles adoptées par les professionnels ou proposées par des organismes privés et que les opérateurs peuvent adopter.
 - Uniformisation des règles nationales applicables au commerce international.
- [12] Par ailleurs, le droit du commerce international a toujours été très pragmatique, utilitariste, en prise avec la pratique des opérateurs. Le contenu des règles du droit du commerce international est largement déterminé par les finalités poursuivies par ceux qui les élaborent – États, organisations internationales, professionnels, organismes privés – qui sont la liberté, l'efficacité et la sécurité.
- [13] Habituellement, les règles de droit sont sous-tendues également par d'autres considérations, notamment :
- Morale commune.
 - Mœurs sociales.
 - Promotion des intérêts d'une certaine catégorie de personnes ou de l'intérêt général.
 - Progrès social.
 - Protection des droits fondamentaux, de la dignité humaine.
 - Protection des plus faibles.
 - Protection de l'environnement.
- [14] Ces autres considérations sont en retrait en matière de droit du commerce international. Cependant, elles ont tendance, depuis quelques années, à reprendre une certaine importance. Par exemple, en droit des investissements, les impératifs de protection des droits humains, des droits des travailleurs ou de l'environnement sont de plus en plus présents.

3 SOURCES DU DROIT DU COMMERCE INTERNATIONAL

- [15] Pour connaître les règles de droit, il faut connaître leurs sources, c'est-à-dire à la fois les institutions qui les adoptent et les actes à travers lesquels elles sont énoncées. Certaines sont destinées à régir les rapports commerciaux entre les opérateurs du commerce international, qui peuvent être des personnes privées et parfois des États (3.1). Ce sont principalement ces règles qui nous préoccuperont tout au long du cours. Cela dit, il faut évoquer aussi les règles du droit international du commerce, c'est-à-dire celles destinées à s'appliquer aux États lorsqu'ils régulent le commerce international. Il s'agit en général de leur interdire de prendre des mesures qui l'entraveraient (3.2). Enfin, il faut évoquer les règles protégeant les investissements étrangers directs (3.3).

3.1 REGLES APPLICABLES AUX RAPPORTS COMMERCIAUX

[16] Dans le contexte international, lorsqu'une difficulté se pose à propos d'un rapport commercial, on se demande nécessairement par quel droit elle doit être résolue. En effet, les différends du commerce international présentent des liens avec plusieurs pays, ce qui signifie que plusieurs droits nationaux ont vocation à s'appliquer. Pour surmonter cette difficulté, deux types de méthodes peuvent être utilisées, celle du conflit de lois (3.1.1) et celle de la règle matérielle (3.1.2). Il faut aussi expliquer le rôle de l'ordre public (3.1.3).

3.1.1 Méthode du conflit de lois

[17] La méthode du conflit de lois consiste à rechercher la loi applicable à une situation déterminée. Pour cela, on met en œuvre une règle de conflit qui indique selon un critère bien déterminé, quelle loi est applicable à telle ou telle situation. La branche du droit qui réunit ces règles est appelée droit international privé (D.I.P.). Le droit du commerce international est donc en grande partie un sous-ensemble du droit international privé. Ainsi, maîtriser le droit international privé est indispensable pour comprendre le droit du commerce international.

[18] Comme vous le savez, les règles de conflit de lois ne sont pas universelles. Au contraire, chaque pays a ses propres règles de conflits. Par exemple, le statut personnel d'un individu – capacité, possibilité de se marier, possibilité de changer de nom, âge de la majorité, etc. – est, selon le D.I.P. français, régi par sa loi nationale mais, selon le D.I.P. anglais, par la loi de son domicile.

[19] Toutefois, dans certains domaines, les règles de conflit de lois ont été uniformisées par des conventions internationales ou des actes dérivés de l'Union européenne. Par exemple, en ce qui nous concerne, le Règlement Rome I du 17 juin 2008, qui remplace la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable au contrat, a une importance cruciale, de même que le Règlement Rome II du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles⁶.

[20] Certaines questions posées par le commerce international seront résolues par la loi désignée par une règle de conflit :

- Loi applicable à un contrat international : les parties choisissent la loi applicable, à défaut de choix, on applique une règle de conflit. On y reviendra à propos des contrats du commerce international.
- Loi définissant les règles de fonctionnement d'une société.
- Loi applicable pour déterminer les conséquences d'une contrefaçon.

[21] Lorsqu'une loi nationale est ainsi désignée, c'est l'ensemble de cette loi qui s'applique à la question posée.

3.1.2 Méthode de la règle matérielle

[22] S'agissant de situations transnationales, il peut être judicieux de leur appliquer des règles spécialement conçues pour régir ce type de situation et non une loi nationale désignée par une règle de conflit. Certaines questions de droit soulevées par le droit du

⁶ Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles.

commerce international sont résolues par de telles règles matérielles, dont les sources sont variées : étatique (3.1.2.1), interétatique (3.1.2.2) ou transnationale (3.1.2.3).

3.1.2.1 Règle matérielle de source étatique

[23] Un pays peut élaborer des règles destinées à s'appliquer uniquement aux situations internationales. Plus précisément, cette règle matérielle peut émaner de la loi ou de la jurisprudence. Quoi qu'il en soit, le juge du pays considéré appliquera alors systématiquement cette règle à tout litige international entrant dans le champ d'application de la règle, sans se demander quelle loi nationale est applicable. Par exemple, le juge français a décidé que la clause indexant le prix sur le cours de l'or est permise dans le contrat international de prêt⁷. De même, selon le juge français, la convention d'arbitrage international obéit à une règle matérielle⁸.

3.1.2.2 Règle matérielle de source interétatique

[24] Bien souvent, les règles matérielles du commerce international sont adoptées à travers des conventions internationales. Plusieurs États, estimant que telle ou telle branche du commerce international a besoin d'un régime unique, se mettent d'accord pour l'élaborer ensemble. La préparation de la convention peut être à l'initiative d'une organisation internationale, notamment la CNUDCI ou la Conférence de La Haye de droit international privé. Par exemples :

- Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandise (CNUDCI).
- Convention de Bruxelles du 25 août 1924 pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance (règles de La Haye).
- Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer, ouverte à la signature le 23 septembre 2009 (règles de Rotterdam).
- Conventions d'Ottawa du 28 mai 1998 sur le crédit-bail international et sur l'affacturage international.

[25] Toutefois, la négociation de ces conventions est souvent compliquée, longue, et aboutit à des compromis qui nuisent parfois à la cohérence du régime adopté. Certaines de ces conventions ont été très peu ratifiées.

[26] Bien entendu, le commerce entre États membres de l'Union européenne et de l'Espace économique européen est largement soumis à des règles matérielles issues du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et des actes adoptés par l'Union. Les sources du droit de l'Union européenne ont donc ici une grande importance.

3.1.2.3 Règle matérielle de source transnationale

[27] Il existe, en matière de commerce international, des règles de sources privées, qui résultent des pratiques des opérateurs économiques, de normes élaborées par des organismes privées ou inter-gouvernementaux, de la synthèse des principes essentiels communs à plusieurs droits, etc. Ces normes constituent, selon certains, un droit spécifique applicables aux rapports commerciaux internationaux, la *lex mercatoria*.

⁷ Cass. civ., 21 juin 1950, *Messageries Maritimes*, *Rev. crit. DIP*, 1950, p. 609, note Batiffol ; *D.* 1951, p. 749, note Hamel ; *JCP G* 1950, II, 5812, note Lévy ; B. Ancel et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 5^e éd., 2006, t. 1, n° 22.

⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 20 décembre 1993, n° 91-16828, *Dalico*.

Mais cette notion de *lex mercatoria* est ambiguë. Quel est son contenu ? Quelle est sa force obligatoire ?

- [28] En ce qui concerne le contenu de la *lex mercatoria*, il est constitué, d'abord, par des principes généraux, applicables à tous les rapports commerciaux internationaux, et dégagés essentiellement par les tribunaux arbitraux, parfois par les juridictions étatiques, à partir de principes communs à un très grand nombre de systèmes juridiques ou, du moins, à ceux intéressés par le rapport commercial considéré. Les deux grands principes du droit du commerce international sont *Pacta sunt servanda* et la bonne foi. Pour désigner le droit issu des principes communs à tous les États on utilise parfois l'expression « *droit transnational* »⁹. Cela dit, ce terme est aussi utilisé, plus largement, comme synonyme de *lex mercatoria*.
- [29] En effet, la *lex mercatoria* comprend aussi des règles coutumières spécifiques à certains secteurs professionnels, bien connus des opérateurs, qui les considèrent comme obligatoires. Il ne faut pas confondre ces règles coutumières, considérées comme obligatoires, et les usages, simples pratiques courantes mais considérées comme facultatives. Cela dit, en pratique, la frontière entre coutume et usages est souvent incertaine.
- [30] Pour préciser les règles de la *lex mercatoria*, plusieurs organismes ont tenté de les transcrire par écrit. Parfois, il s'agit de codifier l'ensemble du droit des contrats internationaux. On pense ici, évidemment, aux principes Unidroit ou, à l'échelle régionale, aux *Principes du droit européen du contrat*, élaborés, à la fin des années 1990, par la Commission pour le droit européen du contrat, présidée par le Professeur Ole Lando. Il existe aussi des normes, élaborées par des institutions privées, notamment la Chambre de commerce internationale, destinées à régir certains aspects du commerce international, comme les obligations des vendeurs et acquéreurs (Incoterms) ou les règles de crédit documentaire.
- [31] Mais quelle est la force obligatoire de ces principes du droit du commerce international ? Les parties peuvent-elles s'y référer ? En fait, il faut distinguer selon que le litige est résolu par l'arbitrage ou par un juge étatique. Dans le premier cas, il est admis que le tribunal arbitral applique la *lex mercatoria* ou usages du commerce international¹⁰, si les parties le lui ont demandé. Les parties peuvent aussi désigner un corps de règles écrites, comme les principes Unidroit. Selon le droit français¹¹ et plusieurs règlements d'arbitrage¹², le tribunal arbitral peut aussi, à défaut de choix par les parties du droit applicable, se référer aux principes du droit du commerce international.
- [32] Si le litige est soumis au juge étatique, celui-ci, dans la plupart des pays, doit nécessairement résoudre le litige au fond par application d'un droit national, même si, par le jeu des règles de conflits, ce peut être celui d'un autre pays. En matière contractuelle, on dit qu'il n'y a pas de contrat sans loi¹³. Dans l'Union européenne, le

⁹ Expression utilisée par la résolution adoptée par l'*International Law Association* au Caire le 26 avril 1992.

¹⁰ Civ. 1^{ère}, 22 octobre 1991, *Valenciana*, n° 89-21.528, *Bull. civ.* 1991, I, n° 275.

¹¹ C. pr. civ., art. 1511.

¹² Par ex., règlement CCI 2021, art. 21(1).

¹³ Cass. civ., 21 juin 1950, *Messageries Maritimes*, *Rev. crit. DIP*, 1950, p. 609, note Batiffol ; *D.* 1951, p. 749, note Hamel ; *JCP G* 1950, II, 5812, note Lévy ; B. Ancel et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 5^e éd., 2006, t. 1, n° 22. – CPJI, 12 juillet 1929, *affaire des emprunts serbes*.

Règlement Rome I n'envisage que la loi applicable au contrat ce qui exclut les règles nationales.

- [33] Toutefois, il faut apporter trois nuances. D'abord, le paragraphe n° 13 du préambule du Règlement Rome I permet aux parties de contractualiser des règles internationales : le contrat n'y est pas soumis, ce n'est pas la loi du contrat, mais ces règles deviennent partie intégrante du contrat, acquérant la même valeur que le contrat lui-même. Ensuite, les droits nationaux admettent en général une telle contractualisation du droit international : la référence aux Incoterms est ainsi très fréquente.
- [34] Enfin, les droits nationaux et les conventions internationales donnent parfois un certain rôle aux usages du commerce international. Par exemple, la Cour de cassation a pu viser l'article 1134 du Code civil et l'article 3 des *Règles et usances uniformes de l'ICC relatives au crédit documentaire* pour décider que l'acquéreur d'un bien qui a convenu avec le vendeur que celui-ci serait payé par la voie du crédit documentaire ne peut faire pratiquer une saisie conservatoire entre les mains de la banque pour l'empêcher de payer le vendeur¹⁴. De même, dans la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, on trouve plusieurs références aux usages.

3.1.3 Rôle de l'ordre public

- [35] L'ordre public joue des rôles variables. L'ordre public de la loi nationale gouvernant une opération du commerce international s'applique intégralement. On retrouve également ici l'ordre public d'éviction, au sens du droit international privé. Il s'agit de la conception locale de l'ordre public international, qui peut conduire le juge à écarter la loi étrangère applicable si celle-ci produit un résultat contraire à cet ordre public. L'ordre public d'éviction joue un rôle réduit en matière de commerce international.
- [36] Le juge saisi d'un litige du commerce international applique aussi les lois de police du for. Ce sont les dispositions internationalement impératives destinées à s'appliquer systématiquement à certaines situations ayant un lien avec le for, parce l'observation de ces dispositions est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique du pays qui les édicte¹⁵ : contrôle des changes, autorisation préalable avant certains investissements, etc.
- [37] Enfin, il existe sans doute un ordre public transnational ou véritablement international. Par exemple, tout contrat entaché de corruption doit être considéré comme inefficace car la corruption est un mal condamné par la communauté des États. C'est ce que plusieurs sentences ont jugé, notamment une sentence CCI rendue en 1963 par Gunnar Lagergren :

Finally, it cannot be contested that there exists a general principle of law recognised by civilised nations that contracts which seriously violate *bonos mores* or international public policy are invalid or at least unenforceable and that they cannot be sanctioned by courts or arbitrators. This principle is especially apt for use before international arbitration tribunals that lack a 'law of the forum' in the ordinary sense of the term¹⁶

¹⁴ Cass. com., 14 octobre 1981, pourvoi n° 80-12.336, *Bull. civ.* 1981, IV, n° 357.

¹⁵ Selon la célèbre définition proposée par le professeur Philippe Francescakis.

¹⁶ Sentence CCI n° 1110, rendue par Gunnar Lagergren et 1963, § 16. V. aussi Sentence CIRDI, ARB/00/7 du 4 octobre 2006 *World Duty Free Company v. Kenya* : la corruption est contraire à l'ordre public de la plupart des États et à l'ordre public transnational.

3.2 REGLES APPLICABLES AUX RELATIONS COMMERCIALES ENTRE ÉTATS

[38] Les règles applicables aux relations commerciales entre États sont définies, essentiellement, par les accords de libre échange et de partenariat économique. On pense ici, évidemment, au droit de l'Organisation mondiale du commerce mais il existe de nombreux autres traités de ce type, bilatéraux, régionaux, multilatéraux.

3.3 REGLES PROTEGEANT LES INVESTISSEMENTS ETRANGERS DIRECTS

[39] Afin de favoriser les investissements étrangers directs, de nombreux États ont adopté des règles garantissant une certaine protection aux investisseurs étrangers. La plupart de ces règles découlent de traités de protection des investissements, généralement bilatéraux, parfois multilatéraux. Cependant, beaucoup d'États, notamment en voie de développement, ont également adopté des lois ou codes sur les investissements. Les dispositions de ces différents instruments sont très similaires, de telle sorte qu'elles sont à l'origine d'un corpus de règles assez cohérent au niveau mondial.

[40] Au sens strict, le droit des investissements n'est traditionnellement pas inclus dans le droit du commerce international, qui concerne plutôt les transactions instantanées ou de brève durée portant sur des biens ou des services. Nous adopterons cependant une approche plus large et évoquerons aussi le droit international des investissements.

4 INSTITUTIONS MAJEURES DU COMMERCE INTERNATIONAL

[41] On citera ici les principales institutions compétentes en la matière :

- Organisation mondiale du commerce (OMC) : veille au respect des accords de Marrakech, lutte contre les obstacles au commerce, concourt à la libéralisation des échanges commerciaux en s'efforçant d'organiser des négociations en vue de futurs accords.
- Commission des nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI) ou *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL) :
 - S'efforce d'uniformiser le droit commercial international.
 - Propose des conventions internationales.
 - Propose des modèles de lois : lois-types sur l'arbitrage (1985, amendée en 2006), le commerce électronique (1996), l'insolvabilité internationale (2002).
- Commission des nations unies pour le commerce et le développement (CNUCED) ou *United Nations Commission on Trade and Development* (UNCTAD) :
 - Lieu de réflexion et d'échange.
 - Propositions de réformes, de conventions.
 - S'intéresse en particulier aux investissements étrangers directs (*foreign direct investments*).
- Fonds monétaire international :
 - Assure la solvabilité des États : prêts.
 - Conseille les États, adopte des politiques structurelles, impose des normes de gouvernance.

- Banque mondiale :
 - A pour but de lutter contre l'extrême pauvreté en favorisant le développement dans les pays les plus pauvres.
 - Mène des recherches, des réflexions, des projets qui intéressent le commerce international.
- Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) :
 - Observe les politiques économiques des États membres et propose des améliorations.
 - Principes directeurs à l'égard des entreprises multinationales.
 - Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales du 21 novembre 1997 (ratifiée par la France).
- Organisations régionales :
 - Union européenne.
 - Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA).
 - Association of South East Asian Nations (ASEAN).
- On peut citer aussi les institutions très spécialisées :
 - Organisation internationale du travail.
 - Organisation mondiale de la propriété intellectuelle.
 - Organisation maritime internationale.
 - Organisation de l'aviation civile internationale (OACI).
 - Association internationale du transport aérien (IATA).
- Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT). Organisation créée comme auxiliaire de la SDN, reconstituée en 1940, 63 États membres :
 - Objectif : unification du droit privé.
 - Principes relatifs au contrat du commerce international (2010).
- Conférence de la Haye de droit international privé ou *Hague Conference on International Private Law* :
 - Organisation intergouvernementale comprenant 74 États membres ainsi que l'Union européenne.
 - Réflexions et préparation de conventions internationales.
- Chambre de commerce internationale :
 - Association de droit privé.
 - Cour internationale d'arbitrage.
 - Élaboration de normes : INCOTERMS, *Règles et usances uniformes de l'ICC relatives au crédit documentaire (RUU)*, Charte des entreprises pour le développement durable.

- Institutions françaises :
 - Direction générale du Trésor.
 - Agence française pour le développement international des entreprises (UBIFRANCE) : récolte et diffuse des informations.
 - Compagnie française d'assurance pour le commerce extérieur (COFACE).
 - Agence française pour les investissements internationaux (AFII) ou Business France.
 - Banque publique d'investissements.
- Institutions et associations privées, comme par exemple l'International Law Association, etc.

5 ENJEUX DE LA MATIERE

- [42] Le commerce international est une activité très importante pour les entreprises et les États. Au niveau micro-économique, les entreprises, pour croître, ont rapidement besoin de se développer au-delà de leur marché national et, donc, de pratiquer le commerce international, que ce soit pour vendre ou se fournir à l'étranger. Même les petites entreprises pratiquent souvent le commerce international. Il suffit, par exemple, qu'elles acquièrent des matières premières auprès d'une entreprise étrangère. Le régime juridique applicable est donc crucial pour elle.
- [43] Au niveau macro-économique, c'est-à-dire à l'échelle des États et des relations géopolitiques, le commerce international revêt aujourd'hui une grande importance. Pour les États, le commerce international peut contribuer à la prospérité nationale ou, au contraire, aux faiblesses de l'économie. Le commerce international contribue au développement économique et à la prospérité des nations, ainsi qu'à la paix et à la stabilité dans les relations internationales, à condition toutefois qu'il obéisse à des règles équilibrées et perçues comme juste. Il faut aussi que les flux soient équilibrés, c'est-à-dire que les différents États bénéficient à la fois de leurs importations et de leurs exportations. Si tel n'est pas le cas, par exemple si un État a très peu de débouchés à l'export et se trouve contraint d'importer beaucoup de services et de marchandises, des déséquilibres et des tensions apparaissent, qui peuvent dégénérer en conflit politique, voire en conflit armé
- [44] Il est arrivé assez souvent, au cours de l'histoire, que des États fassent pression sur d'autres pour qu'ils acceptent d'ouvrir leur marché et cela a parfois provoqué des conflits armés. Les deux célèbres guerres de l'opium, entre 1839 et 1842 puis entre 1856 et 1860, furent déclenchés par la décision du gouvernement chinois d'interdire l'importation d'opium, alors que le Royaume-Uni, jusque-là, troquait contre de l'opium les marchandises importées de Chine, s'assurant ainsi un débouché important pour cette drogue, dont l'Inde produisait des volumes importants. La France et les États-Unis participèrent à la seconde guerre de l'opium. Ces guerres aboutirent aux traités inégaux créant des concessions étrangères en Chine, ainsi qu'à la cession de Hong Kong au Royaume-Uni¹⁷. Toujours au XIXe siècle, les États-Unis organisèrent les

¹⁷ L'île de Hong Kong fut cédée à titre perpétuel mais le reste du territoire, notamment la péninsule de Kowloon fut cédé ultérieurement, pour un bail de quatre-vingt-dix-neuf ans. En revanche, la colonie portugaise de Macao était plus ancienne, datant du XVIe siècle.

expéditions du commodore Matthew Perry, en 1853 et 1854, afin d'obtenir du Japon qu'il s'intègre dans le commerce international. Cela aboutit à une transformation profonde du Japon, au cours de l'ère Meiji. Ces deux exemples montrent que le commerce international est, bien souvent, au cœur des relations internationales.

- [45] Même en l'absence de conflit armé, les statistiques du commerce extérieur d'un pays constituent un indicateur clef de sa santé économique. De ce point de vue, le fait que la balance commerciale d'un État soit excédentaire ou déficitaire est une donnée déterminante. La France a une balance commerciale déficitaire depuis 2006¹⁸ et le déficit a atteint des records, avec 84,1 milliards d'euros en 2021 et près de 163,6 milliards d'euros en 2022¹⁹. La situation s'est améliorée en 2023 mais la balance commerciale reste déficitaire, à hauteur de 99,6 milliards d'euros, soit 5 % du produit intérieur brut²⁰. La balance des transactions courantes – solde de toutes les transactions de biens et de services et de tous les flux de capitaux – est également déficitaire, de 33,8 milliards d'euros en 2023. Concrètement, cela signifie que notre pays ne peut pas trouver dans ses exportations les ressources nécessaires pour financer ses importations, ce qui l'affaiblit et contribue au besoin du financement de l'économie par la dette publique et privée. Cela contribue aux difficultés économiques et financières de la France et contribue à fragiliser sa position politique, au sein de l'Union européenne et en dehors. A titre de comparaison, l'Allemagne et l'Italie ont des balances commerciales excédentaires, l'Espagne a une balance commerciale déficitaire²¹.
- [46] Étant donné l'importance du commerce international dans la vie des nations et des entreprises, il existe de nombreux débouchés pour les spécialistes du droit du commerce international, dans les cabinets d'avocats d'affaires et les services juridiques des entreprises, les établissements financiers, mais aussi dans les institutions publiques nationales et internationales. Si cette matière vous intéresse, vous pouvez vous y spécialiser, notamment en choisissant, l'année prochaine, le master 2 droit des affaires internationales. Même sans vouloir vous spécialiser en droit du commerce international, le présent cours contribuera utilement à votre culture juridique générale. Dans tous les domaines du droit, les échanges internationaux sont incontournables.

6 METHODE ET EVALUATION

- [47] Le cours sera, autant que possible, interactif. Les étudiants devront lire quelques documents qui seront discutés en cours. L'examen prendra la forme suivante.
- [48] L'épreuve, d'une durée d'une heure et demie, consistera en un questionnaire à choix multiple (QCM) de quarante questions. Les candidats ne pourront utiliser aucun document. Pour chaque question, quatre réponses seront proposées, dont une et une seule juste. Le candidat répondra sur la feuille prévue à cet effet, distincte du sujet, en noircissant, pour chaque question, la case correspondant à sa réponse (A, B, C ou D).

¹⁸ <https://fr.statista.com/statistiques/479363/solde-echanges-externes-france/>.

¹⁹ *Les Échos*, 9 janvier 2023, <https://www.lesechos.fr/economie-france/conjoncture/france-le-deficit-commercial-sera-plus-mauvais-que-prevu-en-2022-1895190>. V. aussi : <https://www.ifrap.org/emploi-et-politiques-sociales/balance-commerciale-de-la-france-vers-les-154-milliards-de-deficit-en>; Rapport 2023 du commerce extérieur : <https://www.tresor.economie.gouv.fr/Articles/f7b3e557-391b-496a-86c3-a9ba56690aa2/files/ec66d5ba-b19e-4b86-9da9-a6069c407f17>.

²⁰ Rapport 2024 du commerce extérieur : <https://www.tresor.economie.gouv.fr/Articles/e101488a-4e05-4914-9f1c-c64f8df93de7/files/256cbb6e-2b9d-43ef-97fa-29441cf83d00>.

²¹ *Ibid.*, p. 57.

Chaque réponse juste rapportera un demi-point. Toute réponse fausse fera perdre un quart de point au candidat. L'absence de réponse rapportera zéro point.

- [49] Les réponses seront traitées par un lecteur optique. Par conséquent, les cases correspondant aux réponses du candidat devront être soigneusement remplies au stylo bille noir. Le candidat devra coller son étiquette d'anonymat sur la feuille de réponse. À défaut de respecter ces consignes, le candidat risque de se voir attribuer la note de zéro. Les candidats devront donc impérativement être munis de leurs étiquettes d'anonymat.
- [50] Il y aura trois types de sujets, comportant des questions et des réponses différentes, les sujets 1, 2 et 3. Le lecteur optique étant programmé pour noter chacun de ces sujets indépendamment, le candidat devra indiquer sur sa feuille de réponse quel sujet il aura traité (sujet 1 ou sujet 2) et remettre sa feuille de réponse au surveillant indiqué. À défaut et en cas d'erreur, ses réponses risquent de ne pas être prises en compte.

7 CONTENU DU COURS

- [51] Nous n'aborderons pas la résolution des conflits du commerce international parce que ce thème a été largement traité dans le cours de contentieux économique. Chaque séance de cours sera consacrée à un thème en particulier. Avant chaque leçon, les étudiants devront lire le cours et les documents indiqués. Voici la liste et les dates des leçons :

Leçon 2	Vendredi 16 février 2024	Mondialisation
Leçon 3	Vendredi 16 février 2024	Opérateurs du commerce international
Leçon 4	Lundi 19 février 2024	Droit commun des contrats internationaux
Leçon 5	Lundi 4 mars 2024	Vente internationale de marchandises
Leçon 6	Lundi 11 mars 2024	Transport international de marchandises
Leçon 7	Lundi 18 mars 2024	Autres contrats du commerce international
Leçon 8	Lundi 8 avril 2024	Sécurisation et facilitation du commerce international
Leçon 9	Lundi 15 avril 2024	Faillite internationale
Leçon 10	Lundi 22 avril 2024	Droit international des investissements
Leçon 11	Lundi 29 avril 2024	Droit du commerce international et guerre économique

LEÇON 2 - MONDIALISATION

Vendredi 16 février 2024

1 INTRODUCTION

[52] La mondialisation est un phénomène bien connu, très présent dans nos vies et dans les débats publics. Comment définir ce phénomène ? Le professeur Joseph Stiglitz²², prix Nobel d'économie, propose la définition suivante :

The closer integration of the countries and peoples of the world which has been brought about by the enormous reduction of costs of transportation and communication, and the breaking down of artificial barriers to the flow of goods, services, capital, knowledge, and (to a lesser extent) people across borders²³.

[53] La mondialisation se traduit avant tout par l'essor du commerce international. On a parfois l'impression que celui-ci connaît une croissance continue mais c'est une fausse impression. Nous avons vécu, depuis la seconde guerre mondiale, une phase d'expansion continue du commerce international mais, depuis les années 2000 et, bien plus encore, depuis la fin des années 2010, on observe une tendance protectionniste. Les flux commerciaux mondiaux continuent de croître, mais à un rythme moins soutenu²⁴.

[54] En 2020, la crise économique due à l'épidémie de Covid19 a provoqué une chute de la production et du commerce international au printemps mais, dès l'automne, les flux sont repartis à la hausse²⁵. En 2021, la croissance du commerce mondial s'est confirmée mais a été perturbée par des difficultés de production et d'approvisionnement et des pénuries de composants ou matières premières²⁶. La croissance s'est poursuivie : le total des flux de marchandises au niveau mondial était, en 2021, de 22 366 milliards de dollars et, en 2022, de 24 925 milliards de dollars²⁷. La croissance de l'économie mondiale, qui, à 6,1 %, a été très forte en 2021 et était de 3,5 % en 2022²⁸ devrait être de 3 % environ en 2023 et 2024²⁹.

[55] L'histoire nous enseigne qu'il y a déjà eu des périodes où le commerce international était très développé – Antiquité gréco-romaine, Moyen-Âge, fin du XIXe siècle jusqu'à la première guerre mondiale, notamment – et des phases de régression, pendant lesquelles le volume des échanges internationaux s'est contracté. Ainsi, on considère que la première mondialisation a eu lieu au XIXe siècle, au moment où, à la faveur de la révolution industrielle et du développement des voyages et des communications, les échanges commerciaux internationaux ont cru de manière considérable³⁰. Cela étant,

²² Prix de la Banque de Suède en sciences économiques en mémoire d'Alfred Nobel

²³ J. Stiglitz, *Globalization and its Discontents*, Londres, Penguin, 2002, p. 9.

²⁴ « La croissance du commerce mondial s'essouffle alors que les tensions commerciales persistent », article publié sur le site de l'OMC : <https://tinyurl.com/yxk6cqq8>.

²⁵ V. Baromètre des marchandises de l'OMC, 20 novembre 2020 : <https://tinyurl.com/y46r65mu>.

²⁶ V. Baromètre des marchandises de l'OMC, 15 novembre 2021 : <https://tinyurl.com/9z4vm453>.

²⁷ Statistiques publiées par l'OMC : <http://tinyurl.com/2v72d9mp>.

²⁸ Statistiques du FMI : <http://tinyurl.com/5v94m35c>. V. aussi : J. Zumbun, "Omicron, Supply-Chain Troubles to Slow Growth, World Bank Says", *Wall Street Journal*, 11 janvier 2022.

²⁹ FMI, World economic Outlook : <http://tinyurl.com/mrxe5tp9>.

³⁰ OMC, « Tendances du commerce international », p. 48, <https://tinyurl.com/mw9678cf>.

ce mouvement avait peut-être commencé plusieurs siècles auparavant³¹. Quoi qu'il en soit, cette première mondialisation a été suivie d'une démondialisation, causée par la première guerre mondiale. Entre les deux guerres, le commerce international est resté atone. Ce n'est qu'après la seconde guerre mondiale que la seconde mondialisation – parfois appelé remondialisation – a commencé³².

- [56] Cela étant, la mondialisation est aussi un phénomène polymorphe, qui va bien au-delà de l'économie et du commerce. Du fait des progrès techniques et de la réduction des coûts, il est de plus en plus facile de communiquer et de voyager, entre tous les points du globe, ce qui a multiplié les échanges et les influences culturelles réciproques. Les divers pays et peuples du monde se sont ainsi virtuellement et même physiquement rapprochés, avec une conscience accrue de cette proximité. Ce phénomène est parfois désigné par la métaphore du village global³³. Certaines causes, comme la protection de l'environnement, semblent aussi unir les peuples et les individus, au-delà des frontières.
- [57] Cependant, il faut se garder d'une vision idyllique. D'abord, le libre-échange et les délocalisations qu'il a induites ont détruit beaucoup d'emplois industriels dans les pays développés, sans que ces emplois ne soient intégralement remplacés. L'importation de produits agro-alimentaires à bas coûts met aussi les agriculteurs européens en grande difficulté. Ensuite, la crise sanitaire et économique liée à la Covid19 a mis un frein brutal aux échanges même si le commerce mondial a ensuite repris. Enfin, parallèlement au rapprochement des peuples et des valeurs, on observe des mouvements de radicalisation, des irruptions de nationalisme et des réactions identitaires assez fortes, dans de nombreux pays. La course aux armements semble être relancée partout, depuis quelques années. Plusieurs conflits armés importants ont éclaté depuis deux ans.
- [58] Cela étant, la manifestation la plus spectaculaire de la mondialisation est le développement du libre-échange. Selon une conception dominante, remontant au moins au XVIIIe siècle, le libre-échange est favorable à tous les pays, parce qu'il ouvre des débouchés à tous les producteurs et permet aux économies de se spécialiser dans les secteurs les plus adaptés. Cependant, cette spécialisation est à double tranchant, parce qu'un pays spécialisé dans certains types de production s'affaiblit et devient dépendant de l'extérieur. Par exemple, un pays qui produirait essentiellement des biens agricoles dépendrait de ses importations pour tous ses besoins en biens manufacturés. Ainsi, un gouvernement avisé doit s'efforcer tout à la fois d'intégrer son économie dans le commerce mondial et d'en diversifier les capacités.
- [59] Pour être plus précis, le libre échange consiste à supprimer les obstacles à la circulation des marchandises et des services, qui sont de trois types :
- Droits de douane.
 - Quotas ou préférences d'importation.
 - Normes techniques qui limitent l'accès des produits étrangers au marché national.

³¹ V. Hansen, *The Year 1000: When Explorers Connected the World – and Globalization Began*, New York, Simon & Schuster, 2020.

³² OMC, « Tendances du commerce international », p. 53, <https://tinyurl.com/mw9678cf>.

³³ M. McLuhan, *The Gutenberg Galaxy: the making of typographic man*, Toronto, University of Toronto Press, 1962.

[60] On distingue plusieurs degrés d'intégration économique³⁴ :

- (a) Zone d'échanges préférentiels (*preferential trading area*) : les droits de douane ne sont pas supprimés mais seulement réduits pour les produits venant des autres pays de la zone.
- (b) Zone de libre échange (*free trade area*) : les États membres suppriment tous les droits de douane, quotas et préférences d'importation.
- (c) Union douanière (*customs union*) : zone de libre-échange avec en plus un tarif douanier extérieur commun.
- (d) Marché commun : union douanière dans laquelle les obstacles à la circulation des marchandises et des services sont supprimés en vue de créer un seul marché des échanges internationaux entre États membres. C'est généralement une étape en vue de la réalisation d'un marché unique.
- (e) Marché unique (*single market*) : zone de libre-échange avec liberté de circulation des facteurs de production (travail et capital), des biens et des services. L'objectif est de créer un marché unique entre les États membres en faisant en sorte que les mouvements de capitaux, des travailleurs, des biens et des services soient aussi faciles entre les États membres qu'à l'intérieur de chacun d'entre eux. Les obstacles physiques (frontières et postes de douane), techniques (standards) et fiscaux (toutes les impositions) sont supprimés.
- (f) Union économique : marché commun ou unique et union douanière, avec une politique économique extérieure commune.
- (g) Union économique et monétaire (*economic and monetary union*) : union monétaire qui s'ajoute à l'union économique. Les États gèrent leurs monnaies ensemble, voire créent une monnaie unique. Il peut y avoir en plus une union fiscale (décision sur la fiscalité prises en commun). Il a existé une union monétaire sans union économique : l'Union latine au XIXe siècle (France, Belgique, Italie et Suisse, 1865 – première guerre mondiale : toutes les monnaies sont définies à partir du même étalon or et librement interchangeable).
- (h) Intégration économique complète (*complete economic integration*) : les États membres n'ont plus de contrôle individuel sur leur politique économique, toutes les décisions sont prises en commun. Peu commun à l'échelle internationale mais c'est souvent une étape de la construction d'une fédération d'États, comme les treize colonies puis les États-Unis d'Amérique.

[61] Le développement du libre-échange s'est fait au niveau mondial (2) et au niveau régional (3).

2 DEVELOPPEMENT DU LIBRE-ECHANGE AU NIVEAU MONDIAL

[62] Depuis longtemps, les États s'efforcent de libéraliser le commerce au niveau mondial mais ce n'est pas simple car cela suppose de surmonter les divergences de points de vue et d'objectifs, qui découlent des divergences d'intérêts. Par exemple, un État très développé a intérêt à obtenir que d'autres pays importent les biens manufacturés qu'il produit tout en protégeant son marché agricole, alors qu'au contraire, un pays en voie de développement a essentiellement des biens agricoles à exporter. Après la seconde

³⁴ La faculté de droit de l'Université McGill a créé un site Internet répertoriant tous les accords commerciaux existant : <https://ptas.mcgill.ca/index.php>.

guerre mondiale, en 1947, vingt-trois États conclurent le General Agreement on Tariffs and Trade (GATT). Il y a eu, au même moment, un projet d'International Trade Organization, qui n'a pas abouti car les États-Unis et d'autres pays n'ont pas ratifié sa création. Seul restait l'accord lui-même. Sa conclusion s'inscrit dans la volonté de favoriser et stabiliser les échanges commerciaux et les économies nationales. C'est à la même époque que furent conclus les accords de Bretton Woods, destinés à encadrer la politique monétaire des États et à assurer leur financement, avec la création du Fonds monétaire international (FMI).

[63] Les accords du GATT furent progressivement renforcés, avec une portée de plus en plus grande et des réductions de plus en plus importantes des barrières douanières, au cours de sept cycles (*rounds*) de négociation :

- Genève, avril 1947.
- Annecy, 1949.
- Torquay (Angleterre), 1951.
- Genève, 1955-1959.
- Dillon, 1960-1962.
- Kennedy, 1962-1967.
- Tokyo, 1973-1979.
- Uruguay, (1986-1994).

[64] Le Cycle de l'Uruguay a abouti à la création de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et à de nouveaux accords de libre-échange : accords de Marrakech du 15 avril 1994. En 2001, l'OMC a lancé le cycle de Doha, qui n'est toujours pas achevé et dont les objectifs sont :

- Abaisser les droits de douane et les subventions en matière agricole.
- Améliorer le processus d'élaboration de règles.
- Accroître l'aide au développement.

[65] Pour l'instant, ce cycle est un échec, ce qui explique en partie le développement des accords bilatéraux de libre-échange. La paralysie des négociations est peut-être le signe que le développement mondial du libre-échange a atteint ses limites, au moins temporairement.

[66] Toutefois, l'OMC continue d'exister et de jouer son rôle. Ses langues de travail sont l'anglais, l'espagnol et le français. Elle n'a pas de pouvoir normatif, contrairement à l'Union européenne. Les règles régissant le commerce entre les États membres ont été adoptés par eux, à travers les accords de Marrakech. Quelles sont les fonctions de l'OMC ?

- Elle veille au respect des accords commerciaux négociés entre les États membres.
- Elle constitue un forum au sein duquel les États négocient de futurs accords commerciaux.
- Elle constitue aussi un lieu de discussion au sein duquel les États peuvent négocier pour résoudre leurs différends commerciaux à propos de l'application des accords de libre-échange.

- Elle comporte aussi un panel de règlement des différends pour le cas où la négociation ne suffit pas à résoudre un différend.

[67] Il faut indiquer quels sont les membres de l'OMC (2.1), évoquer les accords de l'OMC (2.2) et expliquer comment fonctionne l'organe de règlement des différends (2.3).

2.1 MEMBRES DE L'ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE

[68] Cent soixante-quatre membres³⁵ dont :

- Union européenne, dont la France.
- Afrique du Sud.
- Chine.
- Inde.
- Niger.
- Nigéria.
- Sénégal.
- Tanzanie.
- Égypte.
- Tunisie.
- Arabie saoudite.

[69] Mais pas :

- Algérie (observateur).
- Andorre (observateur).
- Corée du Nord.
- Saint-Siège (observateur) : contrairement aux autres observateurs, il n'a pas besoin d'entamer des négociations d'adhésion dans les cinq ans de l'obtention de ce statut.

2.2 LES ACCORDS DE L'OMC

[70] Ce sont les accords auxquels a abouti le cycle de l'Uruguay³⁶. On compte soixante accords, annexes, décisions et memoranda ! On peut les regrouper en six parties :

- Accord cadre instituant l'OMC.
- Accords régissant les échanges de marchandises, Accords sur les tarifs douaniers (GATT 1994), *Trade related investment measures* (TRIMS).
- Accords régissant les échanges de services, Accord général sur le commerce des services (AGCS) ou *General Agreement on Trade in Services* (GATS).

³⁵ Voir le site Internet de l'OMC : <https://tinyurl.com/leuvgw6>.

³⁶ Ces accords sont en ligne sur le site Internet de l'OMC : <https://tinyurl.com/onbv8ab>. Il existe aussi un recueil de ces textes, intitulé *Résultats des Négociations commerciales multilatérales du Cycle d'Uruguay — textes juridiques*, que l'on peut commander sur le site Internet de l'OMC : <https://tinyurl.com/y2cnaeta>.

- Accords régissant les échanges en matière de propriété intellectuelle, Accord sur les Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) ou *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPS).
- Accords sur le règlement des différends (*Dispute Settlement*).
- Examen de la politique commerciale des gouvernements ou *Review of Governments Trade Policies*.

[71] Pour les marchandises et les services, les accords sont organisés suivant un triptyque :

- Principes généraux : GATT 1994 et AGCS.
- Accords complémentaires et annexes contenant des prescriptions spéciales relatives à des secteurs ou questions spécifiques.
- Listes d’engagements contractés par chaque pays pour permettre l’accès à son marché aux fournisseurs étrangers de biens ou services.
 - Engagements annexes au GATT : droits de douane pour les marchandises d’une manière générale et combinaison de droits de douane et de contingents pour certains produits agricoles.
 - Engagements annexes à l’AGCS : degré d’accès accordé aux fournisseurs étrangers de services dans des secteurs spécifiques ainsi que les types de services pour lesquels le pays concerné fait savoir qu’il n’applique pas le principe de la non-discrimination qui est la clause de la “nation la plus favorisée”.

[72] Les accords de l’OMC traitent du commerce des marchandises (2.2.1), du commerce des services (2.2.2) et de la protection de la propriété intellectuelle (2.2.3).

2.2.1 Commerce des marchandises

[73] Principes généraux :

- Non-discrimination entre produits locaux et produits provenant d’autres États membres.
- Réduction progressive des droits de douane.

[74] Droits de douane :

- Réduction tarifaire consenties par chaque pays dans sa liste d’engagements.
- Produits relevant de la technologie de l’information : quarante pays ont supprimé les droits de douane sur ce type de produits.
- De plus en plus de tarifs sont consolidés : ne peuvent plus être relevés.

[75] Agriculture :

- Droits de douane consolidés pour la totalité des produits agricoles.
- Presque toutes les restrictions à l’importation sous d’autres formes que les droits de douane, telles que les contingents, ont été converties en droits de douane — processus dénommé “tarification”, qui a nettement renforcé la prévisibilité des marchés de produits agricoles.

- [76] Accord sur les obstacles techniques au commerce (OTC) :
- Éviter que les règlements, normes et procédures d'essai et d'homologation ne créent des obstacles non nécessaires.
 - Les membres peuvent adopter des normes techniques.
 - Les normes adoptées ne doivent pas avoir un effet discriminatoire.
 - Les États membres sont encouragés à adopter des normes internationales.
 - Code de bonne pratique pour l'élaboration, l'adoption et l'application de normes facultatives par les gouvernements et par les organismes non gouvernementaux ou sectoriels
- [77] Accords sur les Mesures concernant les investissements et liées au commerce (MIC) ou *Trade Related Investment Measures* (TRIMs): accords interdisant aux États de prendre des mesures concernant les investissements étrangers directs et susceptibles de constituer des barrières au commerce de marchandises. Notamment :
- Exigence de contenu local minimal dans les marchandises.
 - Production locale.
 - Obligation d'exporter une certaine proportion de marchandises.
 - Équilibrer les exportations et les importations ou les échanges.
 - Transfert à des ressortissants locaux de technologie ou d'informations commerciales protégées.

2.2.2 Commerce des services

- [78] Quatre modes d'échange international des services :
- Mode 1, fourniture transfrontière : fourniture de service d'un pays à un autre. Ex. : conseil juridique donné lors d'un appel téléphonique d'un pays à un autre.
 - Mode 2, consommation à l'étranger : utilisation d'un service par des consommateurs ou entreprises dans un autre pays (par exemple le tourisme).
 - Mode 3, présence commerciale : établissement de filiales ou de succursales par une entreprise étrangère en vue de la fourniture de services dans un autre pays (par exemple une banque étrangère crée une agence dans un pays).
 - Mode 4, présence de personnes physiques : déplacement de particuliers quittant leur pays pour fournir des services dans un autre, par exemple les mannequins ou les consultants voyageant dans un autre pays pour y travailler.
- [79] Principes généraux :
- Traitement de la nation la plus favorisée (exception possible pendant dix ans). Lorsque deux gouvernements (ou davantage) ont conclu des accords sur la reconnaissance mutuelle de leurs systèmes de qualification (par exemple pour la délivrance de licences ou de certificats aux fournisseurs de services), ils doivent, d'après l'AGCS, ménager aux autres membres la possibilité de négocier des arrangements comparables.
 - Transparence de la législation. Obligation de créer des points d'information dans l'administration où les opérateurs étrangers peuvent se renseigner

- [80] L'AGCS s'applique à tous les services entrant dans le commerce international, par exemple les services bancaires, les télécommunications, le tourisme, les services professionnels, y compris les services juridiques. Les États ont en outre pris des engagements spécifiques, secteur par secteur. Ces engagements doivent être consolidés, c'est-à-dire qu'ils ne peuvent plus être modifiés sans négociation avec les pays affectés.
- [81] Cependant, les États peuvent ne pas prendre d'engagement dans tel ou tel secteur. Dans ce cas, les seules obligations qui incombent au gouvernement sont minimales, comme faire preuve de transparence dans la façon dont il réglemente le secteur et ne pas créer de discrimination envers les fournisseurs étrangers.
- [82] Les services publics sont explicitement exclus de l'accord et aucune disposition de l'AGCS n'oblige les pouvoirs publics à privatiser les industries de services. Les services publics sont définis comme étant les services qui ne sont pas fournis sur une base commerciale, ni en concurrence avec d'autres fournisseurs.
- [83] L'AGCS comporte plusieurs annexes :
- Mouvement des personnes physiques : cette annexe concerne les négociations sur le droit des individus de séjourner temporairement dans un pays afin de fournir un service. Elle précise que l'accord ne s'applique pas aux personnes cherchant à obtenir un emploi permanent ni aux conditions posées pour l'obtention de la citoyenneté, de la résidence ou d'un emploi à titre permanent.
 - Services financiers : l'instabilité du système bancaire porte atteinte à l'ensemble de l'économie. Aux termes de l'annexe sur les services financiers, les gouvernements ont toute latitude pour prendre des mesures prudentielles, par exemple pour protéger les investisseurs, les déposants et les titulaires de polices d'assurance, et pour assurer l'intégrité et la stabilité du système financier. Il est aussi précisé dans l'annexe que l'accord ne s'applique pas aux services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental sur le système financier, par exemple les services fournis par les banques centrales.
 - Télécommunications : le secteur des télécommunications joue un double rôle. Il est à la fois un secteur d'activité économique distinct et un élément de l'infrastructure au service d'autres activités économiques (par exemple les transferts financiers électroniques). D'après l'annexe, les gouvernements doivent assurer l'accès sans discrimination des fournisseurs étrangers de services aux réseaux publics de télécommunications.
 - Services de transport aérien : aux termes de cette annexe, les droits de trafic et les activités qui y sont directement liées sont exclus du champ d'application de l'AGCS. Ils sont régis par des accords bilatéraux. L'annexe précise cependant que l'AGCS s'appliquera aux services de réparation et de maintenance des aéronefs, à la commercialisation des services de transport aérien et aux services de systèmes informatisés de réservation. Actuellement, les Membres réexaminent l'annexe.

2.2.3 Accords sur la propriété intellectuelle

- [84] Le degré de protection des droits de propriété intellectuelle varie beaucoup d'un pays à l'autre. L'objectif de l'accord ADPIC est d'harmoniser cette protection, au moins en partie. Il fixe des niveaux minimums de protection de la propriété intellectuelle que

chaque gouvernement doit assurer aux autres membres de l'OMC. L'accord porte sur cinq grandes questions :

- Comment les principes fondamentaux du système commercial et des autres accords internationaux sur la propriété intellectuelle devraient être appliqués.
- Comment assurer la protection adéquate des droits de propriété intellectuelle.
- Comment les pays devraient faire respecter ces droits de manière appropriée sur leur territoire.
- Comment régler les différends sur la propriété intellectuelle entre les membres de l'OMC.
- Arrangements transitoires spéciaux appliqués pendant la période de mise en place du nouveau système.

[85] Principes fondamentaux :

- Traitement national.
- Traitement de la nation la plus favorisée.
- La protection de la propriété intellectuelle doit contribuer à l'innovation technique et au transfert de technologie.

[86] L'Accord sur les ADPIC a pour points d'appuis la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle et la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques. Il y ajoute en garantissant la protection de certains droits. Les pays en voie de développement avaient jusqu'en 2013 (2016 pour les brevets) pour mettre leur législation en conformité avec l'accord ADPIC. Cela étant, l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, distincte de l'OMC, œuvre aussi pour le renforcement et l'harmonisation de la protection de la propriété intellectuelle au niveau mondial.

2.3 LE REGLEMENT DES DIFFERENDS

[87] L'organe de règlement des différends est composé de tous les membres de l'OMC. Il établit un groupe spécial d'experts pour chaque différend. Il adopte ou rejette ensuite les conclusions des groupes d'experts. Il surveille l'exécution de la décision et peut prendre des mesures de rétorsion. Un différend est traité en trois étapes : consultations (2.3.1), groupe spécial (2.3.2) et exécution de la décision (2.3.3).

2.3.1 Première étape : les consultations

[88] Les parties au différend doivent entamer des pourparlers afin de rechercher une solution. Si elles ne parviennent pas à trouver un accord, elles peuvent demander l'aide du Directeur général de l'OMC, qui peut intervenir comme médiateur ou d'une autre manière. Cette phase peut durer soixante jours au maximum.

2.3.2 Deuxième étape : le groupe spécial

[89] Le groupe spécial est établi dans un délai de quarante-cinq jours et il a six mois pour achever ses travaux. La procédure devant le groupe spécial est détaillée dans un mémorandum d'accord mais ses grandes lignes sont expliquées sur le site Internet de l'OMC :

Avant la première réunion : chaque partie au différend expose par écrit au groupe spécial ses arguments.

Première réunion — les arguments du plaignant et ceux de la défense : le ou les pays plaignants, le pays défendeur, et ceux qui ont déclaré avoir un intérêt dans le différend, présentent leurs arguments à la première réunion du groupe spécial.

Réfutations : les pays concernés présentent des réfutations écrites et des arguments oraux à la deuxième réunion du groupe spécial.

Experts : si une partie soulève des questions de caractère scientifique ou technique, le groupe spécial peut consulter des experts ou désigner un groupe d'experts chargé d'établir un rapport consultatif.

Avant-projet de rapport : le groupe spécial remet aux deux parties les sections descriptives (éléments factuels et arguments) de son projet de rapport et leur donne un délai de deux semaines pour présenter leurs observations. Ce rapport ne contient pas les constatations et conclusions.

Rapport intérimaire : Le groupe spécial soumet ensuite un rapport intérimaire comprenant ses constatations et conclusions aux deux parties, qui disposent d'un délai d'une semaine pour demander un réexamen.

Réexamen : La phase de réexamen ne doit pas dépasser deux semaines. Pendant cette période, le groupe spécial peut tenir d'autres réunions avec les deux parties.

Rapport final : Un rapport final est transmis aux deux parties et, trois semaines plus tard, il est distribué à tous les membres de l'OMC. Si le groupe spécial conclut que la mesure commerciale incriminée est effectivement contraire à un Accord de l'OMC ou à une obligation dans le cadre de l'OMC, il recommande que la mesure soit rendue conforme aux règles de l'OMC. Il peut suggérer comment procéder à cette fin.

Le rapport devient une décision : Le rapport devient, dans les 60 jours suivants, une décision ou recommandation de l'Organe de règlement des différends, à moins qu'il n'y ait consensus pour le rejeter. Les deux parties peuvent faire appel du rapport (et il est arrivé qu'elles le fassent l'une et l'autre)³⁷.

- [90] Chaque partie peut faire appel de la décision du groupe spécial devant un Organe d'appel, composé de sept personnes représentatives de la diversité des États membres. L'appel ne peut porter que sur des points de droit. L'organe d'appel ne peut réexaminer les faits. L'appel doit être traité en soixante jours, voire nonante jours, au maximum.

2.3.3 Troisième étape : exécution de la décision

- [91] Dans les trente jours suivant la décision du groupe d'experts ou de l'organe d'appel, l'État fautif doit annoncer les mesures qu'il entend adopter pour se mettre en conformité avec la décision. L'ORD peut ensuite lui accorder un délai raisonnable pour mettre ces mesures en œuvre. A défaut de se conformer à la décision, l'État fautif doit accorder des compensations, par exemple des réductions de droits de douane sur d'autres produits. A défaut d'exécution de la décision ou de compensation, l'ORD peut autoriser l'autre État partie au différend à prendre des mesures de rétorsion.

3 DEVELOPPEMENT DU LIBRE-ECHANGE AU NIVEAU REGIONAL

- [92] La Communauté économique européenne, créée par le Traité de Rome du 25 mars 1957 et devenue l'Union européenne avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007, est pour nous la plus connue des organisations régionales destinée à créer et maintenir un espace de libre échange. Elle comporte aussi une union douanière et s'inscrit dans un projet politique fort, puisqu'elle portait en germe, dès l'origine, un projet fédéraliste plus ou moins assumé. Nous n'en parlerons pas ici car les étudiants

³⁷ <https://tinyurl.com/yyb47lg8>.

ont découvert son fonctionnement dans les cours de droit de l'Union européenne. Nous évoquerons les autres zones de libre-échange. Certaines sont multilatérales (3.1), d'autres sont bilatérales (3.2).

3.1 ZONES MULTILATERALES

3.1.1 Europe

[93] Association européenne de libre-échange (AELE). Créée le 3 mai 1960, comme alternative à la CEE. Beaucoup des États membres ont ensuite rejoint la CEE. Zone de libre-échange. Il reste : Islande, Liechtenstein, Norvège, Suisse.

[94] Espace économique européen : UE (sauf la Croatie), Islande, Liechtenstein, Norvège. La Suisse n'a pas ratifié l'accord. C'est un marché unique : les États non membres de l'UE sont obligés d'adopter toutes les règles de l'UE, sauf celles sur l'agriculture et la pêche.

3.1.2 Zone d'influence russe

[95] Autour de la Russie, plusieurs associations d'États se sont formées. Union douanière Russie, Kazakhstan, Biélorussie. Il faut surtout citer l'Union économique d'Eurasie (*Eurasian Economic Union*). Membres : Arménie, Belarus, Kazakhstan, Kirghizistan, Russie, Ouzbékistan. Cuba et la Moldavie sont observateurs. Objectif : réalisation d'un marché unique. Projet de monnaie commune.

3.1.3 Accords Union européenne – ACP

[96] Devenu aujourd'hui les accords *Everything but Arms* (EBA) : les importations des pays les moins développés ne sont plus soumises à des droits de douane ou à des quotas, sauf les armes.

[97] Pays les moins développés selon l'ONU :

- Afrique : Angola, Bénin, Burkina Faso, Burundi, Centrafrique, Tchad, Comores, République démocratique du Congo, Djibouti, Érythrée, Gambie, Guinée, Guinée-Bissau, Lesotho, Liberia, Madagascar, Malawi, Mali, Mauritanie, Mozambique, Niger, Rwanda, São Tomé and Príncipe, Sénégal, Sierra Leone, Somalie, Soudan, Soudan du Sud, Togo, Tanzanie, Ouganda, Zambie
- Asie - Pacifique : Afghanistan, Bhutan, Bangladesh, Cambodge, Timor Oriental, Kiribati, Laos, Myanmar, Népal, Tuvalu, Vanuatu, Yémen.

3.1.4 Afrique

[98] Il existe, en Afrique, de nombreuses associations d'États visant à l'intégration économique. Elles se recoupent parfois. L'Association la plus générale est celle de la Communauté économique africaine (*African Economic Community*). C'est une création de l'Union africaine, qui a remplacé, depuis 2002, l'Organisation de l'unité africaine. Projet ambitieux : l'objectif est la création, à l'échelle du continent, d'un marché unique et d'une monnaie commune.

3.1.4.1 L'Union africaine

[99] 1963 – 2002 : organisation de l'Unité africaine (siège : Addis-Abeba). Dissoute en 2002 et remplacée par l'Union africaine (le Maroc a adhéré en 2017, il avait quitté

l'OUA dans les années 1980 parce que les autres États membres avait reconnu l'État sahraoui) :

- Parlement panafricain : Midrand, Afrique du Sud.
- Conférence, composée des chefs d'État et de gouvernement.
- Commission, siège à Addis-Abeba.
- Conseil exécutif : ministres désignés par les États membres. Prend des décisions dans le domaine du commerce international.
- Cour africaine de justice : interprète les traités de l'Union.

[100] L'Union africaine a pour but de défendre les intérêts du continent, de renforcer l'unité africaine, de favoriser le développement économique, ce qui explique ses efforts en faveur de l'intégration économique du continent.

3.1.4.2 La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples

[101] Il existe, parallèlement, une Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (depuis 1986) et une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (établie en 2004, siège à Arusha en Tanzanie), établies par la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

[102] La CADHP peut être saisie par la Commission des DHP, les États parties à la Charte ou les individus qui veulent attaquer un État ayant déclaré accepté ce type de saisine (Burkina Faso, Ghana, Malawi, Mali, Rwanda, Tanzanie, Côte d'Ivoire). Il existe un projet de fusion de la Cour africaine de justice et de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples

3.1.4.3 La Communauté économique africaine

[103] Les États de l'Union africaine veulent créer une Communauté économique continentale sur le modèle de la CEE. C'est ce que prévoit le traité d'Abuja du 3 juin 1991. Mais la route sera longue. Les États parties ont décidé de s'appuyer d'abord sur les associations régionales existantes et d'en créer là où il n'y en avait pas. Ces associations régionales sont appelées piliers. Cette étape a été accomplie. Désormais, les États membres s'efforcent de renforcer l'intégration des associations régionales et l'intégration inter-régionale. Il existe un projet de zone africaine de libre-échange, de marché commun et d'union monétaire.

[104] Les piliers de la Communauté économique africaine

- Communauté des États sahélo-sahariens (*Community of Sahel-Saharan States* ou CEN-SAD) : Burkina-Faso, Tchad, Niger, Libye, Centrafrique...).
- Common Market for Eastern and Southern Africa (COMESA) : Burundi, Érythrée, Ile Maurice, Éthiopie, etc.
- East African Community (EAC) : Kenya, Tanzanie, Uganda, Burundi, Rwanda.
- Autorité intergouvernementale pour le développement : Djibouti, Éthiopie, Somalie, Soudan, Soudan du Sud, Kenya, Ouganda.
- Southern African Development Community (SADC) : Angola, Botswana, République démocratique du Congo, Lesotho, Malawi, Ile Maurice,

Mozambique, Namibie, Seychelles, Afrique du Sud, Swaziland, Tanzanie, Zambie, Zimbabwe.

- Union du Maghreb arabe : Algérie, Libye, Mauritanie, Maroc, Tunisie.
- Communauté Économique des États de l'Afrique Centrale, CEEAC (*Economic Community of Central African States, ECCAS*).
- Avec une union monétaire : la Communauté Économique et Monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC). Cameroun, Centrafrique, Congo-Brazzaville, Gabon, Guinée équatoriale, Tchad. Monnaie commune, le Franc CFA d'Afrique centrale (XAF).
- Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest, CEDEAO (*Economic Community of West African States, ECOWAS*). Bénin, Burkina Faso, Cap vert, Côte d'Ivoire, Gambie, Ghana, Guinée, Guinée-Bissau, Libéria, Mali, Niger, Nigéria, Sénégal, Sierra Leone, Togo. Intégration forte. Cour de justice de la Communauté.
- Union monétaire : Union économique et monétaire ouest-africaine (EUMOA) (*West African Economic and Monetary Union*) : Bénin, Burkina Faso, Côte d'Ivoire, Guinée-Bissau, Mali, Niger, Sénégal, Togo. Franc CFA d'Afrique de l'Ouest (XOF).

[105] Cela dit, les tensions internationales apparues à la suite des coups d'État au Mali, au Burkina Faso et au Niger soulèvent des questions sur la pérennité de la CEDEAO, dont ces trois pays ont annoncé se retirer il y a quelques semaines. Ils ont créé l'Alliance des États du Sahel, pacte défensif militaire³⁸. Aux yeux des gouvernements de ces pays, les États membres de la CEDEAO sont instrumentalisés par les puissances occidentales, en particulier la France.

3.1.4.4 La zone franc

[106] Franc CFA : le franc CFA d'Afrique de l'Ouest et le franc CFA d'Afrique centrale ont toujours la même parité mais ce sont deux monnaies différentes qui pourraient avoir des valeurs différentes. Ils sont émis par des autorités monétaires distinctes. Le franc CFA a été créé en 1945, en même temps que le franc pacifique. Au moment où la France a signé les accords de Bretton Woods, le franc français a dû être dévalué, car il était faible, puis il a été instauré un taux de change fixe avec le dollar. On a alors créé des monnaies différentes pour les colonies, afin de ne pas les dévaluer, car la situation économique en métropole et dans les colonies n'était pas la même.

[107] CFA signifiait alors Colonies françaises d'Afrique. En 1958 : Communauté française d'Afrique. En 1960 : Communauté financière d'Afrique. Le franc CFA a toujours été lié à la monnaie française par un taux fixe :

- 1945-1948 : 1 franc CFA = 1,70 franc français.
- 1948-1959 : 1 franc CFA = 2 francs français.
- 1960-1994 : 1 franc CFA = 0,02 francs français.
- 1994-1998 : 1 franc CFA = 0,01 francs français.

³⁸ *Le Monde*, 29 janvier 2024, « *Le Mali, le Burkina Faso et le Niger quittent la Cedeao, la région ébranlée* », <http://tinyurl.com/4r8kfjek>.

- Depuis 1999 : 1 franc CFA = 0,00152449 euros
- [108] La France a aussi un accord avec les Comores. Le franc comorien s'échange au taux de 75 FC = 1 FF, soit 100 FC = 0,203265 euros.
- [109] Au moment de la création de la zone Euro, les accords de la France avec la CEDEAO, la CEMAC et les Comores n'ont pas été remis en cause mais la Banque centrale européenne et les banques centrales des autres États membres n'ont aucune obligation de soutenir la convertibilité du franc CFA et du franc comorien avec l'euro. Seul le Trésor français assume cette obligation.
- [110] Instituts monétaires :
- Banque centrale des États d'Afrique de l'Ouest (BCEAO), siège à Dakar.
 - Banque des États de l'Afrique centrale (BEAC), siège à Yaoundé.
 - Banque centrale des Comores, siège à Moroni.
- [111] Le Trésor public français garantit de manière illimitée la valeur de ces monnaies et leur libre convertibilité en euros. A tout moment, le Trésor français s'engage à remettre 0,00152449 euros à toute personne présentant 1 franc CFA, quelle que soit la situation économique dans la zone franc. Le Trésor français prend ainsi un risque. En cas de choc économique qui empêcherait les opérateurs de la zone franc de payer leurs importations parce que le franc CFA serait menacé, c'est le Trésor français qui assumerait le coût de ces importations avec ses euros. C'est pourquoi les autorités françaises avaient un droit de regard : le conseil des gouverneurs de chaque banque centrale comprenait des personnes nommées par la Banque de France. De plus, les banques centrales des deux zones monétaires devaient déposer la moitié de leurs réserves de change auprès du Trésor français.
- [112] Ces obligations existent toujours en ce qui concerne le franc CFA des États d'Afrique centrale. En revanche, le 21 décembre 2019, un accord a été conclu à Abidjan, visant à remplacer le franc CFA, monnaie unique de l'UEMOA, par une nouvelle monnaie qui devrait s'appeler l'Eco, et qui pourrait être étendue à de nouveaux pays, dont le Nigéria³⁹. La France a renoncé à son droit de regard dans la gestion de cette monnaie et les États de l'UEMOA n'ont plus à déposer la moitié de leurs réserves de change auprès du Trésor français⁴⁰. En revanche, la France continue à garantir la parité entre l'euro et le franc CFA, qui n'a pas encore été remplacé par l'Eco. Pour l'instant, la CEMAC n'a pas prévu de renoncer au franc CFA d'Afrique centrale mais elle observe avec intérêt la réforme du franc CFA d'Afrique de l'Ouest.
- [113] Plus récemment, le général Tiani, chef de la junte militaire assurant le gouvernement du Niger, a annoncé la création d'une nouvelle monnaie commune destinée à remplacer le franc CFA. Ce projet est justifié par la volonté de garantir la souveraineté de ces trois États et par la dénonciation du franc CFA comme instrument néocolonial⁴¹, malgré la réforme du franc CFA d'Afrique de l'Ouest.

³⁹ *Le Monde*, 21 décembre 2019, « La fin du franc CFA annoncée par Emmanuel Macron et Alassane Ouattara » : <http://tinyurl.com/56saz6dx>.

⁴⁰ *Le Monde*, 21 mai 2020, « La France acte officiellement la fin du franc CFA en Afrique de l'Ouest » : <http://tinyurl.com/y6rxpsxc>.

⁴¹ *Le Monde*, 12 février 2024, « Le Niger évoque la possible création d'une monnaie commune avec le Burkina et le Mali pour sortir de la « colonisation », <http://tinyurl.com/254nu2xy>.

3.1.4.5 *Les associations régionales africaines non intégrées dans la Communauté économique africaine*

[114] Southern African Customs Union (SACU) :

- Fondée en 1910 : la plus vieille union douanière du monde.
- Membres : Botswana, Lesotho, Namibie, Afrique du Sud, Swaziland.
- A signé un accord de libre-échange avec l'AELE en 2006.
- Négociation en cours avec l'UE pour un accord de libre-échange.
- Négociations en panne avec les États-Unis.

[115] Autres organisations :

- Greater Arab Free Trade Area (GAFTA) : Arabie saoudite, Bahrain, Égypte, Irak, Koweït, Liban, Libye, Maroc, Oman, Qatar, Soudan, Syrie, Tunisie, Emirats Arabes Unis.
- Communauté Économique des Pays des Grand Lacs (*Economic community of the Great Lake Countries*) : Burundi, Congo Kinshasa, Rwanda.
- Commission de l'Océan indien : Madagascar, Ile Maurice, Comores, France (Réunion) et Seychelles. Ce n'est pas une zone de libre-échange.
- L'autorité de développement intégré de la région du Liptako-Gourma : Burkina Faso, Mali, Niger.
- Mano River Union : Libéria, Sierra Leone, Guinée, Côte d'Ivoire.

3.1.5 Proche-Orient

[116] Cooperation Council for the Arab States of the Gulf. Projet d'union économique : Arab Customs Union and Common Market.

3.1.6 Asie

[117] Association of South East Asian Nations :

- 8 août 1967, déclaration de Bangkok.
- Objectifs : favoriser le développement économique, le progrès social, le développement culturel la paix, la stabilité, la coopération, l'assistance mutuelle, maintenir une coopération forte avec d'autres organisations régionales.
- États membres : Brunei, Cambodge, Indonésie, Laos, Malaisie, Myanmar, Philippines, Singapour, Thaïlande, Viet Nam.
- ASEAN free trade area, 1992. C'est une zone de tarifs préférentiels.
- Projet de communauté économique.

[118] *South Asian Free Trade Area* : zone de libre échange regroupant le Bangladesh, le Bhoutan, l'Inde, les Maldives, le Népal, le Pakistan et le Sri Lanka.

[119] *Asia Pacific Trade Agreement* :

- Zone de tarifs préférentiels.
- Membres : Bangladesh, Chine, Inde, Corée du sud, Laos, Sri Lanka, Mongolie.

[120] *Trans-pacific Partnership* :

- Projet de libre échange en cours de négociation.
- Comprendrait : Australie, Brunei Darussalam, Canada, Chili, Japon, Malaisie, Mexico, Nouvelle Zélande, Pérou, Singapour, États-Unis, Vietnam.
- Sous le mandat du président Trump, les États-Unis se sont retirés des négociations.

3.1.7 Amériques

[121] Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) :

- 1^{er} janvier 1994.
- Canada, États-Unis, Mexique.
- Origine : accord de libre échange entre les États-Unis et le Canada, 1987.
- Zone de libre échange : suppression des barrières douanières, encouragement et protection des investissements.
- Complété par le North American Agreement on Environmental Cooperation et le North American Agreement on Labor Cooperation (NAALC).
- Renégocié à l'initiative du président Donald Trump et remplacé en 2020 par le United States–Mexico–Canada Agreement (USMCA)

[122] *Mercado Común del Sur* (MERCOSUR) ou Marché commun du Sud, Southern Common Market UD (1991) :

- États membres : Argentine, Brésil, Paraguay, Uruguay, Venezuela. La Bolivie est en voie d'adhésion, il faut que tous les parlements des États membres l'accepte.
- Union douanière, marché commun.

[123] *Andean Community of Nations* (Comunidad Andina, CAN) :

- Fondé en 1969.
- Zone de libre-échange, avec liberté de circulation des personnes.
- Projet d'union douanière.
- Membres : Bolivie, Colombie, Équateur, Pérou.

[124] Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR), União de Nações Sul-Americanas (UNASUL), Unie van Zuid-Amerikaanse Naties (UZAN), Union of south American Nations (USAN) :

- Traité constitutif signé à Brasilia le 23 mai 2008.
- Regroupe les États membres de la communauté andine et du MERCOSUR plus : Chili, Guyana, Suriname.
- Veut créer un marché unique.
- Veut établir la liberté de circulation des personnes.
- Développement : South American Bank.
- Coopération militaire, sécurité régionale.

- [125] Pacific Alliance (*Alianza del Pacífico*) :
- Membres : Chili, Colombie, Mexico, and Pérou. Le Costa Rica est en voie d'adhésion.
 - Zone de libre échange en cours de création.
 - Projet de bourse commune et de zone de libre circulation sans visa.
- [126] Dominican Republic – Central America Free Trade Agreement (CAFTA-DR) :
- Membres : États-Unis, République dominicaine, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Honduras.
 - Objectif : créer une zone de libre échange analogue à celle de l'ALENA.
 - Le Canada est en train de négocier un accord similaire avec les pays d'Amérique central et des Caraïbes.
- [127] *Free Trade Areas of the Americas* (Zone de libre échange des Amériques) :
- Projet devant inclure tous les États américains.
 - Extension de l'ALENA.
 - Fortes oppositions, notamment de Cuba, du Venezuela, de l'Équateur, de l'Argentine et de la Bolivie.
 - L'accord aurait dû être conclu en 2005, il est désormais moribond mais certains États croient encore à ce projet.
- [128] Canada : Accord sur le commerce intérieur ou *Agreement on Internal Trade*, remplacé en 2017 par l'Accord de libre-échange canadien ou *Canadian Free Trade Agreement* :
- Conclu entre les provinces canadiennes.
 - Pour éliminer les obstacles au commerce à l'intérieur du Canada : marchés publics, normes, exigence de résidence en matière d'emploi, règlement des différends entre personnes privées et gouvernements, etc.

3.2 ZONES BILATERALES

3.2.1 Zones d'échanges préférentiels

- [129] Par exemples : Inde Afghanistan (2003), Inde-Ile Maurice, Inde-Népal (2009), Inde – Chili (2007), Inde MERCOSUR, ASEAN – Chine (2005), Laos Thaïlande (1991).

3.2.2 Zones de libre échange

- [130] Il existe de nombreux accords bilatéraux de partenariats économiques, créant des zones de libre-échange. D'autres sont en cours de négociation. Ils incluent souvent des dispositions protégeant les investissements. Très nettement, depuis une vingtaine d'années, les grandes puissances commerciales préfèrent conclure ce genre d'accords, qu'elles peuvent négocier sur mesure, en fonction des intérêts des deux partenaires, étant observé que, souvent, le partenaire le plus puissant essaie d'obtenir certains avantages.
- [131] États-Unis avec Australie, Bahreïn, Chili, Colombie, Costa-Rica, Israël, Jordanie, Corée du Sud, Maroc, Oman, Panama, Pérou, Singapour.
- [132] Union européenne avec Afrique du Sud, Albanie, Algérie, Andorre, Bosnie Herzégovine, Canada, Chili, Égypte, Iles Féroé, Israël, Jordanie, Kazakhstan, Liban,

Monténégro, Maroc, Mexique, Autorité palestinienne, San Marin, Serbie, Singapour, Afrique du Sud, Suisse, Tunisie, Turquie.

[133] Union douanière France – Monaco. Du fait de cet accord, Monaco fait partie de l’union douanière de l’UE. Un accord d’association avec l’Union européenne était en cours de négociation mais Monaco y a récemment renoncé.

[134] EU-UK Trade and Cooperation Agreement, 31 décembre 2020.

[135] Projets :

- Partenariat transatlantique: plus ou moins abandonné à l’époque où Donald Trump était président des États-Unis.
- EU – ASEAN.
- EU – Australie
- EU – Chine
- EU – Indonésie
- EU – Mercosur : remis en cause par la France à la suite des manifestations des agriculteurs, en France et dans d’autres pays d’Europe.

3.2.3 Union économique et politique

[136] Union d’État Russie – Biélorussie Union State of Russia and Belarus :

- Lancée en 1996.
- Projet de monnaie commune mais finalement la banque centrale biélorusse a préféré s’efforcer de maintenir une parité fixe entre le rouble biélorusse et le dollar US, sachant que beaucoup de transactions et de prêts bancaires en Biélorussie sont faits en dollars US⁴².
- Citoyenneté commune, liberté de circulation et d’établissement.
- Coopération militaire renforcée.

3.2.4 Marché unique

[137] UE - Suisse

3.2.5 Unions douanières

[138] UE – Andorre (UD) (1991), UE – San-Marino (UD) (2002), UE – Turquie (UD) (1996), Israël – Autorité palestinienne (UD) (1994), Suisse – Liechtenstein (UD) (1924). L’Australie et la Nouvelle-Zélande envisagent de créer une union douanière et au-delà de renforcer leur union économique.

⁴² Note de la Direction générale du Trésor, 23 décembre 2021 : <http://tinyurl.com/2ekpthvn>.

Vendredi 16 février 2024

1 INTRODUCTION

- [139] Il s'agit ici de s'interroger sur le statut des acteurs du commerce international, précisément du point de vue international. Il s'agit, essentiellement, de déterminer les règles applicables à leur fonctionnement et à leur activité. Il faut distinguer les opérateurs privés (2) et publics (3).

2 LES OPERATEURS PRIVES

- [140] Les opérateurs privés sont, majoritairement, des sociétés (2.1) et des groupements de sociétés (2.2). Il faut malgré tout envisager les associations (2.3) et les personnes physiques (2.4).

2.1 LES SOCIETES

- [141] A propos des sociétés, il faut s'interroger sur leur constitution (2.1.1), leur nationalité (2.1.2), leur fonctionnement (2.1.3), la création d'un établissement dans un pays différent du siège social (2.1.4) et sur le transfert de leur siège social (2.1.5).

2.1.1 Constitution

- [142] Il convient de distinguer les sociétés constituées en France (2.1.1.1) et celles constituées à l'étranger (2.1.1.2).

2.1.1.1 Sociétés constituées en France

- [143] L'article 1837 du Code civil, situé parmi les dispositions applicables à toutes les sociétés, civiles ou commerciales, dispose :

Toute société dont le siège est situé sur le territoire français est soumise aux dispositions de la loi française.

Les tiers peuvent se prévaloir du siège statutaire, mais celui-ci ne leur est pas opposable par la société si le siège réel est situé en un autre lieu.

- [144] L'article L. 210-3 du Code de commerce, applicable à toutes les sociétés commerciales, comporte de semblables dispositions :

Les sociétés dont le siège social est situé en territoire français sont soumises à la loi française.

Les tiers peuvent se prévaloir du siège statutaire, mais celui-ci ne leur est pas opposable par la société si son siège réel est situé en un autre lieu.

- [145] Ainsi, toute personne qui veut constituer une société et localiser son siège social en France doit immatriculer la société auprès du greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel se trouve le siège social. Les conditions d'immatriculation sont régies par la loi française.

- [146] Le siège social déclaré dans les statuts doit être le siège réel mais, en pratique, le greffe ne vérifie pas, de telle sorte qu'il est en réalité possible de déclarer un siège purement formel, c'est-à-dire une simple adresse où la direction effective de la société n'est pas localisée. Cependant, en cas de contentieux, cela peut avoir des conséquences, comme le précise le second alinéa des articles 1837 du Code civil et L. 210-3 du Code de commerce.

[147] Dès qu'elle est constituée, la société a la personnalité morale, comme le précise l'article L. 210-6 du Code de commerce :

Les sociétés commerciales jouissent de la personnalité morale à dater de leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés. La transformation régulière d'une société n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle. Il en est de même de la prorogation.

Les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation avant qu'elle ait acquis la jouissance de la personnalité morale sont tenues solidairement et indéfiniment responsables des actes ainsi accomplis, à moins que la société, après avoir été régulièrement constituée et immatriculée, ne reprenne les engagements souscrits. Ces engagements sont alors réputés avoir été souscrits dès l'origine par la société.

[148] En pratique, il est donc très simple de créer une société en France. Si les créateurs de la société sont étrangers, ils devront importer les capitaux nécessaires. Depuis un pays de l'Union européenne, cela ne pose aucune difficulté, grâce à la liberté de circulation des capitaux. Cela dit, la France facilite aussi les transferts de capitaux depuis les pays tiers. C'est plutôt le contrôle des changes pratiqués par certains États qui peut constituer un obstacle pour un entrepreneur étranger, en l'empêchant d'exporter ses capitaux.

[149] En revanche, les raisons qui déterminent le choix du pays, la France ou un autre, où un entrepreneur décide de créer son activité et, donc une société, sont multiples. Les mêmes critères déterminent la localisation d'une filiale ou, plus simplement d'un établissement ou d'une usine. On peut citer, notamment :

- Situation géographique
- Marché vers lequel on veut diriger son activité.
- Infrastructures de transport, facilité d'accès au site où l'entreprise sera localisée, facilité d'importation des pièces et matières premières.
- Niveau de qualification de la main d'œuvre, productivité des salariés.
- Tissu industriel, présence de fournisseurs et sous-traitant : plus il est dense, plus il y a d'entreprises maîtrisant des techniques de haut niveau, plus un pays est attractif car cela facilite le fonctionnement d'une entreprise
- Fiscalité : impôts sur les sociétés, impôt sur les capitaux et les immobilisations, TVA, taxes applicables en cas de cession de l'entreprise, droits de succession pour les personnes qui recevraient les parts de la société par voie d'héritage.
- Charges sociales.
- Environnement juridique, sécurité juridique, accessibilité du droit, facilité d'obtention des conseils juridiques et fiscaux, contenu du droit du travail et du droit des affaires en général, sécurité juridique.
- Climat social, facilité des relations avec les salariés et les syndicats.
- Appartenance du pays à une zone économique plus ou moins intégrée (type Union européenne).
- Autres conventions internationales conclues par le pays et pouvant constituer un avantage pour l'entrepreneur, par exemple, traité de protection des investissements.
- Climat social et politique, stabilité du pays.

- Situation sécuritaire.
- Aides publiques offertes à l'investisseur.

[150] Évidemment, la nationalité et l'origine des personnes à l'origine du projet comptent aussi : beaucoup d'entrepreneurs sont attachés à leur pays et y localisent leur activité parce qu'ils souhaitent y vivre et contribuer à sa prospérité. Parfois aussi, un entrepreneur est attaché à un autre pays que le sien, parce qu'il y a vécu, y a des connaissances, en est partiellement originaire, ou pour de multiples autres raisons. Cependant, cet attachement ne suffit pas pour surmonter les inconvénients et obstacles qui peuvent exister dans un État. L'entrepreneur rationnel fera prévaloir les avantages et inconvénients objectifs d'une localisation sur ses attachements sentimentaux.

[151] La France reste un pays attractif, pour plusieurs raisons. La productivité et le niveau de qualification de la main d'œuvre sont très importants, le tissu industriel est dense, notre pays appartient à l'Union européenne et à l'Espace économique européen, ce qui ouvre un marché 448,4 millions d'habitants⁴³, et se trouve en position centrale sur le continent, avec d'excellentes infrastructures de transport qui permettent d'exporter facilement dans les pays de l'UE. Le pays est stable, avec un système juridique connu et clair et un niveau de sécurité satisfaisant. Certains obstacles existent, évidemment, le niveau de la fiscalité et des charges sociales, notamment, qui enchérissent les coûts de production et nuisent aux marges des entreprises. Du fait des restrictions sur les importations d'hydrocarbures russes, le coût de l'énergie a augmenté dans toute l'Europe, même si ce phénomène affecte particulièrement l'Allemagne, qui, ayant renoncé au nucléaire, s'appuyait beaucoup sur le gaz russe⁴⁴. Cela dit, une vision trop négative serait inexacte. L'État français s'efforce, comme les autres, d'attirer les investissements, avec un site Internet qui présente les atouts du pays⁴⁵.

2.1.1.2 Sociétés constituées à l'étranger

[152] La jurisprudence a depuis longtemps bilatéralisé le principe énoncé par les articles 1837 du Code civil et L. 210-3 du Code de commerce. Du point de vue du droit et du juge français, la société immatriculée dans un pays étranger est soumise à la loi de ce pays. Cela signifie que les conditions d'obtention et d'exercice de la personnalité morale, leurs statuts et leur fonctionnement sont régis par la loi du pays d'immatriculation.

[153] Toute société constituée conformément à la loi du pays où se trouve son siège social est reconnue en France, selon une jurisprudence ancienne et constante⁴⁶. D'ailleurs, si la loi du pays d'immatriculation confère à un groupement une nature hybride, lui permettant d'être titulaire de droits et d'obligations sans lui reconnaître la pleine personnalité morale, le juge français traduit ce régime en droit français en reconnaissant au groupement, tout simplement, la personnalité morale⁴⁷. Au demeurant, la France a conclu, avec certains États étrangers, des conventions bilatérales qui comportent le principe de reconnaissance par chaque État partie, des sociétés constituées dans l'autre État partie⁴⁸. La Conférence de la Haye avait préparé une convention du 1^{er} juin 1956

⁴³ Site de l'Union européenne : <http://tinyurl.com/35cya5vs>.

⁴⁴ E. Frankl, « Germany's Industrial Production Falls For Seventh-Straight Month », *Wall Street Journal*, 7 février 2024 : <http://tinyurl.com/4u4sxxk67>. – P. Hannon, « Europe's Stagnating Economy Falls Further Behind the U.S. », *Wall Street Journal*, 30 janvier 2024 : <http://tinyurl.com/ysrab5wd>.

⁴⁵ <https://investinfrance.fr/fr/>

⁴⁶ Cass. civ., 26 juillet 1853, S. 1853, 1, 688.

⁴⁷ CA Versailles, 14 janvier 1999, *Bull. Joly Soc.* 1999, §97, p. 466, note M. Menjucq.

⁴⁸ Par ex., Convention avec les États-Unis d'Amérique du 25 novembre 1959, art. 14, al. 5.

sur la reconnaissance des personnes morales étrangères mais elle s'est soldée par un échec puisqu'elle n'a pas été ratifiée par cinq États, condition de son entrée en vigueur.

[154] Au sein de l'Union européenne, chaque État membre a l'obligation de reconnaître les sociétés légalement constituées dans les autres États membres, en vertu du droit d'établissement des sociétés⁴⁹. Tout refus par un État membre de reconnaître une société constituée conformément à la loi d'un autre État membre est une violation du droit d'établissement⁵⁰.

[155] Toutefois, si le siège social réel d'une société se trouve en France alors que son siège social légal est à l'étranger, hors Union européenne, le juge français considère qu'elle a été constituée en fraude de la loi française. Il refuse d'en reconnaître l'existence. En revanche, si le siège réel d'une société est situé dans un État membre de l'Union européenne, le juge français est tenu de la reconnaître.

[156] Il existe des pays plus libéraux que la France qui admettent la constitution d'une société sur leur territoire même si elle n'y a pas son siège social réel mais une simple adresse lui servant de siège social formel. Cela consiste à retenir uniquement le lieu d'incorporation comme facteur de localisation de la société. C'est généralement le cas dans les pays à fiscalité douce...

2.1.2 Nationalité de la société

[157] Après avoir présenté l'enjeu de l'attribution de la nationalité (2.1.2.1), il faut en préciser les conditions (2.1.2.2).

2.1.2.1 Enjeu de l'attribution de la nationalité

[158] En principe, toute société régulièrement constituée à l'étranger a la personnalité juridique du point de vue du droit français, du moment que cette personnalité juridique est reconnue par l'État d'origine. La Cour EDH a d'ailleurs décidé, sur le fondement de l'article 6(1) de la Convention EDH, que toute société doit pouvoir ester en justice et protéger ses biens. Toutefois, certains droits sont réservés aux sociétés ayant la nationalité d'un État :

- D'abord, protection diplomatique (CIJ, 5 février 1970, *Barcelona Traction*).
- Bénéfice d'un traité, notamment traité de protection des investissements.
- Néanmoins, d'autres droits, qui ne sont pas reconnus par la Convention EDH peuvent être déniés en France sur le fondement de la loi du 30 mai 1857 qui dénie aux sociétés anonymes étrangères l'exercice de certains droits, sauf si elles y sont autorisées par décret.
- Enfin, certaines activités économiques sont interdites aux sociétés étrangères (fabrication d'armes, par exemple) ou soumises à autorisation.
- Le droit de l'Union européenne réserve l'accès à certains marchés aux sociétés européennes. Par exemple, en matière de transport, seules les compagnies européennes ont pleinement accès au marché européen. Ce sont les compagnies dont la majorité du capital appartient à des sociétés européennes ou des citoyens de l'Union européenne.

⁴⁹ TFUE, art. 49 à 54.

⁵⁰ CJCE, 5 novembre 2002, aff. C-208/00, *Überseering*.

2.1.2.2 Conditions d'attribution de la nationalité

[159] Le critère principal est celui du siège social, en vertu des articles 1837 du Code civil et L. 210-3 du Code de commerce. Si le siège réel ne correspond pas au siège social, on retient le siège réel.

[160] Toutefois, certains facteurs peuvent conduire à dénier la nationalité française à une société dont le siège social est pourtant situé en France :

- Critère du contrôle : détenteurs du capital.
- Critère de la direction effective : lieu où opèrent les organes dirigeants de la société. Subordination à une autre personne morale.
- Critère de l'incorporation : lieu d'immatriculation de la société.
- Critère du principal établissement : lieu où il se trouve.

[161] Droit de l'UE, art. 54 TFUE :

Les sociétés constituées en conformité de la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de l'Union sont assimilées, pour l'application des dispositions du présent chapitre, aux personnes physiques ressortissantes des États membres.

Par sociétés, on entend les sociétés de droit civil ou commercial, y compris les sociétés coopératives, et les autres personnes morales relevant du droit public ou privé, à l'exception des sociétés qui ne poursuivent pas de but lucratif.

[162] Les sociétés supranationales sont rares. Elles sont établies par traité : Scandinavian Airlines System, Banque internationale pour la reconstruction et le développement (BIRD). En revanche, le statut de société européenne ou *societas europaea* (SE) est davantage utilisé. Elle peut être constituée dans tout État membre de l'Espace économique européen (EEE), selon le même régime⁵¹. Une société européenne est constituée d'au moins deux sociétés originaires de pays de l'EEE différents et doit posséder un capital minimal de 120.000 €. Par exemple, Airbus est une société européenne.

2.1.3 Fonctionnement de la société

[163] Toujours en vertu des articles 1837 du Code civil et L. 210-3 du Code de commerce, c'est la loi du lieu du siège social qui gouverne le fonctionnement de la société :

Article 1837 du Code civil

Toute société dont le siège est situé sur le territoire français est soumise aux dispositions de la loi française.

Les tiers peuvent se prévaloir du siège statutaire, mais celui-ci ne leur est pas opposable par la société si le siège réel est situé en un autre lieu.

Article L. 210-3 du Code de commerce

Les sociétés dont le siège social est situé en territoire français sont soumises à la loi française.

Les tiers peuvent se prévaloir du siège statutaire, mais celui-ci ne leur est pas opposable par la société si son siège réel est situé en un autre lieu.

⁵¹ Règlement (CE) n° 2157/2001 relatif au statut de la société européenne et directive 2001/86/CE complétant le statut de la Société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs.

- [164] La société ne peut invoquer que la loi du lieu du siège social uniquement mais, si le siège réel est situé en un autre lieu, les tiers peuvent invoquer la loi du lieu du siège réel.
- [165] La loi du lieu du siège social ou *lex societatis* s'applique à tous les aspects du fonctionnement de la société : identification des représentants légaux, pouvoirs des représentants légaux, cas où il faut réunir une assemblée générale, etc. Évidemment, d'autres lois peuvent intervenir, selon les règles de conflit que vous avez étudiées en droit international privé : *lex rei sitae* si un bien est en jeu, loi du contrat si le litige concerne un contrat conclu par la société, loi du pays où la société veut faire appel public à l'épargne, etc.

2.1.4 Création d'un établissement dans un pays différent du siège social

- [166] Une société souhaitant s'implanter durablement dans un autre État que celui de son siège social peut y créer un établissement ou une filiale. Pour développer une activité importante, la seconde option est généralement privilégiée. Quant à l'implantation d'un établissement, elle doit se faire conformément à la loi du pays où l'établissement est créé. Il convient, notamment, de procéder aux déclarations et formalités requises et de se soumettre au régime fiscal et social local. En France, il faut procéder à une déclaration au service de formalité des entreprises.
- [167] Les sociétés des États membres de l'Espace économique européen (EEE) peuvent créer un établissement librement dans tous les autres États membres, en vertu de la liberté d'établissement. Chaque État peut restreindre l'accès à son territoire des sociétés hors EEE, sous réserve des conventions internationales conclues par lui et l'Union européenne : traités de l'OMC, traités créant des partenariats économiques avec des États tiers, etc. Au demeurant, la France et les autres États de l'EEE sont très ouverts et n'imposent pas de restriction.
- [168] En revanche, une société créant un établissement dans un État étranger doit se plier à la réglementation locale. A défaut, elle s'expose à des sanctions, parfois lourdes. Par exemple, en France, elle doit respecter la législation sociale et déclarer l'embauche de salariés, sous peine de commettre le délit de travail dissimulé. L'URSSAF a des services dédiés au traitement des déclarations des sociétés étrangères ayant un établissement en France.

2.1.5 Transfert du siège social

- [169] En principe, le transfert du siège social suppose la liquidation de la société, qui perd la personnalité morale, puis sa reconstitution dans un autre État, où elle acquiert la personnalité morale. Le transfert suppose donc en général de régler toutes les dettes puis de vendre l'actif ou d'en transférer la propriété à la nouvelle société. Les conditions et les conséquences du transfert et, donc, de la dissolution de la société dans le pays d'origine sont régies par la loi de ce pays. Les conditions d'implantation du siège social et de constitution de la société dans le pays d'accueil sont régies par la loi de ce pays. Il faut mettre les statuts en conformité avec la loi du nouveau siège social. Cela dit, en pratique, ce principe général souffre de nombreux tempéraments. Il faut distinguer le transfert du siège social à l'intérieur de l'Union européenne (2.1.5.1) et entre la France et un État tiers à l'Union européenne (2.1.5.2).

2.1.5.1 Transfert du siège social à l'intérieur de l'Union européenne

- [170] Au sein de l'Union européenne, des règles plus favorables s'appliquent. Le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ne comporte aucune disposition sur le transfert

de siège social d'une société mais la Cour de justice a consacré, sur le fondement du droit d'établissement⁵², le droit pour toute société constituée dans un État membre conformément à la législation locale, de transférer son siège social dans un autre État membre sans perdre sa personnalité morale. Sont contraires à la liberté d'établissement les dispositions de la loi du pays d'origine imposant la dissolution de la société avant son transfert⁵³ et celles de la loi du pays d'accueil imposant la création d'une nouvelle société⁵⁴. La Cour de justice est très libérale, puisqu'elle permet le transfert du seul siège statutaire même si l'activité économique demeure dans le pays d'origine⁵⁵.

- [171] Auparavant, la Cour de justice était plus réservée. Dans des décisions aujourd'hui obsolètes, elle avait d'abord décidé que l'État d'origine pouvait empêcher le transfert du siège social ou le subordonner à certaines conditions⁵⁶, puis qu'il ne pouvait empêcher le transfert avec maintien de la personnalité morale, mais seulement si l'État membre d'accueil le permettait⁵⁷.
- [172] Pour autant, la Cour de justice a maintenu deux limites au libre transfert du siège social. D'une part, l'État membre d'origine peut subordonner l'exercice de ce droit à certaines conditions si cela se justifie par des raisons impérieuses d'intérêt général. L'entrave doit être proportionnée et s'appliquer de manière générale et non discriminatoire. Les limites au libre transfert sont généralement destinées à protéger les associés minoritaires, les créanciers ou les salariés⁵⁸.
- [173] D'autre part, les États membres peuvent empêcher le transfert si celui-ci est destiné à frauder les droits de la société ou des tiers⁵⁹. Cependant, le seul fait de transférer le siège social dans un autre État membre alors que le centre principal des activités de la société reste dans son État d'origine ne caractérise pas une fraude. Cette pratique est autorisée⁶⁰, même si c'est pour bénéficier d'un régime fiscal plus favorable⁶¹. Il faut toutefois signaler un arrêt qui semble être légèrement plus restrictif en condamnant le transfert de siège social si celui-ci traduit « *un montage purement artificiel, dépourvu de toute réalité économique* »⁶².

2.1.5.2 Transfert du siège social entre la France et un État tiers à l'Union européenne

- [174] Concernant le transfert du siège d'une société depuis la France vers un État extérieur à l'Union européenne, si la loi du pays d'accueil le permet, une société française peut y transférer son siège social en conservant sa personnalité morale. Elle doit cependant mettre ses statuts en conformité avec la loi du pays d'accueil. Des conventions internationales peuvent garantir le maintien de la personnalité morale mais la France n'a conclu qu'un seul traité comportant ce type de disposition⁶³. Concrètement, cela

⁵² TFUE, art. 49 et 54.

⁵³ CJUE, 25 octobre 2017, aff. C-106/16, *Polbud*.

⁵⁴ CJUE, 12 juillet 2012, aff. C-378/10, *VALE*.

⁵⁵ CJUE, 25 octobre 2017, aff. C-106/16, *Polbud*.

⁵⁶ CJCE, 27 septembre 1988, aff. C-81/87, *Daily Mail*.

⁵⁷ CJCE, 16 décembre 2008, aff. C-210/06, *Cartesio*.

⁵⁸ V. CJUE, 25 octobre 2017, aff. C-106/16, *Polbud*. - CJUE, 12 juillet 2012, aff. C-378/10, *VALE*. - CJUE, 13 décembre 2005, aff. C-411/03, *SEVIC Systems*.

⁵⁹ CJCE, 9 mars 1999, aff. C-, *Centros*.

⁶⁰ CJUE, 25 octobre 2017, aff. C-106/16, *Polbud*.

⁶¹ CJCE, 12 septembre 2006, aff. C-196/04, *Cadbury Schweppes*.

⁶² CJCE, 12 septembre 2006, aff. C-196/04, *Cadbury Schweppes*, §51.

⁶³ Traité franco-éthiopien du 12 novembre 1959 relatif au régime applicable au chemin de fer reliant Djibouti à Addis-Abeba, *JORF* 15 mai 1960, rect. *JORF* 31 mai 1960.

signifie que la société reste la même et conserve tous ses droits et obligations, sans avoir à les transférer à une nouvelle entité.

- [175] Inversement, dans le cas d'une société étrangère qui décide de transférer son siège social en France, les textes sont muets et la jurisprudence très rare. Il semble que si la personnalité morale de la société était, avant son transfert, reconnue en droit français, elle puisse la conserver sans en changer. Il lui faut simplement choisir une forme sociale française et mettre ses statuts en conformité. C'est ce qui ressort d'une réponse ministérielle à la question d'un député⁶⁴.
- [176] Par ailleurs, du point de vue fiscal, lorsqu'une société transfère son siège social en dehors d'un pays, on applique toujours les règles prévues en cas de liquidation, même si la société conserve sa personnalité juridique. La société doit s'acquitter des impôts prévus en cas de liquidation. Le même principe vaut pour les charges sociales.

2.2 LES GROUPEMENTS DE SOCIETES

- [177] Dans un groupe de sociétés, chaque société est soumise à la loi de son siège social. On n'applique pas une loi unique, par exemple celle de la société mère, à l'ensemble des sociétés. La Cour de justice de l'Union européenne a précisé que si le droit d'un État membre impose à la société mère d'assumer certaines obligations de ses filiales tout en limitant ce principe aux filiales et sociétés mères ayant leur siège social sur son territoire, la règle ne s'applique pas à la société mère ayant son siège social dans un autre État membre, ce qui est conforme au droit de l'UE, en particulier à la liberté d'établissement⁶⁵. En revanche, l'intégration fiscale des groupes doit être possible même si les filiales n'ont pas leur siège social dans le même État que la mère⁶⁶.
- [178] En constituant des sociétés et des groupes, on peut réaliser divers montages en fonction de l'objectif poursuivi. On appelle co-entreprise ou *joint-venture* tout accord entre des sociétés qui souhaitent coopérer en vue de réaliser un projet important, comme la construction d'une infrastructure :
- *Equity joint-venture* : création d'une filiale commune → la *lex societatis* régit cette société.
 - *Non equity joint-venture* : les deux sociétés ne créent pas de filiale commune mais organisent leur coopération par un contrat, qui est soumis à la *lex contractus*.

2.3 LES ASSOCIATIONS

- [179] Les associations peuvent être impliquées dans le commerce international, par exemple parce qu'elles achètent ou vendent des biens ou des services à l'étranger. Elles sont régies par la loi du pays de leur siège social. Elles peuvent créer des établissements à l'étranger. Cela étant, la forme sociétaire est la plus utilisée pour exercer une activité commerciale internationale.

2.4 LES PERSONNES PHYSIQUES

- [180] Les personnes physiques peuvent réaliser des opérations du commerce international, à titre professionnel – avocat français fournissant une consultation à une société coréenne – ou non – consommateur allemand achetant un disque à un vendeur britannique. Leur

⁶⁴ Rép. min. à question n° 17043, *JOAN* Q 6 avril 1987, p. 2000.

⁶⁵ CJUE, 20 juin 2013, aff. C-186/12, *Impacto Azul Lda*.

⁶⁶ CJUE du 12 juin 2014, aff. n° C-39/13, C-40/13 et C-41/13.

capacité civile est déterminée par leur loi personnelle, qui est, suivant les règles de conflits nationales, la loi nationale ou la loi du domicile. Les opérations réalisées par les personnes physiques relèvent de la loi du contrat.

3 LES OPERATEURS PUBLICS

- [181] Les États, mais aussi les collectivités territoriales et établissements publics sont également des opérateurs du commerce international, puisqu'ils achètent ou vendent des biens et services à l'étranger. Leur statut est régi par leur loi nationale mais les contrats conclus par eux, par la loi applicable au contrat. Ainsi, du point de vue du droit du commerce international, l'État est une personne morale impliquée dans le commerce international, un opérateur du commerce international, dont les opérations ne sont pas soumises à un régime dérogatoire.
- [182] Cela dit, il peut arriver qu'une personne publique oppose son droit national pour soutenir que son consentement à un contrat n'est pas valable. Dans ce cas-là, les tribunaux arbitraux internationaux ont tendance à considérer que, sauf fraude de l'autre partie, l'État ne peut refuser de respecter ses engagements contractuels en invoquant son droit national. Ce raisonnement vaut, notamment, pour les conventions d'arbitrage international.
- [183] Les États bénéficient en principe d'une immunité de juridiction et d'exécution, qui dérive du droit international public coutumier. Dans les pays de tradition juridique anglaise, cette immunité souveraine est reconnue par une loi, appelée généralement *Sovereign Immunity Act*. En France, l'immunité souveraine est reconnue par la jurisprudence. Cela étant, l'immunité souveraine n'est pas absolue. Envisageons l'immunité de juridiction (3.1), puis l'immunité d'exécution (3.2).

3.1 IMMUNITÉ DE JURIDICTION

- [184] L'immunité de juridiction interdit au juge d'un État de connaître d'une action dirigée contre un autre État. C'est une fin de non-recevoir que tout État peut opposer à la demande présentée contre lui devant une juridiction étrangère. Toutefois, l'État peut y renoncer. De plus, l'immunité de juridiction ne s'applique qu'aux actions fondées sur des actes se rattachant à l'exercice de la souveraineté :

Attendu que les États étrangers et les organismes qui en constituent l'émanation ne bénéficient de l'immunité de juridiction qu'autant que l'acte qui donne lieu au litige participe, par sa nature ou sa finalité, à l'exercice de la souveraineté de ces États et n'est donc pas un acte de gestion⁶⁷

- [185] En l'espèce, une professeure d'arabe recrutée en France par l'ambassade d'Arabie saoudite avait attiré cet État devant le conseil de prud'hommes pour obtenir son affiliation à la sécurité sociale française. L'action était recevable car l'acte consistant à ne pas la déclarer aux organismes sociaux « *n'était qu'un acte de gestion administrative* ».
- [186] La qualification d'acte de gestion est opérée *lege fori*, puisque l'enjeu est de déterminer si la demande de l'adversaire de l'État se heurte à une fin de non-recevoir. Il s'agit donc de déterminer la limite du pouvoir du juge, question de procédure naturellement soumise à la loi du for.
- [187] L'État peut renoncer à son immunité de juridiction. La conclusion d'une convention d'arbitrage vaut renonciation à l'immunité de juridiction devant le tribunal arbitral et

⁶⁷ Cass., ch. mixte, 20 juin 2003, n° 00-45.629 et 00-45.630, *X c. Arabie saoudite*.

pour toutes les actions en rapport direct avec l'arbitrage, c'est-à-dire les actions devant le juge d'appui et les actions en exécution ou d'annulation de la sentence. La demande d'exequatur d'un jugement étranger⁶⁸ ou d'une sentence arbitrale⁶⁹ condamnant un État étranger, n'est pas considérée comme une mesure d'exécution proprement dite. Une telle demande pourrait se heurter à l'immunité de juridiction de l'État en ce qui concerne les jugements le condamnant mais pas en ce qui concerne les sentences arbitrales puisqu'en acceptant de conclure une convention d'arbitrage, l'État a renoncé à son immunité de juridiction à propos de l'exequatur de la sentence.

3.2 IMMUNITÉ D'EXECUTION

[188] L'immunité d'exécution interdit de saisir les biens d'un État afin d'obtenir l'exécution d'une obligation de l'État. Cependant, elle ne protège que les biens affectés à l'exercice de la souveraineté. Les biens affectés à l'exercice d'une activité commerciale ne sont pas concernés. La jurisprudence française a toujours reconnu l'immunité d'exécution des États étrangers mais, depuis la loi Sapin II⁷⁰, ses conditions et son régime sont inscrits dans le Code des procédures civiles d'exécution.

[189] L'article L. 111-1-1 impose une autorisation du juge de l'exécution (JEX) préalablement à toute mesure conservatoire et toute mesure d'exécution forcée sur les biens d'un État étranger :

Des mesures conservatoires ou des mesures d'exécution forcée ne peuvent être mises en œuvre sur un bien appartenant à un État étranger que sur autorisation préalable du juge par ordonnance rendue sur requête.

[190] Ainsi, même si la mesure vise des biens qui ne sont pas couverts par l'immunité et même si elle est fondée sur un titre exécutoire, l'autorisation du JEX est nécessaire. Ce régime est évidemment dérogatoire au droit commun de l'exécution.

[191] L'article L. 111-1-2 énumère les circonstances dans lesquelles les biens d'un État étranger peuvent faire l'objet d'une mesure d'exécution forcée ou d'une mesure conservatoire :

Des mesures conservatoires ou des mesures d'exécution forcée visant un bien appartenant à un État étranger ne peuvent être autorisées par le juge que si l'une des conditions suivantes est remplie :

1° L'État concerné a expressément consenti à l'application d'une telle mesure ;

2° L'État concerné a réservé ou affecté ce bien à la satisfaction de la demande qui fait l'objet de la procédure ;

3° Lorsqu'un jugement ou une sentence arbitrale a été rendu contre l'État concerné et que le bien en question est spécifiquement utilisé ou destiné à être utilisé par ledit État autrement qu'à des fins de service public non commerciales et entretient un lien avec l'entité contre laquelle la procédure a été intentée.

Pour l'application du 3°, sont notamment considérés comme spécifiquement utilisés ou destinés à être utilisés par l'État à des fins de service public non commerciales, les biens suivants :

a) 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

⁶⁸ CA Paris, 26 juin 1981, *Benvenuti et Bonfant SARL c/ République populaire du Congo*, *JurisData* n° 1981-601512 ; *JDI* 1981, p. 843, note B. Oppetit ; *Rev. crit. DIP* 1982, p. 379.

⁶⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 11 juin 1991, n° 90-11.282, *Soabi c. Sénégal*, *Bull. civ.* 1991, I, n° 193.

⁷⁰ Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, art. 59.

consulaires, de ses missions spéciales, de ses missions auprès des organisations internationales, ou de ses délégations dans les organes des organisations internationales ou aux conférences internationales ;

b) Les biens de caractère militaire ou les biens utilisés ou destinés à être utilisés dans l'exercice des fonctions militaires ;

c) Les biens faisant partie du patrimoine culturel de l'État ou de ses archives qui ne sont pas mis ou destinés à être mis en vente ;

d) Les biens faisant partie d'une exposition d'objet d'intérêt scientifique, culturel ou historique qui ne sont pas mis ou destinés à être mis en vente ;

e) Les créances fiscales ou sociales de l'État.

[192] L'article L. 111-1-3 apporte une précision :

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.

[193] Le régime des immunités de juridiction et d'exécution sera soumis à la Convention des Nations Unies du 17 janvier 2005 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens dès qu'elle entrera en vigueur⁷¹. Elle a été ratifiée par vingt-huit États, dont la France. Elle entrera en vigueur lorsqu'elle aura été ratifiée par trente États. Ses dispositions obéissent à la même philosophie générale que la jurisprudence française et les articles introduits dans le Code des procédures civiles d'exécution par la loi Sapin II s'inspirent manifestement de la convention.

[194] L'État peut renoncer à son immunité d'exécution, comme le rappellent les articles L. 111-1-2, 1° et L. 111-1-3 mais, s'agissant des biens affectés aux missions diplomatiques d'un État, la renonciation doit être expresse et spéciale, c'est-à-dire qu'elle doit être explicite et doit viser précisément le bien faisant l'objet d'une mesure conservatoire ou d'une mesure d'exécution forcée.

[195] La jurisprudence française a fluctué quant aux conditions de cette renonciation. Elle a d'abord exigé une renonciation expresse et spéciale, c'est-à-dire visant précisément le bien que le créancier entend saisir, pour les fonds des missions diplomatiques⁷², puis pour tous les biens affectés à l'exercice de la souveraineté⁷³. En 2015, la Cour de cassation a renoncé à la seconde condition, estimant que la renonciation à l'immunité de juridiction devait être expresse mais pas spéciale et produisait donc ses effets à l'égard de tous les biens affectés à l'exercice de la souveraineté⁷⁴.

[196] Cependant, l'article L. 111-1-3 du Code des procédures civiles d'exécution a réintroduit la condition du caractère spécial de la renonciation à l'égard des biens utilisés dans l'exercice des fonctions de la mission diplomatique d'un État étranger. La Cour de cassation en a tenu compte dans un arrêt de 2018 :

Attendu, selon l'arrêt attaqué, rendu sur renvoi après cassation (1^{re} Civ., 13 mai 2015, pourvoi n° 13-17.751, Bull. 2015, I, n° 107), qu'en exécution d'une sentence

⁷¹ https://treaties.un.org/doc/Treaties/2004/12/20041202%2003-50%20PM/CH_III_13p.pdf

⁷² Cass. civ. 1^{ère}, 28 septembre 2011, n° 09-72.057, *NML Capital Ltd c. Argentine*.

⁷³ Cass. civ. 1^{ère}, 28 mars 2013, n° 11-10.450, *Sté NML Capital LTD c. Argentine* ; Cass. civ. 1^{ère}, 28 mars 2013, n° 11-13.323, *Sté NML Capital c. Argentine et Air France*. – Cass. civ. 1^{ère}, 28 mars 2013, n° 10-25.938, *Sté NML Capital c. Argentine et Total Austral*. – V. aussi : Cass. civ. 1^{ère}, 5 mars 2014, n° 12-22.406, *Romak c. Ouzbékistan*.

⁷⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 13 mai 2015, n° 13-17751, *Commisimpex c. Congo*.

arbitrale rendue le 3 décembre 2000, sous les auspices de la Chambre de commerce internationale, la société Commissions Import Export (Commisimpex), auprès de laquelle la République du Congo s'était engagée, le 3 mars 1993, à renoncer définitivement et irrévocablement à toute immunité de juridiction et d'exécution, a fait pratiquer, entre les mains d'une banque, une saisie-attribution de comptes ouverts dans ses livres au nom de la mission diplomatique à Paris de la République du Congo et de sa délégation auprès de l'UNESCO ; que l'arrêt rendu le 15 novembre 2012 par la cour d'appel de Versailles a été cassé et annulé au motif que le droit international coutumier n'exigeait pas une renonciation autre qu'expresse à l'immunité d'exécution dont bénéficient les missions diplomatiques des Etats étrangers pour le fonctionnement de la représentation de l'Etat accréditaire et les besoins de sa mission de souveraineté ;

Sur le moyen unique, pris en sa seconde branche, ci-après annexé :

Attendu que ce grief n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

Mais sur la première branche du moyen :

Vu les articles 22 et 25 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques du 18 avril 1961 et les règles du droit international coutumier relatives à l'immunité d'exécution des Etats, ensemble les articles L. 111-1-2 et L. 111-1-3 du code des procédures civiles d'exécution ;

Attendu que l'arrêt déclare régulières les saisies pratiquées par la société Commisimpex, après avoir énoncé que le droit international coutumier n'exige pas une renonciation autre qu'expresse à l'immunité d'exécution et qu'il ressort de la lettre d'engagement signée le 3 mars 1993 par le ministre des finances et du budget que la République du Congo a renoncé expressément à se prévaloir de son immunité d'exécution à l'égard de Commisimpex sur tous les biens susceptibles d'en bénéficier, qu'ils soient ou non affectés à l'accomplissement de la mission diplomatique ;

Attendu qu'en statuant ainsi, la cour d'appel de renvoi s'est conformée à la doctrine de l'arrêt qui l'avait saisie ;

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'Etat 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'Etat 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 Etats 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 Etats concernés ;

Attendu que ces dispositions législatives, qui subordonnent la validité de la renonciation par un Etat 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 (1re Civ., 28 septembre 2011, pourvoi n° 09-72.057, Bull. 2011, I, n° 153 ; 1re Civ., 28 mars 2013, pourvois n° 10-25.938 et n° 11-10.450, Bull. 2013, I, n° 62 et 63) ; 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 Etats 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 ;

D'où il suit que l'annulation est encourue ;

Et vu les articles L. 411-3 du code de l'organisation judiciaire et 1015 du code de procédure civile ;

Attendu que, selon le premier de ces textes, la Cour de cassation peut casser et annuler sans renvoi et, en matière civile, statuer au fond lorsque l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie ;

Attendu qu'il ressort des énonciations du jugement entrepris que les titulaires des comptes saisis sont, soit l'ambassade de la République du Congo en France, soit la délégation permanente de cet Etat auprès de l'UNESCO ; que la présomption d'affectation à l'accomplissement des fonctions de ces missions diplomatiques est confortée par l'intitulé de ces comptes et que, alors qu'il le lui incombait, le créancier n'a rapporté la preuve contraire devant aucune des juridictions saisies ;

PAR CES MOTIFS :

ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 30 juin 2016, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ;

DIT n'y avoir lieu à renvoi ;

Confirme le jugement rendu le 15 décembre 2011, entre les parties, par le tribunal de grande instance de Nanterre ;

Laisse à chacune des parties la charge de ses propres dépens, incluant ceux exposés devant les juges du fond⁷⁵ ;

[197] La même solution a été adoptée dans un autre arrêt rendu quelques jours plus tard :

Donne acte à la République du Congo du désistement de son pourvoi en ce qu'il est dirigé contre la Société générale ;

Sur le moyen unique, pris en ses deux premières branches :

Vu les articles 22 et 25 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques du 18 avril 1961 et les règles du droit international coutumier relatives à l'immunité d'exécution des Etats, ensemble les articles L. 111-1-2 et L. 111-1-3 du code des procédures civiles d'exécution ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, qu'en exécution de deux sentences arbitrales rendues les 3 décembre 2000 et 21 janvier 2013, sous les auspices de la Chambre de commerce internationale, la société Commissions Import Export (Commisimpex), auprès de laquelle la République du Congo s'était engagée, le 3 mars 1993, à renoncer définitivement et irrévocablement à toute immunité de juridiction et d'exécution, a fait pratiquer, entre les mains d'une banque, deux saisies-attribution à l'encontre de la République du Congo et de la Caisse congolaise d'amortissement, prise en sa qualité d'émanation de cet Etat ;

Attendu que l'arrêt rejette les demandes d'annulation des saisies pratiquées par la société Commisimpex, après avoir énoncé que le droit international coutumier n'exige pas une renonciation autre qu'expresse à l'immunité d'exécution et qu'il ressort de la lettre d'engagement signée le 3 mars 1993 par le ministre des finances et du budget que la République du Congo a renoncé expressément à se prévaloir de son immunité d'exécution à l'égard de Commisimpex sur tous les biens susceptibles d'en bénéficier, qu'il soient ou non affectés à l'accomplissement de la mission diplomatique ;

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'Etat 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'Etat ou

⁷⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 10 janvier 2018, n° 16-22.494, *Commisimpex c. Congo*.

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 Etats 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 Etats concernés ;

Attendu que ces dispositions législatives subordonnent la validité de la renonciation par un Etat étranger à son immunité d'exécution à la double condition que cette renonciation soit expresse et spéciale ; 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 Etats 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 ;

D'où il suit que la cassation est encourue ;

PAR CES MOTIFS et sans qu'il y ait lieu de statuer sur la troisième branche du moyen :

CASSE ET ANNULE, sauf en ce qu'il déclare irrecevable l'appel en ce qu'il est dirigé contre la Société générale, M. X..., M. Y... et M. B... qui n'étaient pas parties en première instance, l'arrêt rendu le 31 mars 2016, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, sauf sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant le dit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ;

Laisse à chacune des parties la charge de ses propres dépens⁷⁶ ;

[198] Il faut observer que la Cour de cassation ne se réfère plus à la Convention des Nations Unies sur les immunités des États, alors que dans son arrêt de 2013, elle le faisait, parce que cette convention reflète le droit coutumier international. Ces derniers arrêts visent en revanche la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques qui reflète le droit coutumier mais qui ne comporte aucune disposition précise sur l'immunité d'exécution protégeant les biens affectés aux relations diplomatiques. Les dispositions visées garantissent simplement aux missions diplomatiques des États l'exercice de leur mission. Un arrêt récent a confirmé cette jurisprudence⁷⁷. Cependant, ces arrêts récents visent uniquement les biens affectés aux missions diplomatiques des États. L'exigence d'une renonciation spéciale s'applique-t-elle toujours aux biens affectés à l'exercice de la souveraineté mais pas aux missions diplomatiques, par exemple des biens militaires ? La réponse est probablement positive, la jurisprudence antérieure en ce sens n'ayant pas été remise en cause.

[199] Enfin, dans le même litige, la Cour de cassation a rejeté une question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'article L. 111-1-3 du Code des procédures civiles d'exécution, parce qu'il n'était pas applicable. Le fondement de la solution est le droit international coutumier :

Attendu qu'en exécution d'une sentence arbitrale rendue le 3 décembre 2000, sous les auspices de la Chambre de commerce internationale, la société Commissions import export (Commisimpex), auprès de laquelle la République du Congo s'était engagée, le 3 mars 1993, à renoncer définitivement et irrévocablement à toute immunité de juridiction et d'exécution, a fait pratiquer, entre les mains d'une banque, une saisie-attribution de comptes ouverts dans ses

⁷⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 24 janvier 2018, n° 16-16.511, *Commisimpex c. Congo*.

⁷⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 3 février 2021, n° 19-10.669, *Commisimpex c. Congo*.

livres au nom de la mission diplomatique à Paris de la République du Congo et de sa délégation auprès de l'UNESCO ; que, par arrêt du 6 septembre 2018, la cour d'appel de Paris a donné mainlevée de cette mesure ;

Attendu qu'à l'occasion du pourvoi formé contre cet arrêt, la société Commisimpex demande, par mémoire spécial et motivé, de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité, ainsi rédigée :

« La portée effective de l'interprétation jurisprudentielle constante conférée par la Cour de cassation à l'article L. 111-1-3 du code des procédures civiles d'exécution, issu de l'article 59 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, auquel il a été donné une portée rétroactive en l'appliquant à des mesures d'exécution entreprises avant son entrée en vigueur, sur le fondement d'un contrat antérieur, méconnaît-elle le principe de séparation des pouvoirs, le droit de propriété, le principe de liberté contractuelle et de sécurité juridique, ainsi que le droit d'obtenir l'exécution d'une décision de justice, garantis par les articles 2, 4, 16 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ? » ;

Mais attendu qu'il résulte des arrêts rendus les 10 et 24 janvier 2018 (1^{re} Civ., 10 janvier 2018, pourvoi n° 16-22.494, Bull. 2018, I, n° 2 ; 1^{re} Civ., 24 janvier 2018, pourvoi n° 16-16.511) qu'une mesure conservatoire portant sur des comptes bancaires ouverts par l'ambassade en France d'un Etat étranger, affectés à l'exercice de sa mission diplomatique, ne peut être pratiquée qu'autant que cet Etat a renoncé expressément et spécialement à son immunité d'exécution ; que ces décisions ont expressément écarté, au regard de l'effet dans le temps de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 dont il est issu, l'application de l'article L. 111-1-3 du code des procédures civiles d'exécution ; que le visa de ce texte se borne à conforter, dans la situation particulière, l'application des articles 22 et 25 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques du 18 avril 1961 et des règles du droit international coutumier relatives à l'immunité d'exécution des Etats, seuls fondements juridiques de ces décisions ; que, dès lors, la disposition critiquée n'étant pas applicable au litige, il n'y a pas lieu de renvoyer la question au Conseil constitutionnel ;

PAR CES MOTIFS :

DIT N'Y AVOIR LIEU DE RENVOYER au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité⁷⁸ ;

⁷⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 2 octobre 2019, n° 19-10.669, *Commisimpex c. Congo*.

Lundi 19 février 2024

1 INTRODUCTION

[200] Au cours de cette leçon, notre objectif est de comprendre quels principes généraux s'appliquent aux contrats du commerce international. Il faut, avant tout, évoquer les règles de conflits de lois (2). Il faut, ensuite, évoquer les règles applicables au fond (3). Enfin, nous évoquerons le contenu des contrats internationaux (4).

2 REGLES DE CONFLITS DE LOIS

[201] Les règles de conflits de lois applicables par le juge français sont déterminées par des sources différentes, en fonction de la date de conclusion du contrat :

- Pour les contrats conclus après le 17 décembre 2009 : règlement Rome I, selon son article 28.
- Pour les contrats conclus entre le 1^{er} avril 1991 et le 17 décembre 2009 inclus : convention de Rome du 19 juin 1980, selon la date d'entrée en vigueur notifiée conformément à son article 31.
- Pour les contrats conclus jusqu'au 31 mars 1991 inclus : jurisprudence française.

[202] Les règles de conflits de lois adoptées par la jurisprudence française en matière contractuelle étaient conformes aux grandes orientations que l'on retrouve dans beaucoup de pays. En 1910, la Cour de cassation a, dans l'arrêt *American Trading*, consacré le principe d'autonomie :

La loi applicable aux contrats, soit en ce qui concerne leur formation, soit quant à leurs effets et conditions, est celle que les parties ont adoptée⁷⁹.

[203] La Cour de cassation a précisé dans cet arrêt que le choix pouvait être exprès ou implicite.

[204] Le principe de l'autonomie de la volonté eu égard à la loi applicable aux contrats internationaux n'avait, auparavant, jamais été clairement consacré par la jurisprudence française, même si la doctrine l'avait défendu depuis longtemps. Notamment, Dumoulin, au XVI^e siècle, et Lainé, au XIX^e siècle en ont fait la promotion. Sous l'Ancien régime, la question n'avait semble-t-il été envisagée par la jurisprudence qu'à l'égard des régimes matrimoniaux et non des contrats en général, sans doute parce qu'on appliquait le droit romain à ces derniers⁸⁰. Au XIX^e siècle, la Cour de cassation appliquait systématiquement au contrat international la loi du lieu où il avait été conclu, la *lex loci contractus*, selon le principe *locus regit actum*⁸¹. Ce principe était également

⁷⁹ Cass. civ., 5 décembre 1910, *American Trading Co c. Québec Steamship Co*, Rev. dr. int. 1911, p. 395 ; JDI 1912, p. 1156 ; reproduit et commenté dans B. Ancel et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^e éd., Dalloz, 2006, n° 11, p. 94.

⁸⁰ *Grands arrêts*, p. 97.

⁸¹ V. par ex. Cass. req. 14 Messidor an XIII, S. ; Cass. Req. 10 juin 1857, DP 59, 1, 194 ; Cass. Civ. 4 juin 1874, Chemins de fer de l'Est, S. 80, 1, 428.

retenu, autrefois, en droit anglais⁸², avant que la jurisprudence ne commence à donner effet au choix des parties relatif à la loi applicable⁸³.

- [205] Quelle règle de conflit de lois la jurisprudence française retenait-elle à défaut de choix des parties ? Dans l'arrêt *American Trading*, la Cour de cassation a indiqué que, dans le silence des parties, si elles étaient de nationalité différente, il convenait d'appliquer la loi du lieu de conclusion du contrat. *A contrario*, cela signifie que si elles étaient de même nationalité, il convenait d'appliquer la loi de leur nationalité commune. Ces règles de conflit par défaut étaient critiquables car, d'une part, le lieu de conclusion du contrat peut être difficile à déterminer en cas de conclusion par correspondance et, d'autre part, un contrat international a généralement plus de liens avec le lieu d'exécution qu'avec le lieu où il est conclu ou avec le pays dont les parties ont toutes la nationalité.
- [206] La jurisprudence anglaise avait plutôt opté, à défaut de choix des parties, pour la méthode de la *proper law* : le contrat était soumis à la loi du pays avec lequel il avait le plus de liens⁸⁴. La Cour de cassation elle-même a ensuite fait évoluer sa position, en décidant qu'à défaut de choix exprès des parties quant à la loi applicable, le juge du fond doit rechercher, d'après l'économie de la convention et les circonstances de la cause, quelle est la loi devant régir les rapports des contractants⁸⁵.
- [207] Aujourd'hui, ces règles prétoriques de conflits ne devraient plus s'appliquer, sauf dans l'hypothèse, peu probable et assurément peu fréquente d'un différend relatif à un contrat conclu avant le 1^{er} avril 1991. Le droit international privé français en matière d'obligation contractuelle a pour source principale le règlement Rome I et, dans certains cas rares, la Convention de Rome de 1980. Vous devez impérativement lire, avant le cours, le Règlement Rome I (DOC01). Les dispositions de ce règlement seront discutées en cours, sous forme de questions pratiques et études de cas.
- [208] Lorsque la juridiction saisie du conflit relatif à un contrat est un tribunal arbitral, la détermination des règles de droit applicables obéit à des principes différents. Il convient de lire les dispositions suivantes :

Article 1511 du Code français de procédure civile

Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées.

Il tient compte, dans tous les cas, des usages du commerce

Section 46 of the English Arbitration Act 1996

Rules applicable to substance of dispute.

(1) The arbitral tribunal shall decide the dispute—

(a) in accordance with the law chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute, or

(b) if the parties so agree, in accordance with such other considerations as are agreed by them or determined by the tribunal.

(2) For this purpose the choice of the laws of a country shall be understood to refer to the substantive laws of that country and not its conflict of laws rules.

⁸² P. Rogerson, *Collier's Conflict of Laws*, 4e éd., 2013, p. 291.

⁸³ *Robinson v. Bland*, (1760) 2 Burr. 1077.

⁸⁴ *Amin Rasheed Corp. V. Kuwait Insurance Co.*, [1984] AC 50 (HL).

⁸⁵ Cass. civ., 6 juillet 1959, *Société des Fourrures Renel*, Ancel et Lequette, *Les grands arrêts...*, n° 35.

(3) If or to the extent that there is no such choice or agreement, the tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable.

Article 28 de la loi-type CNUDCI sur l'arbitrage commercial international

Règles applicables au fond du différend

1) Le tribunal arbitral tranche le différend conformément aux règles de droit choisies par les parties comme étant applicables au fond du différend. Toute désignation de la loi ou du système juridique d'un État donné est considérée, sauf indication contraire expresse, comme désignant directement les règles juridiques de fond de cet État et non ses règles de conflit de lois.

2) À défaut d'une telle désignation par les parties, le tribunal arbitral applique la loi désignée par la règle de conflit de lois qu'il juge applicable en l'espèce.

3) Le tribunal arbitral statue *ex aequo et bono* ou en qualité d'amiable compositeur uniquement si les parties l'y ont expressément autorisé.

4) Dans tous les cas, le tribunal arbitral décide conformément aux stipulations du contrat et tient compte des usages du commerce applicables à la transaction.

Article 21 of the ICC Arbitration Rules 2021

Applicable Rules of Law

1 The parties shall be free to agree upon the rules of law to be applied by the arbitral tribunal to the merits of the dispute. In the absence of any such agreement, the arbitral tribunal shall apply the rules of law which it determines to be appropriate.

2 The arbitral tribunal shall take account of the provisions of the contract, if any, between the parties and of any relevant trade usages.

3 The arbitral tribunal shall assume the powers of an *amiable compositeur* or decide *ex aequo et bono* only if the parties have agreed to give it such powers.

[209] Ainsi, devant le juge, il n'y a pas de contrat sans loi. Devant l'arbitre, le contrat sans loi existe.

[210] Cass. civ., 21 juin 1950, *Messageries maritimes* :

Tout contrat est nécessairement rattaché à la loi d'un État⁸⁶

[211] CPJI, 12 juillet 1929, *Affaire des emprunts serbes* (p. 41) :

Tout contrat qui n'est pas un contrat entre des États en tant que sujet du droit international a son fondement dans une loi nationale⁸⁷.

[212] Dans un arrêt récent, la Cour de cassation a très clairement expliqué que le choix, par les parties, de principes transnationaux de droit des contrats s'analyse en un défaut de choix de la loi applicable :

14. En premier lieu, il résulte de l'article 3, paragraphe 1, de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, que les principes généraux applicables aux contrats internationaux, tels que ceux qui ont été élaborés par l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit), ne constituent pas une loi pouvant être choisie par les parties au sens de cette disposition. [...]

15. En second lieu, après avoir énoncé qu'à défaut de choix par les parties, l'article 4, paragraphe 1, de la Convention de Rome prévoit que le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits et que, selon le paragraphe 2 de cet article, il est présumé que le contrat présente les liens les

⁸⁶ *Grands arrêts*, n° 22.

⁸⁷ CPJI, 12 juillet 1929, *JDI*, 1929, p. 1002.

plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle, puis relevé que les contrats de coopération commerciale étaient distincts des contrats « fournisseur », l'arrêt retient qu'il résulte des éléments versés au dossier et notamment de leur objet, qui porte sur la promotion commerciale, par le biais de publicités ou de catalogues mis à la disposition des clients ou sur internet, et la visibilité des produits en magasin, que les contrats litigieux avaient les liens les plus étroits avec la France. En l'état de ces constatations et appréciations, dont il résulte que la prestation caractéristique devait être fournie par le distributeur, ayant son siège en France, et que le contrat ne présentait pas de liens plus étroits avec un pays autre, la cour d'appel a retenu à bon droit l'application du droit français aux contrats de coopération commerciale litigieux⁸⁸.

3 REGLES APPLICABLES AU FOND

- [213] Les règles applicables au fond sont, bien souvent, celles d'un droit national, choisi par les parties ou jugé applicable par le tribunal arbitral ou le juge saisi du litige. Il n'y a pas grand-chose à dire de plus, sinon qu'outre le droit français, les droits anglais et suisse sont souvent applicables aux contrats internationaux. Par conséquent, si vous voulez pratiquer le droit du commerce international, vous avez intérêt à connaître, autant que possible, ces trois droits.
- [214] D'ailleurs, une bonne connaissance du droit anglais des contrats permet de comprendre rapidement le droit des contrats des autres pays appartenant à la tradition anglaise, qui est généralement proche. De même, une bonne connaissance des droits français et suisse permet de comprendre rapidement le droit des contrats des autres pays de droit civil, notamment ceux des pays francophones d'Afrique de l'Ouest, qui sont restés proches du droit français. Il convient également, en ce qui concerne les droits africains, de s'intéresser à l'œuvre de l'Ohada, notamment l'acte uniforme révisé portant sur le droit commercial général⁸⁹ et l'acte uniforme relatif aux contrats de transport de marchandises par route⁹⁰. Cette curiosité intellectuelle fera de vous des praticiens bien préparés à pratiquer le droit du commerce international.
- [215] Les règles applicables au fond peuvent également être des règles matérielles, celles du droit transnational des contrats, également appelé *lex mercatoria*. La meilleure façon d'appréhender le contenu du droit transnational des contrats est d'étudier les Principes Unidroit, qui constituent la tentative la plus aboutie et la plus connue de codification de ce droit. Vous lirez donc impérativement, avant le cours les Principes UNIDROIT (DOC02). Attention, le document complet est très long (530 pages) mais il comporte de nombreux commentaires et un index. Les étudiants sont invités à se concentrer sur les principes eux-mêmes, qui sont reproduits, sans commentaires, aux pages 427 à 461. Les dispositions des Principes Unidroit seront discutées en cours, sous forme de questions pratiques et études de cas.

4 CONTENU DES CONTRATS DU COMMERCE INTERNATIONAL

- [216] Les contrats internationaux commencent généralement par un préambule – *recitals* en anglais. Il rappelle généralement l'historique des relations entre les parties et des négociations, le contexte du contrat et les motivations des parties. Le préambule ne doit énoncer aucune obligation mais il peut servir à interpréter le reste du contrat.

⁸⁸ Cass. com., 16 novembre 2022, n° 21-17.338.

⁸⁹ <https://tinyurl.com/ylp6xd7t>

⁹⁰ <https://tinyurl.com/ldg3h8vb>

[217] Les clauses suivantes sont assez fréquentes :

- La clause de confidentialité : il convient de réserver le cas où une autorité oblige légitimement une partie à violer la confidentialité.
- Les clauses sur la responsabilité : validité déterminée par la loi applicable au contrat ; la CVIM renvoie à la loi nationale sur ce point ; selon l'article 7.1.6 des principes UNIDROIT, la clause limitative de responsabilité ne doit pas être appliquée lorsque cela serait manifestement inéquitable (art. 7.1.6).
- Clauses de *best effort*, *best endeavours*, *reasonable care*, *due diligence* : impose de considérer l'obligation du débiteur comme une obligation de moyen.
- Clause pénale : attention, en *common law*, elle est nulle. L'article 7.4.13 des principes UNIDROIT l'autorise mais le juge peut réviser le montant de la pénalité s'il est trop élevé.
- Clause d'imprévision (*hardship*) : permet à une partie de demander un réaménagement du contrat si un événement imprévu en bouleverse l'économie générale, de telle sorte que son exécution serait trop coûteuse pour la partie qui invoque la clause. A défaut d'accord sur le réaménagement du contrat, le juge ou l'arbitre intervient.
- Clause de force majeure : tend à prévoir toujours les mêmes règles, différentes des droits nationaux, ce qui peut contribuer à la formation de principes de la *lex mercatoria* sur la force majeure. La clause est particulièrement importante si le contrat est soumis à un droit de *common law*, qui ne comporte pas de règles en la matière, la doctrine de la *frustration* n'étant pas toujours applicable en cas de force majeure. De plus, la clause de force majeure stipule souvent des conditions d'admission de la force majeure moins strictes que dans les droits nationaux des pays de droit civil.
- Clause relative au prix : elle peut s'accompagner d'une clause du client le plus favorisé.
- Clause de premier refus : pacte de préférence relatif à la conclusion d'un futur contrat.
- Clauses envisageant la fin du contrat : clause de résiliation, clause de nullité, clause de durée.
- Clause d'*anticipatory breach* : permet à une partie de mettre fin au contrat en cas de crainte d'une inexécution future. Le droit de plusieurs pays, dont le droit français, autorise la rupture du contrat pour inexécution future par l'autre partie de ses obligations mais même si un tel droit est applicable, il est largement préférable de prévoir dans le contrat une clause précisant les conditions d'application et les conséquences de cette sanction.
- Clause de *deadlock* : dans les contrats de co-entreprise (*joint-venture*), elle prévoit la sortie du contrat en cas de blocage dû au désaccord des parties.
- Clause de prorogation : dans les contrats à durée déterminée.
- Clauses relatives à la résolution des différends : médiation, arbitrage, prorogation de compétence (*electio fori*).

- Clauses survivant au contrat : non-concurrence, confidentialité, élection de for, clause compromissoire, clause de liquidation qui prévoit les conséquences de la fin du contrat.

Lundi 4 mars 2024

1 INTRODUCTION

- [218] Le contrat de vente internationale de marchandises est un contrat par lequel une partie, le vendeur, cède la propriété de marchandises, c'est-à-dire de biens meubles corporels, à une autre partie, l'acquéreur, moyennant le paiement d'un prix, qui présente un élément d'extranéité. Cet élément d'extranéité est généralement le fait que les deux parties ont leur établissement dans des États différents. Cependant, au sens large, le contrat de vente de marchandises conclu entre deux parties établies dans le même État est international si les marchandises doivent être livrées dans un État différent de celui où elles se trouvent au moment de la conclusion du contrat. Certes, cette hypothèse est rare en pratique et la Convention de Vienne est inapplicable à un tel contrat⁹¹.
- [219] Le contrat de vente internationale de marchandises est un des contrats les plus fréquents dans la pratique du commerce international, dont une des manifestations essentielles est le commerce de marchandises à travers les frontières. Ces contrats de vente sont très divers, portant sur des biens variés, dont la valeur est elle-même très variable. Par exemple, une vente internationale peut porter sur des avions de ligne, des navires, des céréales ou des vêtements. Les instruments contractuels sont parfois très simples, parfois très volumineux, détaillés et complexes. La pratique est donc très diverse mais il existe malgré tout un régime commun.
- [220] Ce régime est en grande partie déterminé par des conventions internationales. La plus connue est la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM), élaborée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) et adoptée à Vienne le 11 avril 1980. La Convention est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1988⁹². Elle a été ratifiée par nonante-quatre États, dont, notamment, la France⁹³, les États-Unis et la Chine, ainsi que toutes les grandes nations jouant un rôle important dans le commerce international, à l'exception notable du Royaume-Uni.
- [221] Il existe une autre convention élaborée par la CNUDCI, complémentaire de la CVIM, sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, adoptée le 14 juin 1974. Elle a été ratifiée par trente États, mais pas par la France. Les États ayant ratifié la CVIM et la convention de 1974 ont également conclu un protocole du 11 avril 1980 amendant celle-ci, afin de l'harmoniser avec celle-là.
- [222] Avant la Convention de Vienne, il existait deux Conventions de La Haye du 1^{er} juillet 1964, portant lois uniformes, respectivement, sur la formation de la vente internationale de marchandises et sur les obligations des parties. Les États ayant ratifié la Convention de Vienne ont dénoncé ces deux Conventions⁹⁴, qui ne sont donc plus aujourd'hui en vigueur. Une autre Convention de La Haye du 15 avril 1958 portait sur la loi applicable aux transferts de propriété mais elle n'a été ratifiée que par l'Italie.

⁹¹ CVIM, art. 1(1).

⁹² Conformément à l'art. 99(1).

⁹³ Loi du 10 juin 1982.

⁹⁴ CVIM, art. 99(3).

- [223] Il existe cependant d'autres instruments internationaux, toujours de droit positif. Il faut citer, d'abord, la Convention de la Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes internationales d'objets mobiliers corporels. Cette convention a été ratifiée par la France et trois États extérieurs à l'Union européenne, le Niger, la Norvège et la Suisse, de telle sorte qu'elle prévaut sur le règlement Rome I⁹⁵. Une seconde convention de La Haye du 22 décembre 1986 devait remplacer celle de 1955 mais elle n'est jamais entrée en vigueur car elle n'a été ratifiée que par deux États, l'Argentine et la Moldavie⁹⁶.
- [224] De plus, dans les États membres de l'OHADA s'applique l'acte uniforme révisé portant sur le droit commercial général (AUDCG)⁹⁷, dont le livre 8⁹⁸ est consacré aux ventes commerciales, y compris les ventes internationales entre parties établies dans ces États ou soumises à la loi d'un de ces États. Cinq États sont membres de l'OHADA ont également ratifié la CVIM, le Bénin, le Cameroun, le Congo, le Gabon et la Guinée. Lorsque la CVIM est applicable parce que le droit d'un de ces États est applicable ou parce que le vendeur et l'acquéreur sont localisés dans deux de ces États, la CVIM devrait prévaloir sur l'AUDCG, parce qu'elle engage ses États parties vis-à-vis des États tiers à l'OHADA. Cela étant, les risques de conflit sont minimes car les dispositions des deux instruments sont très proches⁹⁹.
- [225] Par ailleurs, mes questions exclues du champ d'application de la convention de Vienne relèvent des règles de droit applicables au contrat, choisies par les parties ou déterminées par application des règles de conflit de lois ou, en matière d'arbitrage, conformément aux dispositions pertinentes du règlement d'arbitrage ou de la loi du siège. Ainsi, les droits nationaux sont une source non négligeable du droit de la vente internationale de marchandises. La *lex mercatoria* peut également s'y appliquer.
- [226] Cela étant, en pratique, les parties se réfèrent souvent aux International Commercial Terms (Incoterms) publiés par la Chambre de commerce international (CCI), qui définissent les obligations caractéristiques de ce contrat. Ce faisant, elles intègrent les termes choisis dans leur contrat. Les Incoterms actuellement en vigueur le sont depuis le 1^{er} janvier 2020¹⁰⁰.
- [227] Pour explorer plus avant le régime de la vente internationale de marchandises, défini par l'ensemble de ces sources, il faut envisager les règles de conflit de lois (2) et les règles substantielles (3).

2 REGLES DE CONFLIT DE LOIS

- [228] L'autonomie de la volonté s'applique pleinement au contrat de vente international de marchandises : les parties peuvent choisir, explicitement ou implicitement, la loi applicable. Ce principe est reconnu par l'article 2 de la Convention de La Haye du 15 juin 1955 mais aussi, dans les cas où il est applicable, par l'article 3(1) du Règlement Rome I. Ce principe doit également être respecté par les tribunaux arbitraux, devant lesquelles les parties peuvent aussi choisir des règles de droit transnational : *lex*

⁹⁵ Selon l'art. 25(1) dudit Règlement.

⁹⁶ Selon son art. 27, cette convention entrera en vigueur trois mois après le dépôt du cinquième instrument de ratification.

⁹⁷ Adopté le 15 décembre 2010 à Lomé.

⁹⁸ Art. 234 à 302.

⁹⁹ V. E. Kagisye, « La cohabitation entre la CVIM et l'Acte uniforme relatif au droit commercial général : un conflit de droit matériel », 2017, <https://auf.hal.science/hal-01496844/document>.

¹⁰⁰ *Incoterms 2020*, ICC Publishing, 2019.

mercatoria, principes Unidroit ou CVIM elle-même¹⁰¹. On ne pratique pas ici le renvoi, qui est d'ailleurs exclu, de manière plus générale, en matière contractuelle.

[229] A défaut de choix des parties, le juge (2.1) ou le tribunal arbitral (2.2) doit déterminer les règles de droit applicables.

2.1 DETERMINATION PAR LE JUGE DES REGLES DE DROIT APPLICABLES

[230] Conformément à un principe bien connu du droit international privé, pour un juge étatique, il n'y a pas de contrat sans loi¹⁰². Dès lors, à défaut de choix par les parties de la loi applicable au contrat, le juge étatique détermine une loi nationale applicable. Pour ce faire, il met en œuvre des règles de conflit de lois. Les règles de conflit que le juge français doit mettre en œuvre en matière de vente internationale de marchandises sont déterminées par la Convention de La Haye du 15 juin 1955 (2.1.1). Il faut néanmoins évoquer les autres règles de conflit applicables à titre résiduel, en dehors du champ d'application de la Convention (2.1.2).

2.1.1 Règles de conflit énoncées par la Convention de La Haye

[231] L'article 3 prévoit des règles de conflit pour le cas où les parties n'ont pas choisi la loi applicable au contrat :

A défaut de loi déclarée applicable par les parties, dans les conditions prévues à l'article précédent, la vente est régie par la loi interne du pays où le vendeur a sa résidence habituelle au moment où il reçoit la commande. Si la commande est reçue par un établissement du vendeur, la vente est régie par la loi interne du pays où est situé cet établissement.

Toutefois, la vente est régie par la loi interne du pays où l'acheteur a sa résidence habituelle, ou dans lequel il possède l'établissement qui a passé la commande, si c'est dans ce pays que la commande a été reçue, soit par le vendeur, soit par son représentant, agent ou commis-voyageur.

S'il s'agit 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.

[232] L'article 4 pose une règle spéciale de conflit :

A moins de clause expresse contraire, la loi interne du pays où doit avoir lieu l'examen des objets mobiliers corporels délivrés en vertu de la vente est applicable, en ce qui concerne la forme et les délais dans lesquels doivent avoir lieu l'examen et les notifications relatives à l'examen, ainsi que les mesures à prendre en cas de refus des objets.

2.1.2 Autres règles de conflits applicables à titre résiduel

[233] Cela étant, il faut bien mesurer les limites du champ d'application de la Convention de La Haye, défini par son article 1^{er} :

La présente Convention est applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels.

¹⁰¹ V. C. pr. civ., art. 1511 ; Loi-Type CNUDCI, art. 28(1) et règl. arb. CCI, art. 21(1).

¹⁰² Cass. civ., 21 juin 1950, *Messageries Maritimes*, *Rev. crit. DIP*, 1950, p. 609, note Batiffol ; *D.* 1951, p. 749, note Hamel ; *JCP G* 1950, II, 5812, note Lévy ; B. Ancel et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 5^e éd., 2006, t. 1, n° 22. – CPJI, 12 juillet 1929, *affaire des emprunts serbes*.

Elle ne s'applique pas aux ventes de titres, aux ventes de navires et de bateaux ou d'aéronefs enregistrés, aux ventes par autorité de justice ou sur saisie. Elle s'applique aux ventes sur documents.

Pour son application sont assimilés aux ventes les contrats de livraison d'objets mobiliers corporels à fabriquer ou à produire, lorsque la partie qui s'oblige à livrer doit fournir les matières premières nécessaires à la fabrication ou à la production.

La seule déclaration des parties, relative à l'application d'une loi ou à la compétence d'un juge ou d'un arbitre, ne suffit pas à donner à la vente le caractère international au sens de l'alinéa premier du présent article.

- [234] Ainsi, pour que la Convention s'applique, il faut que le contrat soit objectivement international. Les règles de conflit de lois énoncées par la convention s'appliquent aux contrats internationaux de vente d'objets mobiliers corporels, à l'exception des contrats portant sur certains biens, sans autres conditions relatives à la résidence ou à la nationalité des parties. Peu importe qu'elles résident ou pas dans un État partie à la convention. Autrement dit, les règles de conflit énoncées par la Convention deviennent, dans les États parties, les seules règles de conflit en vigueur à propos des contrats visés. Toutefois, en vertu de l'article 10 de la Convention et à défaut de déclaration contraire de la France, la convention ne s'applique qu'en métropole.
- [235] En matière de vente par autorité de justice ou sur saisie, la loi applicable est celle du for ou du lieu où la mesure d'exécution a été pratiquée. Les ventes de navires et de bateaux ou d'aéronefs enregistrés relèvent des règles de conflit du Règlement Rome I.
- [236] En outre, la loi du contrat désigné par la Convention ne s'applique pas à certaines questions, selon son article 5 :
- La présente Convention ne s'applique pas :
 1. à la capacité des parties ;
 2. à la forme du contrat ;
 3. au transfert de propriété, étant entendu toutefois que les diverses obligations des parties, et notamment celles qui sont relatives aux risques, sont soumises à la loi applicable à la vente en vertu de la présente Convention ;
 4. aux effets de la vente à l'égard de toutes personnes autres que les parties.
- [237] La capacité des parties relève de leur loi personnelle. Les effets de la vente à l'égard des tiers peuvent relever de la loi applicable au contrat selon le Règlement Rome I ou d'autres lois, notamment celle applicable au bien meuble corporel objet de la vente selon les règles de droit international privé du juge saisi. Quant au transfert de propriété, il relève de la loi applicable selon le règlement Rome I. Celui-ci est également applicable devant les juges des États de l'Union européenne qui n'ont pas ratifié la Convention de La Haye.
- [238] Il faut donc rappeler les dispositions du règlement Rome I à propos de la loi applicable à une vente à défaut de choix des parties, énoncé par son article 4(1)(a) :
- le contrat de vente de biens est régi par la loi du pays dans lequel le vendeur a sa résidence habituelle ;
- [239] Le contrat de vente international de marchandises est manifestement soumis à cette disposition, de telle sorte que les articles 4(2) et 4(4) ne trouvent pas à s'y appliquer. En revanche, l'article 4(3) peut, le cas échéant, conduire le juge à appliquer une autre loi, présentant manifestement des liens plus étroits avec le contrat. Il faut aussi garder à l'esprit que si la vente est conclue entre un consommateur et un professionnel, l'article 6 du Règlement est susceptible de s'appliquer.

2.2 DETERMINATION PAR LE TRIBUNAL ARBITRAL DES REGLES DE DROIT APPLICABLES

[240] A défaut de choix par les parties de la loi applicable à un contrat de vente international de marchandises, un tribunal arbitral doit, selon le droit français¹⁰³ ou le règlement d'arbitrage CCI¹⁰⁴, appliquer les règles de droit qu'il estime appropriées. Celles-ci peuvent donc être une loi nationale ou des règles transnationales. En la matière, le choix de la CVIM paraît tout-à-fait approprié, puisqu'elle a été adoptée, par des États nombreux et divers, afin de régir les ventes internationales de marchandises. Elle présente donc, dans une certaine mesure, un caractère universel.

[241] Selon la loi-type CNUDCI, à défaut de choix des parties :

le tribunal arbitral applique la loi désignée par la règle de conflit de lois qu'il juge applicable en l'espèce

[242] Cela dit, cette règle de conflit de lois peut conduire le tribunal arbitral à désigner la loi d'un État partie à la CVIM, ce qui conduira, *in fine*, à l'application de cette dernière.

3 REGLES SUBSTANTIELLES

[243] Les règles substantielles applicables à la vente internationale de marchandises ont pour sources principales la Convention de Vienne (3.1). Il faut aussi évoquer les règles de la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (3.2) et les Incoterms (3.3).

3.1 LES REGLES MATERIELLES ISSUES DE LA CONVENTION DE VIENNE

[244] Vous devez lire la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, ouverte à la signature à Vienne le 11 avril 1980 (CVIM, DOC 04). Il faut d'abord préciser son champ d'application (3.1.1). Nous évoquerons ensuite, en suivant à peu près le plan de la Convention, les dispositions qu'elle contient, relatives à la forme et à la preuve de la vente (3.1.2), à sa formation (3.1.3), aux obligations des parties (3.1.4), au transfert des risques (3.1.5) et aux obligations communes du vendeur et de l'acquéreur (3.1.6).

3.1.1 Champ d'application

[245] Il faut préciser le champ d'application matériel (3.1.1.1) et territorial (3.1.1.2) de la CVIM.

3.1.1.1 Champ d'application matériel

[246] La CVIM s'applique, de manière générale, aux contrats de vente de marchandises, mais l'article 2 exclut certaines ventes :

La présente Convention ne régit pas les ventes :

a) de marchandises achetées pour un usage personnel, familial ou domestique, à moins que le vendeur, à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat, n'ait pas su et n'ait pas été censé savoir que ces marchandises étaient achetées pour un tel usage ;

b) aux enchères ;

c) sur saisie ou de quelque autre manière par autorité de justice ;

d) de valeurs mobilières, effets de commerce et monnaies ;

¹⁰³ C. pr. civ., art. 1511.

¹⁰⁴ Art. 21(1).

- e) de navires, bateaux, aéroglisseurs et aéronefs ;
- f) d'électricité.

[247] Quant aux contrats d'entreprise, l'article 3 dispose :

- 1) Sont réputés ventes les contrats de fourniture de marchandises à fabriquer ou à produire, à moins que la partie qui commande celles-ci n'ait à fournir une part essentielle des éléments matériels nécessaires à cette fabrication ou production.
- 2) La présente Convention ne s'applique pas aux contrats dans lesquels la part prépondérante de l'obligation de la partie qui fournit les marchandises consiste en une fourniture de main-d'œuvre ou d'autres services.

[248] La jurisprudence a dû préciser quel critère permet de déterminer la part prépondérante de l'obligation de la partie qui fournit les marchandises. On peut retenir les valeurs économiques respectives de la fourniture de marchandises et de la prestation de service. Si la première est supérieure à la seconde, le contrat est considéré comme une vente de marchandises mais, dans le cas contraire, c'est un contrat d'entreprise qui échappe à la CVIM. On peut aussi avoir une analyse qualitative et apprécier quelle part de l'obligation de celui qui fournit les marchandises est la plus importante dans l'esprit des parties, la plus caractéristique du contrat. Ainsi, le contrat de distribution ou de franchise n'est pas une vente de marchandises¹⁰⁵. De manière générale, la jurisprudence est plutôt encline à appliquer la CVIM. Par exemple, sont soumises à la Convention les ventes de marchandises conclues en application d'un contrat cadre de distribution bien que celui-ci n'y soit pas soumis¹⁰⁶.

[249] Même à propos des ventes de marchandises, seules certaines questions sont soumises à la Convention, comme l'indique l'article 4 :

La présente Convention régit exclusivement la formation du contrat de vente et les droits et obligations qu'un tel contrat fait naître entre le vendeur et l'acheteur. En particulier, sauf disposition contraire expresse de la présente Convention, celle-ci ne concerne pas :

- a) La validité du contrat ni celle d'aucune de ses clauses non plus que celle des usages ;
- b) Les effets que le contrat peut avoir sur la propriété des marchandises vendues.

[250] L'article 5 ajoute :

La présente Convention ne s'applique pas à la responsabilité du vendeur pour décès ou lésions corporelles causés à quiconque par les marchandises.

[251] Les questions exclues relèvent des règles de droit applicables au fond, choisies par les parties ou, à défaut de choix des parties, déterminées selon les règles de conflit rappelées ci-dessus.

3.1.1.2 Champ d'application territorial

[252] Selon son article 1^{er}, la CVIM s'applique lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un État contractant. C'est pourquoi le choix par les parties de la loi d'un État contractant entraîne l'application de la CVIM, même aucune des parties ne résident dans un État contractant. Toutefois, l'article 6 précise que les parties peuvent désigner le droit d'un État contractant tout en écartant expressément l'application de la CVIM. L'exclusion peut être expresse ou tacite. Par exemple, si les

¹⁰⁵ Trib. sup. Lucerne, 8 janvier 1997, *D.* 1998, somm. 315, obs. C. Witz.

¹⁰⁶ Cass. com., 20 février 2007, n° 04-17.752, *Bull. civ.* 2007, IV, n° 52.

parties soumettent une vente de marchandises aux dispositions du Code de commerce et du Code civil français, on peut considérer qu'elles ont tacitement écarté l'application de la Convention. Les parties peuvent aussi accepter l'application de la CVIM tout en écartant certaines de ses dispositions, sauf celles visées à l'article 12.

[253] La CVIM s'applique également lorsque les parties à une vente de marchandises ont leurs résidences dans des États différents, qui sont tous des États contractants. Cependant, il n'est pas tenu compte du fait que les parties ont leur établissement dans des États différents lorsque ce fait ne ressort ni du contrat, ni de transactions antérieures entre les parties, ni de renseignements donnés par elles à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat. En revanche, l'article 1(3) indique que la nationalité des parties est complètement indifférente, de même que « *le caractère civil ou commercial des parties ou du contrat* ».

[254] Enfin, selon l'article 9 les usages prévalent sur la CVIM, sauf clause contraire expresse :

1) Les parties sont liées par les usages auxquels elles ont consenti et par les habitudes qui se sont établies entre elles.

2) 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.

3.1.2 Forme et preuve de la vente

[255] Le principe posé par la Convention est celui du consensualisme. Aucune forme n'est imposée pour la validité de la vente (article 11). De plus, elle peut être prouvée par tout moyen, y compris le témoignage. Toutefois, les États peuvent émettre une réserve et exiger un écrit (articles 12 et 96). L'Argentine et la Russie, notamment, ont émis une telle réserve, qui s'applique si une des parties à son établissement dans un État l'ayant émise. Enfin, les articles 7 et 8 donnent quelques règles d'interprétation de la Convention.

3.1.3 La formation du contrat de vente

[256] La formation d'un contrat de vente suppose, d'abord, une offre précise et ferme, avec l'indication, notamment des marchandises et du prix (articles 14 à 17). Le contrat est formé lorsque l'offre est acceptée, plus précisément lorsque l'acceptation parvient à l'auteur de l'offre. Il faut néanmoins que l'acceptation soit donnée sans réserve, ou du moins avec des réserves qui portent seulement sur des conditions accessoires du contrat (articles 18 à 24).

3.1.4 Les obligations des parties

[257] La CVIM expose successivement les obligations du vendeur et les remèdes dont dispose l'acquéreur en cas d'inexécution (3.1.4.1), puis les obligations de l'acquéreur et les remèdes dont dispose le vendeur en cas d'inexécution (3.1.4.2).

3.1.4.1 Les obligations du vendeur et les remèdes dont dispose l'acquéreur en cas d'inexécution

[258] Le vendeur doit livrer les marchandises et remettre les documents y afférents (articles 31 à 34). L'article 31 précise le lieu de livraison. Les marchandises doivent être conformes (articles 35 à 40) et libres de tous droits ou prétention d'un tiers (articles 41 et 43). L'article 39.2 impose à l'acquéreur de dénoncer le défaut de conformité au plus

tard dans les deux ans suivant la livraison effective de la chose. Ce délai n'est pas un délai de forclusion ni de prescription, l'article 7 de la convention excluant la prescription de son champ d'application, et l'acquéreur peut toujours agir en justice après l'expiration de ce délai¹⁰⁷.

- [259] En cas de contravention du vendeur à ses obligations, l'acquéreur peut demander l'exécution forcée, quitte à octroyer un délai supplémentaire au vendeur (articles 45 à 48 et 74 à 77). L'acquéreur peut déclarer le contrat résolu en cas de défaut de livraison même après un délai supplémentaire imparti au vendeur ou en cas de contravention essentielle du vendeur à ses obligations (articles 49 et 51). L'acquéreur peut aussi réduire le prix en cas de non-conformité des marchandises ou si un tiers a des droits sur les marchandises (article 44 et 50). Le cas échéant, ces principes s'appliquent à la partie du contrat que le vendeur n'a pas exécutée (article 51). Enfin, l'article 52 envisage les hypothèses où le vendeur exécute son obligation de livraison avant la date prévue ou livre une quantité de marchandises supérieures à ce que le contrat stipule. Dans la première hypothèse, l'acheteur peut refuser d'en prendre livraison. Dans la seconde hypothèse, l'acheteur peut « *accepter ou refuser de prendre livraison de la quantité excédentaire. Si l'acheteur accepte d'en prendre livraison en tout ou en partie, il doit la payer au tarif du contrat.* »

3.1.4.2 Les obligations de l'acquéreur et les remèdes dont dispose le vendeur en cas d'inexécution

- [260] L'acquéreur doit payer le prix convenu et prendre livraison des marchandises (article 53). Les dispositions relatives au paiement du prix se trouvent aux articles 54 à 59, celles relatives à la prise de livraison, à l'article 60. Le contrat peut être conclu sans que les parties aient stipulé le prix ou les modalités de sa détermination. Dans ce cas, selon l'article 55, elles sont réputées :

s'être tacitement référées au prix habituellement pratiqué au moment de la conclusion du contrat, dans la branche commerciale considérée, pour les mêmes marchandises vendues dans des circonstances comparables.

- [261] En cas d'inexécution par l'acquéreur de ses obligations, le vendeur peut exiger l'exécution forcée (article 61) et demander des dommages intérêts (articles 60 et 74 à 77). Le vendeur peut déclarer le contrat résolu si l'acquéreur n'exécute pas son obligation de payer le prix ou de prendre livraison dans le délai supplémentaire imparti ou en cas de contravention essentielle de l'acquéreur à ses obligations (article 64). L'article 65 envisage le cas où l'acquéreur ne donne pas les spécifications attendues de lui dans le délai imparti.

3.1.5 Le transfert des risques

- [262] Les articles 66 à 70 traitent du transfert des risques. Une fois que les risques sont transférés à l'acquéreur, la perte de la chose ne le dispense pas de payer le prix. *A contrario*, si la chose est détruite ou détériorée avant le transfert des risques, l'acquéreur peut :

- Demander l'exécution forcée (art. 46) : livraison d'une autre chose identique.
- Déclarer le contrat résolu à défaut de livraison conforme ou si elle est impossible parce que la chose vendue est un corps certain (art. 49(1)(b)).

¹⁰⁷ Cass. com., 26 octobre 2022, n° 20-16.174 et 20-16.798 et Cass. com., 26 oct. 2022, n° 20-22.528, JCP G 2023, doct. 143, n° 1, obs. C. Nourissat.

3.1.6 Dispositions communes aux obligations du vendeur et de l'acquéreur

[263] Le chapitre V (articles 71 à 88) contient des dispositions communes aux obligations du vendeur et de l'acheteur. Il faut aussi mentionner les articles 25 à 29, insérés au début de la partie consacrée aux obligations des parties. L'article 25, notamment, définit la notion de contravention essentielle :

Une contravention au contrat commise par l'une des parties 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.

[264] L'article 28 subordonne l'exécution forcée à une condition générale :

Si, conformément aux dispositions de la présente Convention, une partie a le droit d'exiger de l'autre l'exécution d'une obligation, un tribunal n'est tenu d'ordonner l'exécution en nature que s'il le ferait en vertu de son propre droit pour des contrats de vente semblables non régis par la présente Convention.

3.2 LES REGLES MATERIELLES ISSUES DE LA CONVENTION SUR LA PRESCRIPTION EN MATIERE DE VENTE INTERNATIONALE DE MARCHANDISES

[265] La convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises a le même champ d'application que la CVIM (articles 3 à 6). Le délai de prescription est de quatre ans (article 8). Il court à partir de la date à laquelle l'action peut être exercée (article 9). Cette date est (article 10) :

- Pour l'action fondée sur une contravention au contrat, la date de la contravention.
- Pour l'action fondée sur un défaut de conformité, la date de la remise effective à l'acquéreur ou la date où l'offre de remise a été refusée par l'acquéreur.
- L'action pour dol peut être exercée à partir du moment où le dol a été découvert.

[266] La Convention comporte également des dispositions relatives à la garantie contractuelle, à la suspension et à la prolongation du délai. Le délai de prescription peut être abrégé par accord des parties ou allongé par le débiteur (article 22).

[267] La Convention n'a pas été ratifiée par la France. Le juge français doit donc considérer que la prescription est gouvernée par la loi applicable au contrat, conformément à l'article 12(1)(d) du règlement Rome I.

3.3 LES REGLES MATERIELLES ISSUES DES INCOTERMS

[268] Les Incoterms (INternational COMmercial TERMS) sont une série de termes commerciaux proposés par la CCI. Les parties peuvent s'y référer, ce qui revient à les intégrer dans leur contrat sans avoir à détailler leurs obligations respectives. On peut considérer les Incoterms comme la transcription d'usages ou de clauses usuelles dans la pratique de la vente internationale de marchandises.

[269] Il y a onze Incoterms, désignés à chaque fois par trois lettres. La première de ces lettres est E, F, C, D, dans l'ordre croissant des obligations du vendeur. Seuls les Incoterms de la famille D concernent les ventes à l'arrivée, c'est-à-dire des ventes dans lesquelles les marchandises voyagent aux risques et périls du vendeur. Il faut néanmoins garder à

l'esprit que les Incoterms ont une incidence sur le transfert des risques de la marchandise mais pas sur le transfert de propriété¹⁰⁸.

[270] Dans la famille E, on trouve un seul Incoterm, EXW, soit *ex works named place* ou à l'usine, lieu convenu. Le vendeur met les marchandises dans ses locaux, non dédouanées, à la disposition de l'acquéreur. L'acquéreur doit prendre livraison chez le vendeur ou au lieu convenu et se charger du préacheminement jusqu'au lieu de chargement sur le moyen de transport principal, ferroviaire, fluvial, maritime ou aérien. L'acquéreur doit aussi assumer les formalités et les droits de douane à l'export et à l'import. C'est un Incoterm peut attractif pour l'acquéreur, qui doit prendre livraison et préacheminer la marchandise dans un autre pays que le sien et se charger de toutes les formalités et des droits de douane.

[271] Selon les Incoterms de la famille F, pour *free* ou franco, le vendeur doit se charger du dédouanement export et mettre la marchandise à la disposition de l'acquéreur en un lieu convenu, où la livraison et le transfert des risques ont lieu. En revanche, le vendeur n'assume ni les frais, ni les risques du transport principal. L'acquéreur doit organiser et payer le transport à partir du lieu convenu et se charger du dédouanement import. Cette famille comprend trois Incoterms :

- FCA, pour *free carrier named place* ou franco transporteur lieu convenu : la marchandise est dédouanée et livrée dans le pays de départ, chez le vendeur ou chez le commissionnaire de transport de l'acquéreur. Depuis 2020, cet Incoterm comporte une option, autorisant le vendeur à se faire remettre le document attestant le chargement à bord (connaissance, lettre de voiture, lettre de transport aérien), avec la mention « *on board* » ou « reçu pour expédition ». Cela lui permet de répondre, le cas échéant, aux exigences du crédit documentaire.
- FAS, pour *free alongside ship named port of shipment* ou franco le long du navire port d'embarquement convenu : livraison sur le quai du port de départ. Les frais d'embarquement sont à la charge de l'acquéreur. La CCI recommande de n'utiliser cet Incoterm que si le transport principal se fait par voie fluviale ou maritime.
- FOB, pour *free on board named port of shipment* ou franco bord port d'embarquement convenu : la marchandise est livrée une fois chargée sur le bateau ou le navire assurant le transport principal, les frais de chargement dans celui-ci étant à la charge du vendeur ; leur montant est fonction du *liner term* indiqué par la compagnie maritime. La CCI recommande de n'utiliser cet Incoterm que si le transport principal se fait par voie fluviale ou maritime.

[272] Selon les Incoterms de la famille C, pour *cost or carriage* ou coût ou port transport principal acquitté, le vendeur assume le coût mais pas le risque du transport principal. Il doit dédouaner la marchandise à l'export. La marchandise est livrée et le transfert des risques s'opère dans la gare, le port ou l'aéroport d'embarquement sur le véhicule assurant le transport principal, au passage du bastingage ou de la porte du véhicule.

¹⁰⁸ Cass. com., 23 juin 1998, n° 96-17.171, *Bull. civ.* 1998, IV, n° 201.

L'acquéreur se charge du dédouanement import. Cette famille comporte quatre Incoterms :

- CFR, pour *cost and freight named port of destination* ou coût et fret port de destination convenu : le vendeur n'a pas à payer l'assurance maritime couvrant les risques de transport principal. Les frais de débarquement au port d'arrivée et le transport du port d'arrivée jusqu'au lieu de destination finale, ou post-acheminement, sont à la charge de l'acquéreur. Cela dit, les frais de déchargement au port d'arrivée peuvent être inclus dans le prix du transport, selon le *liner term*. La CCI recommande de n'utiliser cet Incoterm que si le transport principal se fait par voie fluviale ou maritime.
- CIF, pour *cost, insurance and freight named port of destination* ou coût, assurance et fret port de destination convenu : le vendeur doit souscrire et payer une assurance couvrant tous les risques encourus par la marchandise au cours du transport principal, jusqu'au port d'arrivée. Les frais de débarquement au terminal d'arrivée et le transport du port d'arrivée jusqu'au lieu de destination finale sont à la charge de l'acquéreur. La CCI recommande de n'utiliser cet Incoterm que si le transport principal se fait par voie fluviale ou maritime.
- CPT, pour *carriage paid to named place of destination* ou port payé jusqu'au point de destination convenu : le vendeur assume le coût du transport jusqu'au point de destination convenu mais ne souscrit pas d'assurance.
- CIP pour *carriage and insurance paid to named place of destination* ou port payé, assurance comprise, jusqu'au point de destination convenu : le vendeur assume le coût du transport jusqu'au point de destination convenu et souscrit une assurance couvrant tous les risques du transport.

[273] Selon les Incoterms de la famille D, pour *delivered* ou rendu arrivée, le vendeur assume le coût et le risque du transport. La marchandise est livrée et le transfert des risques s'opère dans le pays de destination des marchandises. Cette famille comprend trois Incoterms :

- DAP, pour *delivered at place* ou rendu droits non acquittés : la marchandise non déchargée est livrée à l'acquéreur au point convenu, le lieu de destination finale, dans le pays de destination. L'acquéreur doit assumer le coût du déchargement et le dédouanement import.
- DPU, pour *delivered at place unloaded* ou livré au point convenu déchargé : la marchandise est livrée sur le quai, dans un terminal maritime, fluvial, aérien, routier ou ferroviaire convenu, ou dans tout autre lieu convenu. Le dédouanement à l'importation et les frais de post-acheminement sont payés par l'acquéreur. L'Incoterm DPU 2020 remplace l'ancien Incoterm DAT 2010, pour *delivered at terminal* ou rendu terminal (rendu au terminal), qui envisageait uniquement une livraison dans un terminal de transport.
- DDP, pour *delivered duty paid* ou rendu droits acquittés : la marchandise non déchargée est livrée au point convenu, le lieu de destination finale. Le vendeur assume le dédouanement import et toutes taxes applicables. L'acquéreur assume uniquement le déchargement.

[274] Les Incoterms FAS, FOB et CFR sont conçus pour le transport en vrac par voie fluviale ou maritime. Lorsque le transport a lieu par container, les autres Incoterms sont plus adaptés, parce que le transfert de responsabilité n'a pas lieu dans un port.

Lundi 11 mars 2024

1 INTRODUCTION

[275] Comme on l'a déjà dit, le commerce international est constitué, en grande partie, d'échanges de marchandises à travers les frontières. Le transport est donc au cœur du droit du commerce international. Les marchandises peuvent être transportées en vertu d'un contrat de transport, qui peut être défini comme le :

contrat par lequel un transporteur s'engage, moyennant rémunération, à déplacer une chose ou une personne d'un lieu à un autre¹⁰⁹.

[276] Nous nous intéresserons ici essentiellement au contrat de transport de marchandises. Le transporteur s'engage auprès de l'expéditeur, qui lui remet la marchandise. Ce sont les deux parties au contrat de transport. Toutefois, le contrat de transport suppose que le transporteur ait l'obligation de déplacer les marchandises jusqu'à un point déterminé, où il les remet à une troisième personne, appelée destinataire. Généralement, le destinataire est un tiers au contrat, qui se retrouve néanmoins ayant-droit de l'expéditeur, en vertu des règles et des usages en matière de transport.

[277] Par ailleurs, en pratique, la plupart du temps, l'expéditeur n'est pas le vendeur de la marchandise mais plutôt un intermédiaire auquel le vendeur s'est adressé pour organiser le transport, qu'on appelle commissionnaire de transport. Le chargeur peut aussi être un *non vessel operating common carrier* (NVOCC), qui est, suivant les cas, un commissionnaire de transport ou un transporteur contractuel qui sous-traite le transport à une société opérant des véhicules. Les opérations de transports sont généralement réalisées au moyen d'un enchaînement de contrats

[278] Cela étant, il arrive que le destinataire soit l'expéditeur lui-même, qui a besoin de faire transporter des marchandises. Tel est le cas, par exemple, lorsqu'une entreprise ou un particulier utilise les services d'un déménageur. Une entreprise peut aussi recourir aux services d'un transporteur pour déplacer des objets d'une de ses usines ou succursales à une autre.

[279] En matière de transport maritime, l'expéditeur qui a conclu un contrat d'affrètement est appelé chargeur. Par extension, on utilise souvent le terme de chargeur pour désigner l'expéditeur ou le propriétaire de la marchandise, qui peut être l'expéditeur ou le destinataire.

[280] En pratique, le transport fait intervenir d'autres acteurs, assez nombreux. La marchandise est assurée et, en cas d'avarie, l'assureur faculté¹¹⁰ fera irruption. Il existe de nombreux intermédiaires. Les commissionnaires de transport sont sans doute les plus connus. Ils font transporter la marchandise pour le compte de leurs clients mais en

¹⁰⁹ G. Cornu, dir., *Vocabulaire juridique*, PUF, 9^e éd., 2011, v^o *transport (contrat de)*.

¹¹⁰ Par opposition à l'assureur corps, qui assure le véhicule de transport.

leur propre nom, en choisissant librement les voies et moyens nécessaires¹¹¹. D'autres prestataires de service, appelés souvent auxiliaires du transport, peuvent intervenir :

- Commissionnaire en douane : professionnel agréé par l'administration des douanes pour accomplir les formalités douanières à l'export et à l'import.
- Consignataire de navire, qui représente l'armateur et prépare l'arrivée du navire au port et son avitaillement. Il agit au nom et pour le compte de l'armateur.
- Consignataire de marchandise : mandataire des ayants-droits de la cargaison, pour en prendre livraison pour leur compte. Il réceptionne la marchandise, recrute éventuellement une entreprise de manutention, conserve la marchandise débarquée. Il est responsable de la marchandise tant qu'elle est sous sa garde.
- Transitaire : conclut pour le compte du chargeur le contrat de transport, les contrats complémentaires et prend toutes les mesures dans l'intérêt de la marchandise. Il peut aussi réceptionner la marchandise pour le destinataire, la réexpédier, etc. Le transitaire est le mandataire du chargeur (voire du destinataire).
- Pilote : assiste le capitaine lors des manœuvres à l'abord du port et dans le port, mais aussi dans le canal du Suez ou de Panama ; il ne gouverne pas le navire lui-même. Il n'est pas responsable vis-à-vis des tiers. Il est responsable vis-à-vis de l'armateur si celui-ci prouve qu'il a commis une faute.
- Remorqueur portuaire.
- Lamaneur : le lamanage consiste à arrimer et désarrimer le navire à quai. Les contrats de lamanage prévoient généralement que le lamaneur n'est pas responsable des dommages causés au navire, sauf faute.
- Avitailleur : approvisionne les aéronefs en carburant.

[281] Cela étant, le droit et la pratique du transport varient de manière assez importante suivant la voie utilisée, étant précisé que le transport d'une marchandise implique souvent l'utilisation de plusieurs modes de transport, par exemple : route de l'usine au port, voie maritime du port du pays du vendeur au port du pays de l'acheteur, voie ferrée du port d'arrivée au point de livraison. De plus, dans certains cas, des contrats différents du contrats de transport peuvent être utilisés en vue de déplacer des marchandises. Il faut donc envisager le transport terrestre (3), maritime (4) et aérien (5). A titre liminaire, il faut s'interroger sur les règles de droit applicables (2).

2 REGLES DE DROIT APPLICABLES

[282] Comme on le verra, les différents modes de transport obéissent très largement à des règles matérielles d'origine conventionnelle, que les juges étatiques appliquent impérativement. En revanche, un tribunal arbitral peut décider d'appliquer d'autres règles de droit, conformément à la volonté des parties ou parce qu'il les estime appropriées, voire parce qu'elles sont désignées par la règle de conflit qui lui paraît applicable¹¹². Pour autant, pour toutes questions relatives à un contrat de transport et

¹¹¹ C. com., art. L. 132-1.

¹¹² V. *supra* § 202 s.

relevant d'une convention internationale, les arbitres ont tendance à estimer que ses dispositions sont les plus appropriées.

- [283] Toutefois, certaines questions échappent au champ d'application des conventions. Dans ce cas, même les juges étatiques doivent appliquer d'autres règles de droit. Ils appliquent alors la loi choisie par les parties ou, à défaut, celle désignée par sa règle de conflit. Les juges des États membres de l'Union européenne se réfèrent à l'article 5 du règlement Rome I, qui dispose :

Contrats de transport

1. 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.

2. À défaut de choix exercé conformément au deuxième alinéa du présent paragraphe, la loi applicable au contrat de transport de passagers est la loi du pays dans lequel le passager a sa résidence habituelle, pourvu que le lieu de départ ou le lieu d'arrivée se situe dans ce pays. Si ces conditions ne sont pas satisfaites, la loi du pays dans lequel le transporteur a sa résidence habituelle s'applique.

Les parties ne peuvent choisir comme loi applicable au contrat de transport de passagers, conformément à l'article 3, que la loi du pays dans lequel :

- a) le passager a sa résidence habituelle, ou
- b) le transporteur a sa résidence habituelle, ou
- c) le transporteur a son lieu d'administration centrale, ou
- d) le lieu de départ est situé, ou
- e) le lieu de destination est situé.

3. S'il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé au paragraphe 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique.

- [284] Par ailleurs, les indemnités dues par les transporteurs en cas de perte ou d'avarie sont plafonnées par les conventions internationales. Le plafond est exprimé dans l'unité de compte du Fond monétaire international, le droit de tirage spécial ou DTS (en anglais : *Special Drawing Rights* ; symbole XDR). Il s'agit d'une unité de compte virtuelle, dans laquelle est exprimée le montant des réserves de change attribués par le Fonds à chaque État membre, en fonction de l'importance de sa contribution au Fonds. La valeur du DTS est déterminée par référence à un panier de cinq devises : dollars des États-Unis (USD), euro (EUR), renminbi (RMB), yen (JPY) et livre sterling (GBP). Le cours de change en euros du DTS est, au 28 février 2024, de 1 XDR = 1,2258496 EUR.

3 TRANSPORT TERRESTRE

- [285] On envisagera le transport routier (3.1) et le transport ferroviaire (3.2).

3.1 TRANSPORT ROUTIER

- [286] La Convention relative au contrat de transport international de marchandise par route, dite CMR, conclue à Genève le 19 mai 1956, détermine les conditions de transport et le régime de la responsabilité des parties au contrat de transport : chargeur, transporteur et destinataire. La convention a été ratifiée par cinquante-huit États, dont la France,

principalement situés en Europe et en Asie centrale¹¹³. En 1978, la CMR (Convention relative au contrat de transport international de Marchandises par Route) a été modifiée à propos de la limite d'indemnisation en cas d'avarie.

[287] Le régime de la convention est impératif. Dans son périmètre d'application, les parties à un contrat de transport international ne peuvent l'éviter et le juge l'applique d'office. L'article 1^{er} en définit le champ d'application :

1. La présente Convention s'applique à tout contrat de transport de marchandises par route à titre onéreux au moyen de véhicules, lorsque le lieu de la prise en charge de la marchandise et le lieu prévu pour la livraison, tels qu'ils sont indiqués au contrat, sont situés dans deux pays différents dont l'un au moins est un pays contractant. Il en est ainsi quels que soient le domicile et la nationalité des parties.

2. Pour l'application de la présente Convention, il faut entendre par « véhicules » les automobiles, les véhicules articulés, les remorques et les semi-remorques, tels qu'ils sont définis par l'art. 4 de la Convention sur la circulation routière en date du 19 septembre 1949.

3. La présente Convention s'applique même si les transports rentrant dans son champ d'application sont effectués par des États ou par des institutions ou organisations gouvernementales.

4. La présente Convention ne s'applique pas :

a) aux transports effectués sous l'empire de conventions postales internationales ;

b) aux transports funéraires ;

c) aux transports de déménagement.

5. Les Parties contractantes s'interdisent d'apporter par voie d'accords particuliers conclus entre deux ou plusieurs d'entre elles toute modification à la présente Convention, sauf pour soustraire à son empire leur trafic frontalier ou pour autoriser dans les transports empruntant exclusivement leur territoire l'emploi de la lettre de voiture représentative de la marchandise.

[288] En revanche, la CMR n'institue pas un régime uniforme, puisqu'elle ne s'applique pas en matière interne. La formation du contrat est consensuelle. Habituellement, les parties au contrat de transport établissent une lettre de voiture (*consignment note* ou *consignment letter*), en trois originaux signés par l'expéditeur et le transporteur : un exemplaire pour l'expéditeur, un exemplaire qui accompagne les marchandises et sera remis au destinataire, un exemplaire pour le transporteur. La lettre de voiture fait foi des conditions du contrat jusqu'à preuve contraire.

[289] La convention ne dit pas à qui incombe le chargement et le déchargement. Il faut se référer au contrat ou à la loi applicable. L'expéditeur a un droit de disposition : il peut, en cours de transport, changer la destination, modifier le parcours, renvoyer les marchandises. S'il use de ce droit, il doit indemniser le préjudice causé.

[290] La CMR fait peser sur le transporteur une responsabilité de plein droit en cas de pertes, avaries ou retard de livraison. Le transporteur est exonéré de sa responsabilité s'il prouve que le dommage résulte d'une des causes suivantes :

- Faute de l'ayant droit.
- Ordre de celui-ci.

¹¹³ https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XI-B-11&chapter=11&clang=en.

- Circonstances équivalentes à la force majeure.

[291] Il existe d'autres causes d'exonération détaillées par l'article 17 :

1. Le transporteur est responsable de la perte totale ou partielle, ou de l'avarie, qui se produit entre le moment de la prise en charge de la marchandise et celui de la livraison, ainsi que du retard à la livraison.

2. Le transporteur est déchargé de cette responsabilité si la perte, l'avarie ou le retard a eu pour cause une faute de l'ayant droit, un ordre de celui-ci ne résultant pas d'une faute du transporteur, un vice propre de la marchandise, ou des circonstances que le transporteur ne pouvait pas éviter et aux conséquences desquelles il ne pouvait pas obvier.

3. Le transporteur ne peut exciper, pour se décharger de sa responsabilité, ni des défauts du véhicule dont il se sert pour effectuer le transport, ni de fautes de la personne dont il aurait loué le véhicule ou des préposés de celle-ci.

4. Compte tenu de l'article 18, paragraphes 2 à 5, le transporteur est déchargé de sa responsabilité lorsque la perte ou l'avarie résulte des risques particuliers inhérents à l'un des faits suivants ou à plusieurs d'entre eux :

a) emploi de véhicules ouverts et non bâchés lorsque cet emploi a été convenu d'une manière expresse et mentionné dans la lettre de voiture ;

b) absence ou défaut de l'emballage pour les marchandises exposées par leur nature à des déchets ou avaries quand elles ne sont pas emballées ou sont mal emballées ;

c) manutention, chargement, arrimage ou déchargement de la marchandise par l'expéditeur ou le destinataire ou des personnes agissant pour le compte de l'expéditeur ou du destinataire ;

d) nature de certaines marchandises exposées, par des causes inhérentes à cette nature même, soit à perte totale ou partielle, soit à avarie, notamment par bris, rouille, détérioration interne et spontanée, dessiccation, coulage, déchet normal ou action de la vermine et des rongeurs ;

e) insuffisance ou imperfection des marques ou des numéros de colis ;

f) transport d'animaux vivants.

5. Si, en vertu du présent article, le transporteur ne répond pas de certains des facteurs qui ont causé le dommage, sa responsabilité n'est engagée que dans la proportion ou les facteurs dont il répond en vertu du présent article ont contribué au dommage.

[292] Il appartient au transporteur de prouver le fait exonératoire, avec une légère distinction suivant la nature de ce dernier. Le transporteur doit prouver les circonstances exonératoires visées au paragraphe 2 de l'article 17. En revanche, s'agissant des circonstances visées au paragraphe 4, il peut se contenter de prouver que le dommage est susceptible d'avoir été causé par l'une d'elles. Cela crée une présomption que le dommage a été causé par cette circonstance, l'ayant droit pouvant alors apporter la preuve contraire. Il faut lire l'article 18 :

1. La preuve que la perte, l'avarie ou le retard a eu pour cause un des faits prévus à l'article 17, paragraphe 2, incombe au transporteur.

2. Lorsque le transporteur établit que, eu égard aux circonstances de fait, la perte ou l'avarie a pu résulter d'un ou de plusieurs des risques particuliers prévus à l'article 17, paragraphe 4, il y a présomption qu'elle en résulte. L'ayant droit peut toutefois faire la preuve que le dommage n'a pas eu l'un de ces risques pour cause totale ou partielle.

3. La présomption visée ci-dessus n'est pas applicable dans le cas prévu à l'article 17, paragraphe 4, a, s'il y a manquant d'une importance anormale ou perte de colis. :

[293] Les paragraphes 4 et 5 de l'article 18 apportent des précisions complémentaires :

4. Si le transport est effectué au moyen d'un véhicule aménagé en vue de soustraire les marchandises à l'influence de la chaleur, du froid, des variations de température ou de l'humidité de l'air, le transporteur ne peut invoquer le bénéfice de l'art. 17, par. 4, d, que s'il fournit la preuve que toutes les mesures lui incombant, compte tenu des circonstances, ont été prises en ce qui concerne le choix, l'entretien et l'emploi de ces aménagements et qu'il s'est conformé aux instructions spéciales qui ont pu lui être données.

5. Le transporteur ne peut invoquer le bénéfice de l'art. 17, par. 4, f, que s'il fournit la preuve que toutes les mesures lui incombant normalement, compte tenu des circonstances, ont été prises et qu'il s'est conformé aux instructions spéciales qui ont pu lui être données.

[294] Selon l'article 23, lorsque le transporteur doit payer une indemnité pour perte totale ou partielle de la marchandise, celle-ci est égale à la valeur de la marchandise, déterminée par son cours en bourse ou, à défaut, par son prix sur le marché. Toutefois, l'indemnité est plafonnée à 8,33 DTS « *par kilogramme du poids brut manquant* », à quoi s'ajoute une autre indemnité :

4. Sont en outre remboursés le prix du transport, les droits de douane et les autres frais encourus à l'occasion du transport de la marchandise, en totalité en cas de perte totale, et au prorata en cas de perte partielle ; d'autres dommages-intérêts ne sont pas dus.

[295] En cas de retard, le transporteur indemnise le préjudice causé, dans la limite du prix du transport.

[296] L'article 25 traite de l'indemnisation en cas d'avarie :

1. En cas d'avarie, le transporteur paie le montant de la dépréciation calculée d'après la valeur de la marchandise fixée conformément à l'art. 23, par. 1, 2 et 4.

2. Toutefois, l'indemnité ne peut dépasser

a) si la totalité de l'expédition est dépréciée par l'avarie, le chiffre qu'elle aurait atteint en cas de perte totale ;

b) si une partie seulement de l'expédition est dépréciée par l'avarie, le chiffre qu'elle aurait atteint en cas de perte de la partie dépréciée.

[297] Cela étant, selon l'article 26, les plafonds sont inapplicables si l'expéditeur a fait une « *déclaration de la valeur de la marchandise* » ou une « *déclaration d'intérêt spécial à la livraison* ». Une telle déclaration a pour contrepartie un supplément au prix de transport.

3.2 TRANSPORT FERROVIAIRE

[298] Le contrat de transport international de marchandises par voie ferrée obéit à des règles matérielles, déterminées par une convention internationale. La première fut la Convention de Berne du 14 octobre 1890, aujourd'hui remplacée par la Convention relative aux transports internationaux ferroviaires (COTIF) du 9 mai 1980, créant l'Organisation inter-gouvernementale pour les transports internationaux ferroviaires (OTIF)¹¹⁴. Cette convention a été ratifiée par quarante-deux États, dont la France,

¹¹⁴ <https://otif.org/fr/>.

principalement situés en Europe, en Afrique du Nord et en Asie¹¹⁵, et amendée par le protocole de modification du 3 juin 1999 (Protocole de Vilnius). En 1999, l'Union européenne y a adhéré.

[299] La convention comporte deux annexes :

- Règles uniformes pour le transport de voyageurs et de bagages (RU-CIV).
- Règles uniformes pour le transport de marchandises (RU-CIM).

[300] Les règles RU-CIM Vilnius s'appliquent :

- Lorsque le lieu de prise en charge et le lieu de livraison des marchandises se trouvent dans deux États différents et parties à la COTIF.
- Lorsqu'un de ces lieux se trouve dans un État partie et que les parties ont choisi l'application des règles.

[301] Le contrat de transport doit être constaté par une lettre de voiture (*consignment note*), signée par le transporteur et l'expéditeur¹¹⁶, mais son absence ou sa perte n'affecte pas l'existence du contrat¹¹⁷. La lettre de voiture n'a pas valeur d'un connaissement¹¹⁸. Le transporteur la remet au destinataire, avec la marchandise, lors de la livraison¹¹⁹. Les parties déterminent l'itinéraire et les délais de transport mais l'expéditeur puis, dès établissement de la lettre de voiture, le destinataire peuvent modifier le contrat de transport : interruption du transport, ajournement, modification du lieu de livraison (droit de disposition)¹²⁰. Il doit dédommager le transporteur des frais et préjudice occasionnés¹²¹.

[302] En cas de perte ou d'avarie, la responsabilité du transporteur est de plein droit :

Le transporteur est responsable du dommage résultant de la perte totale ou partielle et de l'avarie de la marchandise survenues à partir de la prise en charge de la marchandise jusqu'à la livraison, ainsi que du dommage résultant du dépassement du délai de livraison, quelle que soit l'infrastructure ferroviaire utilisée¹²².

[303] Le transporteur peut toutefois invoquer certaines causes d'exonération, similaires à celles prévues en matière de transport routier. Il y a, d'abord, la force majeure et la faute de l'ayant-droit :

Le transporteur est déchargé de cette responsabilité dans la mesure où la perte, l'avarie ou le dépassement du délai de livraison a eu pour cause une faute de l'ayant droit, un ordre de celui-ci ne résultant pas d'une faute du transporteur, un vice propre de la marchandise (détérioration intérieure, déchet de route, etc.) ou des circonstances que le transporteur ne pouvait pas éviter et aux conséquences desquelles il ne pouvait pas obvier¹²³.

¹¹⁵ https://otif.org/fileadmin/user_upload/otif_verlinkte_files/07_veroeff/01_COTIF_80/COTIF-1980-ratifications_01_11_2015_fde.pdf.

¹¹⁶ RU-CIM, art. 6(3).

¹¹⁷ RU-CIM, art. 6(2).

¹¹⁸ RU-CIM, art. 6(5).

¹¹⁹ RU-CIM, art. 17(1).

¹²⁰ RU-CIM, art. 18.

¹²¹ RU-CIM, art. 19.

¹²² RU-CIM, art. 23(1).

¹²³ RU-CIM, art. 23(2).

[304] L'ayant droit est celui qui jouit des droits sur la marchandise, c'est-à-dire, l'expéditeur jusqu'à la livraison et la remise de la lettre de voiture au destinataire, puis ce dernier. De plus certaines circonstances particulières constituent des causes d'exonération :

Le transporteur est déchargé de cette responsabilité dans la mesure où la perte ou l'avarie résulte des risques particuliers inhérents à un ou plusieurs des faits ci-après :

a) transport effectué en wagon découvert en vertu des Conditions générales de transport ou lorsque cela a été expressément convenu et inscrit sur la lettre de voiture ; sous réserve des dommages subis par les marchandises à la suite d'influences atmosphériques, les marchandises chargées en unités de transport intermodal et dans des véhicules routiers fermés acheminés par des wagons ne sont pas considérées comme étant transportées en wagon découvert ; si, pour le transport des marchandises en wagons découverts, l'expéditeur utilise des bâches, le transporteur assume la même responsabilité que celle qui lui incombe pour le transport en wagons découverts non bâchés, même s'il s'agit des marchandises qui, selon les Conditions générales de transport, ne sont pas transportées en wagons découverts ;

b) absence ou défectuosité de l'emballage pour les marchandises exposées par leur nature à des pertes ou des avaries quand elles ne sont pas emballées ou sont mal emballées ;

c) chargement des marchandises par l'expéditeur ou déchargement par le destinataire ;

d) nature de certaines marchandises exposées, par des causes inhérentes à celle-ci même, à la perte totale ou partielle ou à l'avarie notamment par bris, rouille, détérioration intérieure et spontanée, dessiccation, déperdition ;

e) désignation ou numérotation irrégulière, inexacte ou incomplète de colis ;

f) transport d'animaux vivants ;

g) transport qui, en vertu des dispositions applicables ou de conventions entre l'expéditeur et le transporteur et indiquées sur la lettre de voiture, doit être effectué sous escorte, si la perte ou l'avarie résulte d'un risque que l'escorte avait pour but d'éviter¹²⁴.

[305] L'indemnité due par le transporteur est plafonnée, en cas de perte¹²⁵ ou d'avarie¹²⁶, à 17 DTS par kilogramme manquant ou déprécié. En cas de retard, le transporteur indemnise le préjudice causé, dans la limite du quadruple du prix du transport¹²⁷.

4 TRANSPORT MARITIME

[306] La voie maritime est la plus utilisée pour le transport international de marchandises, puisqu'il représente 90% de cette activité¹²⁸. Le transport maritime de marchandises peut être effectué en vertu d'un contrat de transport sur des lignes régulières (4.1) mais aussi, en pratique, en vertu d'autres contrats, dont la nature est différente (4.2).

4.1 CONTRAT DE TRANSPORT MARITIME

[307] Les règles matérielles gouvernant le contrat international de transport maritime ont été adoptées, d'abord, par la Convention de de Bruxelles du 25 août 1924 pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance (Règles de La Haye). Elles ont été

¹²⁴ RU-CIM, art. 23(3).

¹²⁵ RU-CIM, art. 30(2).

¹²⁶ RU-CIM, art. 32(2).

¹²⁷ RU-CIM, art. 33(1).

¹²⁸ V. Rapport annuel 2021/22 d'Armateurs de France, p. 10 : <http://tinyurl.com/3hwzk4he>.

modifiées par les Protocoles du 23 juin 1968 (Règles de Visby) et du 21 décembre 1979.

- [308] En 1978, la Convention de Hambourg (Règles de Hambourg) a été ouverte à la signature. Elle était destinée à remplacer les Règles de La Haye / Visby. Toutefois, elle n'a été ratifiée que par quelques pays en voie de développement et pas par les puissances maritimes majeures, de telle sorte qu'elle n'a eu qu'un impact limité.
- [309] La CNUDCI a donc élaboré un nouvel instrument, la Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer, ouverte à la signature à New York le 11 décembre 2008 (Règles de Rotterdam). Toutefois, seuls cinq États ont ratifié cette convention¹²⁹, qui n'entrera en vigueur qu'à la vingtième ratification. Par conséquent, les règles en vigueur sont essentiellement celles de La Haye / Visby.
- [310] Le contrat de transport maritime donne lieu à l'établissement d'un connaissement (*bill of lading*), qui indique la nature, le poids et les marques des marchandises embarquées. A la différence des lettres de voiture, dont l'usage est systématique en pratique sans être imposé par la loi, le connaissement est légalement obligatoire si le chargeur l'exige¹³⁰. A travers ce titre, le transporteur ou son représentant reconnaît avoir reçu les marchandises à bord (connaissement embarqué ou *shipped bill of lading*) ou pour embarquement. Le connaissement, généralement préparé par le chargeur, est signé par le capitaine après réception des marchandises, avec l'engagement de les remettre dans l'état où il les a reçues, au lieu de destination, sauf périls et accidents de mer. Le connaissement est établi en quatre exemplaires :
- Un exemplaire pour le capitaine (connaissement chef).
 - Un exemplaire pour l'armateur.
 - Deux exemplaires pour le chargeur.
- [311] Le connaissement matérialise le contrat de transport et vaut preuve de la remise des marchandises au transporteur. Il a aussi une autre fonction en ce qu'il représente les marchandises : sa possession vaut possession de la marchandise. Il est négociable, c'est-à-dire qu'il peut être utilisé pour mettre la marchandise en gage ou pour la céder. Le connaissement peut-être :
- Nominatif : il porte le nom du destinataire et peut-être transmis comme une créance.
 - A ordre : établi au nom du chargeur et susceptible d'être endossé.
 - Au porteur : sans nom et transmissible par simple tradition.
- [312] Généralement, le connaissement est à ordre et il est endossé. La remise de la marchandise à l'arrivée n'est possible que contre l'original au nom du chargeur ou endossé par le chargeur au nom de celui qui est devenu propriétaire des marchandises. Par ailleurs, parfois les parties établissent un connaissement direct, qui est un document unique couvrant la totalité du transport sur plusieurs navires (*through bill of lading*) ou même par voie maritime et terrestre ou aérienne (*through/transport bill of lading*).

¹²⁹ https://uncitral.un.org/fr/texts/transportgoods/conventions/rotterdam_rules/status.

¹³⁰ C. transp., art. L. 5422-3.

Dans le second cas, le transporteur maritime agit comme transporteur pour le segment maritime mais comme représentant du chargeur pour les autres segments¹³¹.

[313] Aujourd'hui, le connaissement peut être établi sous forme électronique, en utilisant des modalités garantissant l'intégrité et la sincérité du fichier électronique. La forme électronique facilite la circulation du connaissement. Toutefois, en pratique, le connaissement électronique semble assez peu utilisé.

[314] Le transporteur est présumé responsable en cas de perte ou d'avarie de la marchandise mais il bénéficie de nombreuses causes d'exonérations. Le chargeur lui-même peut être responsable en cas de dommages subis par le navire du fait des marchandises :

1. Ni le transporteur ni le navire ne seront responsables des pertes ou dommages provenant ou résultant de l'état d'innavigabilité, à moins qu'il ne soit imputable à un manque de diligence raisonnable de la part du transporteur à mettre le navire en état de navigabilité ou à assurer au navire un armement, équipement ou approvisionnement convenables ou à approprier et mettre en bon état les cales, chambres froides et frigorifiques et toutes autres parties du navire où des marchandises sont chargées, de façon qu'elles soient aptes à la réception au transport et à la préservation des marchandises, le tout conformément aux prescriptions de l'article 3 (paragraphe 1er). Toutes les fois qu'une perte ou un dommage aura résulté de l'innavigabilité, le fardeau de la preuve, en ce qui concerne l'exercice de la diligence raisonnable, tombera sur le transporteur ou sur toute autre personne se prévalant de l'exonération prévue au présent article.

2. Ni le transporteur ni le navire ne seront responsables pour perte ou dommage résultant ou provenant :

a) Des actes, négligence ou défaut du capitaine, marin, pilote, ou des préposés du transporteur dans la navigation ou dans l'administration du navire ;

b) D'un incendie, à moins qu'il ne soit causé par le fait ou la faute du transporteur ;

c) Des périls, dangers ou accidents de la mer ou d'autres eaux navigables ;

d) D'un « acte de Dieu » ;

e) De faits de guerre ;

f) Du fait d'ennemis publics ;

g) D'un arrêt ou contrainte de prince, autorités ou peuple, ou d'une autorité judiciaire ;

h) D'une restriction de quarantaine ;

i) D'un acte ou d'une omission du chargeur ou propriétaire des marchandises, de son agent ou représentant ;

j) De grèves ou lock-out ou d'arrêts ou entraves apportées au travail, pour quelque cause que ce soit, partiellement ou complètement ;

k) D'émeutes ou de troubles civils ;

l) D'un sauvetage ou tentative de sauvetage de vies ou de biens en mer ;

m) De la freinte en volume ou en poids ou de toute autre perte ou dommage résultant de vice caché, nature spéciale ou vice propre de la marchandise ;

n) D'une insuffisance d'emballage ;

o) D'une insuffisance ou imperfection de marques ;

p) De vices cachés échappant à une diligence raisonnable ;

¹³¹ P. Delebecque, *Droit maritime*, 14^e éd., Dalloz, 2020, n° 737.

q) De toute autre cause ne provenant pas du fait ou de la faute du transporteur ou du fait ou de la faute des agents ou préposés du transporteur, mais le fardeau de la preuve incombera à la personne réclamant le bénéfice de cette exception et il lui appartiendra de montrer que ni la faute personnelle, ni le fait du transporteur, ni la faute ou le fait des agents ou préposés du transporteur n'ont contribué à la perte ou au dommage.

3. Le chargeur ne sera pas responsable des pertes ou dommages subis par le transporteur ou le navire et qui proviendraient ou résulteraient de toute cause quelconque sans qu'il y ait acte, faute ou négligence du chargeur, de ses agents ou préposés. 4. Aucun déroutement pour sauver ou tenter de sauver des vies ou des biens en mer, ni aucun déroutement raisonnable, ne sera considéré comme une infraction à la présente Convention ou au contrat de transport, et le transporteur ne sera responsable d'aucune perte ou dommage en résultant¹³².

[315] La convention de Bruxelles prévoit une limitation de responsabilité : 666,7 DTS par colis ou unité ou 2 DTS par KG. Les parties peuvent augmenter la responsabilité du transporteur par une déclaration de valeur¹³³. La convention date d'avant la conteneurisation, de telle sorte qu'elle ne dit pas explicitement si la marchandise transportée en vrac dans un conteneur doit être considérée comme transportée dans un unique colis. La Cour de cassation a répondu par la négative. Le conteneur ne doit pas être assimilé à un colis et si de la marchandise est transportée en vrac dans un conteneur, sans être emballée dans des colis, le plafond de responsabilité doit être calculé en fonction du poids de la marchandise¹³⁴.

[316] La faute de navigation du capitaine comme cause d'exonération du transporteur a disparu dans les règles de Hambourg. Dans les règles de Rotterdam, le retard est inclus parmi les préjudices indemnisables. De plus, la faute nautique disparaît parmi les cas exceptés et le chargeur a un droit de contrôle lui permettant de modifier les instructions relatives au transport.

4.2 AUTRES CONTRATS AYANT POUR FINALITE LE TRANSPORT MARITIME DE MARCHANDISES

[317] Bien souvent, le chargeur qui souhaite faire transporter des marchandises par mer a recours, non au contrat de transport (*common carriage*), mais au contrat d'affrètement (*charter*), par lequel le fréteur met un navire à la disposition de l'affréteur. Il faut bien distinguer trois catégories de contrats d'affrètement. L'affrètement coque-nue, l'affrètement à temps et l'affrètement au voyage. Dans tous les cas, l'instrument dans lequel les termes du contrat ont été transcrits est appelé charte-partie (*charter party*).

[318] L'affrètement coque-nue porte sur un navire non armé et non équipé. Il est utilisé par des armateurs qui veulent utiliser un navire sans l'acquérir, notamment comme instrument de financement : c'est alors une forme de crédit-bail. L'affréteur doit se charger de la gestion nautique et commerciale du navire. Ce contrat ne sert pas comme substitut au contrat de transport.

[319] L'affrètement à temps (*time charter*) consiste pour le fréteur à mettre à la disposition de l'affréteur un navire armé, pour un certain temps¹³⁵. Le fréteur conserve la gestion nautique du navire et l'affréteur se charge de la gestion commerciale. Généralement, ce contrat ne sert pas de substitut au contrat de transport. L'affréteur est lui-même

¹³² Règles de La Haye / Visby, art. 4.

¹³³ Règles de La Haye / Visby, art. 4(5).

¹³⁴ Cass. com., 23 mars 2022, n° 19-19.103, n° 2022-004775, *JCP G* 2022, dotr. 1004, n° 2, obs. G. Bourdeaux.

¹³⁵ C. transp., art. L. 5423-10.

transporteur et utilisera les navires affrétés pour transporter les marchandises de chargeurs tiers. Cependant, certaines grandes entreprises ayant souvent à transporter des marchandises ont parfois recours à ce type d'affrètement.

[320] L'affrètement au voyage (*private carriage*) consiste pour le fréteur, à mettre à la disposition du fréteur tout ou partie d'un navire en vue d'accomplir un ou plusieurs voyages¹³⁶. Le fréteur en conserve la gestion nautique et commerciale. L'affréteur peut sous-fréter le navire ou conclure des contrats de transport avec des tiers¹³⁷ pour utiliser la capacité de transport qu'il a réservée. Lorsque l'affréteur a un volume très important à transporter pendant un certain temps, il conclue un contrat de tonnage (*tonnage contract* ou *affreightment contract*), par lequel il s'assure de la disponibilité de plusieurs navires pour plusieurs voyages.

[321] Le contrat d'affrètement au voyage est très souvent utilisé comme équivalent du contrat de transport proprement dit. Lorsque l'expéditeur de la marchandise est l'affréteur du navire, le capitaine signe un connaissement de charte-partie : le connaissement renvoie à la charte-partie, qu'il incorpore par référence. Les règles énoncées ci-dessus qui constituent le régime du contrat de transport, s'appliquent :

également au connaissement ou document similaire émis en vertu d'une charte-partie à partir du moment où ce titre régit les rapports du transporteur et du porteur du connaissement¹³⁸

5 TRANSPORT AERIEN

[322] La première convention ayant adopté des règles applicables au transport international de marchandises par voie aérienne est la Convention de Varsovie du 12 octobre 1929, modifiée par le protocole de La Haye du 28 septembre 1955. Depuis, de très nombreux États, dont la France et les autres États membres de l'Union européenne, ont ratifié la Convention de Montréal du 28 mai 1999.

[323] Chacune de ces conventions s'applique lorsque les lieux de prise en charge et de livraison de la marchandise sont situés dans deux États différents l'ayant ratifiée. Elle s'applique aussi lorsque ces lieux sont dans le même État mais que le transport comporte une étape dans un État étranger. La convention de Varsovie continue de s'appliquer aux transports au départ ou à destination de la France si l'autre pays intéressé n'est pas partie à la Convention de Montréal.

[324] Le titre de transport est la lettre de transport aérien (*airway bill*). Il est établi en trois exemplaires originaux :

1. La lettre de transport aérien est établie par l'expéditeur en trois exemplaires originaux.

2. Le premier exemplaire porte la mention « pour le transporteur » ; il est signé par l'expéditeur. Le deuxième exemplaire porte la mention « pour le destinataire » ; il est signé par l'expéditeur et le transporteur. Le troisième exemplaire est signé par le transporteur et remis par lui à l'expéditeur après acceptation de la marchandise.

3. La signature du transporteur et celle de l'expéditeur peuvent être imprimées ou remplacées par un timbre.

¹³⁶ C. transp., art. L. 5423-13.

¹³⁷ C. transp., art. L. 5423-5.

¹³⁸ Règles de La Haye / Visby, art. 1(b). V. aussi C. transp., art. L. 5422-2, 2° et Règles de Rotterdam, art. 7.

4. Si, à la demande de l'expéditeur, le transporteur établit la lettre de transport aérien, ce dernier est considéré, jusqu'à preuve du contraire, comme agissant au nom de l'expéditeur¹³⁹.

[325] La lettre de transport aérien peut être établie comme titre négociable. La Convention de Varsovie l'autorise expressément¹⁴⁰ et la Convention de Montréal est silencieuse sur ce point, ce qui signifie qu'elle ne l'interdit pas. En pratique, les lettres de transport aérien négociables sont très rares. Cependant, les banques acceptent les lettres de transport aérien dans le cadre du crédit documentaire, comme elles acceptent les connaissements¹⁴¹.

[326] La responsabilité du transporteur en cas de perte ou d'avarie est de plein droit. La Convention de Montréal prévoit néanmoins des cas d'exonération, dont le transporteur doit apporter la preuve :

Article 18 Dommage causé à la marchandise

1. Le transporteur est responsable du dommage survenu en cas de destruction, perte ou avarie de la marchandise par cela seul que le fait qui a causé le dommage s'est produit pendant le transport aérien.

2. Toutefois, le transporteur n'est pas responsable s'il établit, et dans la mesure où il établit, que la destruction, la perte ou l'avarie de la marchandise résulte de l'un ou de plusieurs des faits suivants :

- a) la nature ou le vice propre de la marchandise ;
- b) l'emballage défectueux de la marchandise par une personne autre que le transporteur ou ses préposés ou mandataires ;
- c) un fait de guerre ou un conflit armé ;
- d) un acte de l'autorité publique accompli en relation avec l'entrée, la sortie ou le transit de la marchandise.

3. Le transport aérien, au sens du paragraphe 1 du présent article, comprend la période pendant laquelle la marchandise se trouve sous la garde du transporteur.

4. La période du transport aérien ne couvre aucun transport terrestre, maritime ou par voie d'eau intérieure effectué en dehors d'un aéroport. Toutefois, lorsqu'un tel transport est effectué dans l'exécution du contrat de transport aérien en vue du chargement, de la livraison ou du transbordement, tout dommage est présumé, sauf preuve du contraire, résulter d'un fait survenu pendant le transport aérien. Si, sans le consentement de l'expéditeur, le transporteur remplace en totalité ou en partie le transport convenu dans l'entente conclue entre les parties comme étant le transport par voie aérienne, par un autre mode de transport, ce transport par un autre mode sera considéré comme faisant partie de la période du transport aérien.

[327] La lecture de l'article 19 révèle que le régime de responsabilité du transporteur en cas de retard est différent. L'obligation de livrer la marchandise à la date prévue est de moyen et, en cas de retard, la responsabilité du transporteur est présumée. Il lui est toutefois loisible de démontrer qu'il n'a pas commis de faute :

Article 19 Retard

Le transporteur est responsable du dommage résultant d'un retard dans le transport aérien de passagers, de bagages ou de marchandises. Cependant, le transporteur n'est pas responsable du dommage causé par un retard s'il prouve

¹³⁹ Convention de Montréal, art. 7.

¹⁴⁰ Convention de Varsovie, art. 15(3).

¹⁴¹ Règles et usances de l'ICC relatives au crédit documentaire (RUU600), art. 23.

que lui, ses préposés et mandataires ont pris toutes les mesures qui pouvaient raisonnablement s'imposer pour éviter le dommage, ou qu'il leur était impossible de les prendre.

[328] Dans tous les cas, l'article 20 prévoit un autre cas d'exonération :

Dans le cas où il fait la preuve que la négligence ou un autre acte ou omission préjudiciable de la personne qui demande réparation ou de la personne dont elle tient ses droits a causé le dommage ou y a contribué, le transporteur est exonéré en tout ou en partie de sa responsabilité à l'égard de cette personne, dans la mesure où cette négligence ou cet autre acte ou omission préjudiciable a causé le dommage ou y a contribué. Lorsqu'une demande en réparation est introduite par une personne autre que le passager, en raison de la mort ou d'une lésion subie par ce dernier, le transporteur est également exonéré en tout ou en partie de sa responsabilité dans la mesure où il prouve que la négligence ou un autre acte ou omission préjudiciable de ce passager a causé le dommage ou y a contribué. Le présent article s'applique à toutes les dispositions de la convention en matière de responsabilité, y compris le paragraphe 1 de l'article 21.

[329] L'article 20 de la Convention de Varsovie prévoyait une cause d'exonération supplémentaire au bénéfice du transporteur, qui montrait que sa responsabilité relevait plutôt d'une présomption de faute :

1. Le transporteur n'est pas responsable s'il prouve que lui et ses préposés ont pris toutes les mesures nécessaires pour éviter le dommage ou qu'il leur était impossible de les prendre.

2. Dans les transports de marchandises et de bagages, le transporteur n'est pas responsable, s'il prouve que le dommage provient d'une faute de pilotage, de conduite de l'aéronef ou de navigation, et que, à tous autres égards, lui et ses préposés ont pris toutes les mesures nécessaires pour éviter le dommage.

[330] L'article 22 prévoit des plafonds de responsabilité :

- Transport de marchandises : 17 DTS par kilogramme, sauf déclaration spéciale d'intérêt faite par l'expéditeur au moment de la remise de la marchandise.
- Transport des bagages d'un passager : 1 000 DTS par passager, sauf déclaration spéciale d'intérêt.

Lundi 18 mars 2024

1 INTRODUCTION

[331] Au cours de cette séance, nous envisagerons quelques-uns des différents contrats qu'on rencontre dans le commerce international. Vous trouverez ci-dessous de succinctes explications à leur sujet et vous devez également lire :

- DOC02 : Principes UNIDROIT.
- DOC03 : contrat de ville hôte Paris 2024
- DOC05 : modèles de contrats, lisez en particulier les modèles *d'International Joint Venture*, pp. 19 à 34, et *International Distribution of Goods*, pp. 85 à 118.

2 LES CONTRATS PORTANT SUR DES BIENS INCORPORELS

[332] C'est un lieu commun mais ça n'en est pas moins vrai : les biens incorporels constituent une part décisive de l'actif des entreprises. Au plan international comme au plan interne, ces droits font souvent l'objet de contrats :

- Brevets.
- Dessins et modèles.
- Circuits semi-conducteurs.
- Marque.
- Savoir-faire et secret de commerce : protégés non par un enregistrement mais par le maintien du secret.
- Bases de données.
- Quotas d'émission de gaz à effet de serre.

[333] Ces biens incorporels peuvent faire l'objet de divers contrats :

- Licence : le donneur de licence autorise le bénéficiaire de la licence à exploiter son droit de propriété intellectuelle contre le versement d'une redevance.
- Cession.
- Contrat de non-opposition : engagement de ne pas contester les droits dont le bénéficiaire est titulaire.
- Transfert de technologies : cession ou licence et assistance technique, conseil, fourniture de matériel, collaboration commerciale et technique.
- Contrat de recherche et développement : mener ou faire mener des recherches en vue de parvenir à une innovation.
- Contrat de franchise : comporte souvent une licence de marque.
- Contrat de communication de savoir-faire (*know how*) : concerne des savoirs, savoir-faire, techniques, connaissances qui ne sont pas couverts par un droit de propriété intellectuelle mais qui ont tout de même de la valeur.

3 LES CONTRATS D'INTERMEDIAIRE ET DE DISTRIBUTION

[334] Les contrats d'intermédiaires et de distribution sont utilisés pour pénétrer un marché étranger. Ils peuvent être plus ou moins complexes :

- Contrat de sponsor : le sponsor intervient pour aider une entreprise à s'installer localement. Ce contrat est parfois suspecté de dissimuler des pactes de corruption.
- Contrat de consultant : le consultant conseille et accompagne une entreprise étrangère qui veut répondre à un appel d'offre ou prospecter un marché.
- Courtage : le courtier met en contact les deux parties à un contrat. Il ne les représente pas.
- Agence commerciale : l'agent représente son mandant.
- Commission : représentation imparfaite car occulte. Le commissionnaire agit en son nom propre mais pour le compte d'une autre personne.
- Contrat de distribution.

4 LES CONTRATS DE CONSTRUCTION

[335] Au terme d'un contrat de construction, une partie, l'entrepreneur, s'engage à construire une infrastructure, un navire, un aéronef ou d'autres engins, en vue de le livrer à l'autre partie, le maître de l'ouvrage. Ces contrats sont généralement très complexes, avec de nombreuses dispositions, annexes et cahiers des charges. Bien souvent, lorsque le maître de l'ouvrage est une administration d'État, le contrat de construction s'accompagne d'un contrat de concession de service public ou d'un partenariat public privé. Le constructeur est alors concessionnaire de l'infrastructure pour un certain nombre d'années et l'exploite à son profit. Dans ce cas de figure, il en finance généralement la construction, au moins en partie.

[336] L'enjeu financier de ces contrats est très élevé et ils donnent souvent lieu à des conflits, en raison des retards et perturbations des chantiers (*delays and disruptions*) et des malfaçons ou insatisfactions du client, qui sont assez fréquentes. L'activité internationale de construction d'infrastructures offre des débouchés nombreux aux juristes, pour la négociation et la rédaction des contrats, leur suivi (*contract manager*) et la résolution des différends.

LEÇON 8 - FACILITATION ET SECURISATION DU COMMERCE INTERNATIONAL

Lundi 8 avril 2024

1 INTRODUCTION

- [337] La bonne fin des opérations du commerce international, notamment la vente de marchandises et de services, suppose, d'abord, de procéder à des paiements, au moyen d'instruments spécifiques (2). Bien souvent, ces opérations doivent être financées (3).
- [338] Par ailleurs, le vendeur ou le prestataire de service craint de ne pas être payé ou d'être payé en retard. L'acquéreur ou le client, pour sa part, craint de ne pas être livré ou d'être livré en retard et n'est pas enclin à payer d'avance. Ces risques existent aussi dans le commerce interne mais, en matière internationale, ils sont accrus parce que les parties se connaissent souvent moins bien, que l'obtention d'une décision de justice et son exécution, par hypothèse dans un autre pays que celui du créancier, sont plus difficiles et que des droits étrangers, mal connus, peuvent s'appliquer et permettre à l'autre partie d'échapper à ses obligations. L'incidence d'une procédure collective ouverte au bénéfice du débiteur dans un autre pays constitue aussi un risque. Enfin, les incertitudes politiques, économiques, monétaires accroissent les risques. Il existe donc un certain nombre de garanties (4) et d'assurances (5) permettant de sécuriser les transactions internationales, qui sont parfois aussi, en même temps, des instruments de paiement.
- [339] Du reste, comme on le verra, ces différentes catégories se recoupent souvent. Certains mécanismes servent à la fois au paiement et au financement, ou au paiement et à la garantie du paiement.

2 PAIEMENT

- [340] Un paiement est international lorsque :
- Le *solvens* et l'*accipiens* sont établis dans des États différents.
 - Le *solvens* et l'*accipiens* sont établis dans le même pays mais le paiement a lieu dans une devise étrangère ou depuis et vers des comptes bancaires ouverts dans des pays différents.
- [341] Le paiement international a lieu au moyen des mêmes instruments que le paiement interne mais son caractère international soulève quelques questions spécifiques, notamment relatives à la devise utilisée (2.1). Il faut aussi évoquer le virement international (2.2), la monnaie électronique et la cryptomonnaie (2.3) et les effets de commerce (2.4).

2.1 DEVISE

- [342] Il faut lire l'article 1343-3 du code civil :

Le paiement, en France, d'une obligation de somme d'argent s'effectue en euros.

Toutefois, le paiement peut avoir lieu en une autre monnaie si l'obligation ainsi libellée procède d'une opération à caractère international ou d'un jugement étranger. Les parties peuvent convenir que le paiement aura lieu en devise s'il intervient entre professionnels, lorsque l'usage d'une monnaie étrangère est communément admis pour l'opération concernée.

- [343] Parfois, la monnaie dans laquelle les prix sont exprimés dans le contrat (monnaie de compte) est différente de celle dans laquelle le paiement doit être effectué (monnaie de paiement). Une telle distinction revient à indexer le prix sur la monnaie de compte, puisque le montant payé dans la devise dépend du taux de change avec la monnaie de paiement.
- [344] Dans le commerce international, la monnaie la plus utilisée est le dollar des États-Unis, qui est une véritable monnaie internationale de référence, depuis les accords de Bretton Woods, qui lui ont reconnu ce statut, tous les États parties s'étant engagés à maintenir une certaine stabilité du taux de change de leur monnaie avec le dollar US. Les achats d'énergies, notamment de pétrole, se font en dollars. Cela signifie aussi que beaucoup d'investisseurs et d'entreprises placent leurs capitaux et leur trésorerie en dollars. Cela étant, il est possible d'utiliser d'autres monnaies, du moins si leur pays émetteur ne pratique pas le contrôle des changes. L'euro, la livre sterling et le franc suisse sont également utilisés assez fréquemment. Les banques de chaque pays ouvrent des comptes en devises étrangères aux entreprises qui en ont besoin. Cela évite d'avoir à payer des frais de change pour chaque opération. Ainsi, beaucoup d'entreprises françaises ont des comptes en dollars auprès de leurs banques françaises.
- [345] Cependant, afin de lutter contre l'hégémonie des États-Unis, un certain nombre de pays émergents s'efforcent de promouvoir d'autres monnaies dans les échanges internationaux. Ainsi, l'Arabie saoudite accepte désormais de vendre du pétrole en yuans, sans pour autant avoir abandonné le dollar¹⁴². Les pays adhérents au mouvement des BRICS ont annoncé la création d'une nouvelle monnaie internationale afin de dédollariser les échanges¹⁴³. L'objectif n'est pas seulement symbolique. La domination du dollar dans les échanges internationaux contribue à la puissance financière des États-Unis et au financement de l'économie américaine, puisqu'elle incite les investisseurs à acheter des bon du trésor US et des actions et obligations émises par des sociétés américaines, voire des actifs immobiliers aux États-Unis.
- [346] De plus, l'utilisation du dollar par une entreprise étrangère la fait tomber sous le coup des lois américaines relatives aux sanctions unilatérales prononcées par les États-Unis, à la lutte anti-corruption et à la lutte anti-blanchiment. L'utilisation du dollar impose aussi d'utiliser un certain nombre d'instruments financiers américains qui permettent une surveillance des transactions par les services américains de sécurité.
- [347] Cela étant, remplacer le dollar comme monnaie internationale n'est pas une mince affaire. Les accords de Bretton Woods sont toujours en vigueur et les habitudes des entreprises et des investisseurs sont bien établies. Surtout, toute monnaie de substitution devra inspirer la même confiance que le dollar, en termes de stabilité et de bonne gestion par la banque centrale émettrice. On assiste à une légère dédollarisation de l'économie mondiale mais il n'est pas certain que ce mouvement prenne de l'ampleur, du moins pas à un rythme rapide.

2.2 VIREMENT INTERNATIONAL

- [348] Les paiements internationaux ont souvent lieu par virement international, d'un compte ouvert dans un pays vers un compte ouvert dans un autre pays. Les rapports entre le

¹⁴² R. Jules, « Achats de pétrole : la Chine et l'Arabie Saoudite veulent remplacer le roi dollar par le yuan », *La Tribune*, 16 mars 2022 : <http://tinyurl.com/4xhs7tpk>.

¹⁴³ J. Sullivan, « A BRICS Currency Could Shake the Dollar's Dominance », *Foreign Policy*, 24 avril 2023 : <http://tinyurl.com/474df9hw>.

donneur d'ordre et sa banque, entre les deux banques et entre le bénéficiaire et sa banque relèvent de lois nationales différentes. A l'intérieur de la zone euro, l'Union européenne a imposé des règles visant à simplifier les règles et à diminuer les frais bancaires. Au niveau mondial, les banques elles-mêmes ont élaborés des règles, des méthodes et des instruments destinés à faciliter les paiements internationaux, en particulier un système de messagerie électronique spécialisé et très performant, appelé SWIFT, du nom de la société belge qui en assure le fonctionnement : Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication. Le système est opéré à partir de trois serveurs, situés aux États-Unis, au Pays-Bas et en Suisse. Le système assure l'authenticité et la sécurité des communications, avec conservation de copies aux fins d'archivage. Les banques enregistrent ainsi tous ces virements et les agrègent, afin de procéder à une compensation quotidienne, plutôt que de faire une opération par ordre de virement.

2.3 MONNAIE ELECTRONIQUE ET CRYPTOMONNAIE

[349] Pour les paiements internationaux, l'utilisation de la monnaie électronique est très utile. Celle-ci a fait l'objet d'une première directive 2000/46 du 18 septembre 2000, modifiée par la directive 2009/110 du 16 septembre 2009. La monnaie électronique est émise par un organisme émetteur, au profit de son client, en contrepartie de fonds qui lui sont remis en devise ordinaire. L'organisme émetteur crédite un certain nombre d'unités de valeur sur le compte de son client, en fonction du montant de devises déposé. Le client peut ensuite utiliser cette monnaie pour payer des biens et des services. L'article L. 315-1 du Code monétaire et financier définit la monnaie électronique :

I. – La monnaie électronique est une valeur monétaire qui est stockée sous une forme électronique, y compris magnétique, représentant une créance sur l'émetteur, qui est émise contre la remise de fonds aux fins d'opérations de paiement définies à l'article L. 133-3 et qui est acceptée par une personne physique ou morale autre que l'émetteur de monnaie électronique.

II. – Les unités de monnaie électronique sont dites unités de valeur, chacune constituant une créance incorporée dans un titre.

[350] Il ne faut pas confondre monnaie électronique et cryptomonnaie. Certes, elles sont toutes deux virtuelles mais la monnaie électronique, au sens du droit français et européen, est émise par un organisme spécialisé et contrôlé, qui assure la confidentialité des transactions, en unités de valeur dépendant d'un taux de change. La cryptomonnaie est une catégorie différente de monnaie numérique. La cryptomonnaie est émise de manière décentralisée et peu ou pas régulée, à partir de registres électroniques publics, les blockchains¹⁴⁴.

[351] Évidemment, les cryptomonnaies sont parfois utilisées pour les paiements internationaux. Elles présentent cependant un inconvénient, du fait de la fluctuation importante et rapide de leur valeur. Cette caractéristique les rend difficilement utilisables comme monnaies de compte. En revanche, elles peuvent servir à payer la contrevaletur d'un prix libellé dans une monnaie traditionnelle. Par contraste, la monnaie électronique, étant indexée sur l'euro, est aussi stable que cette dernière et peut plus facilement être utilisée comme monnaie de compte ou de paiement.

¹⁴⁴ V. règlement (UE) 2023/1114 du Parlement européen et du Conseil du 31 mai 2023 sur les marchés de crypto-actifs, et modifiant les règlements (UE) no 1093/2010 et (UE) no 1095/2010 et les directives 2013/36/UE et (UE) 2019/1937.

[352] Cela étant, il existe des cryptomonnaies, dites *stablecoins* ou jetons de monnaie électronique ayant constamment la même valeur qu'une monnaie traditionnelle, telle que l'USDC (United States Dollar Coin), fonctionnant sur la base de la blockchain Ethereum. Elles sont alors stables, tant que leur émetteur est capable de garantir la parité, au moyen des devises, obligations et autres actifs qu'il détient, étant rappelé que les émetteurs de cryptomonnaies sont nettement moins régulés et contrôlés que les établissements de crédit émettant de la monnaie électronique. Cela étant, la plupart des *stablecoins* sont émises par des institutions financières titulaire d'une licence octroyée par un régulateur national et elles bénéficient d'une assez grande confiance des utilisateurs¹⁴⁵.

2.4 EFFETS DE COMMERCE

[353] Enfin, les effets de commerce sont souvent utilisés pour les paiements internationaux. Contrairement au chèque¹⁴⁶, dont la provision doit être constituée dès son émission, le billet à ordre¹⁴⁷ et la lettre de change¹⁴⁸ servent à la fois d'instruments de crédit et de paiement. Le régime de ces effets de commerce a été largement unifié par les Conventions de Genève des 7 juin 1930 (billet à ordre et lettre de change) et 11 mars 1931 (chèque). Elles posent des règles matérielles et des règles de conflit de lois. Toutefois, par le jeu des réserves, les États ont conservé de nombreuses particularités de leurs droits cambiaires.

3 FINANCEMENT

[354] Les opérations du commerce international, notamment les achats de matériels coûteux et la construction d'infrastructures, sont bien souvent financées par des prêts bancaires. Pour les opérations très importantes, des pools bancaires sont généralement constitués. Il existe également des institutions spécialisées dans le financement de grands projets internationaux, comme la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD)¹⁴⁹ et la Société financière internationale (SFI)¹⁵⁰, qui est une filiale de la Banque mondiale. La Banque mondiale elle-même soutient plutôt des projets portés par les États eux-mêmes.

[355] Les contrats de financement sont soumis au droit commun des conflits de lois et de juridictions. Ils peuvent aussi, évidemment, comporter une clause compromissoire. Cela étant précisé, il faut dire quelques mots du crédit fournisseur (3.1), du crédit acheteur (3.2), de l'eurocrédit (3.3), de l'affacturage international (4.3) et du crédit-bail international (3.5).

3.1 CREDIT FOURNISSEUR

[356] Le crédit fournisseur est, comme son nom l'indique, consenti par le fournisseur lui-même, qui, généralement, s'assure contre le risque encouru. Il peut s'agir d'un crédit de préfinancement, par lequel le fournisseur, au lieu de demander un acompte, avance la trésorerie nécessaire pour préparer l'opération – réalisation d'une étude préalable,

¹⁴⁵ *Journal du Net*, 27 juillet 2021 : <http://tinyurl.com/4escsa5p>.

¹⁴⁶ Effet de commerce par lequel le tireur donne l'ordre au tiré de payer une certaine somme, appelée provision, au bénéficiaire.

¹⁴⁷ Effet de commerce par lequel le souscripteur s'engage à payer une certaine somme d'argent au bénéficiaire (voir le cours sur les instruments de paiement).

¹⁴⁸ Effet de commerce par lequel le tireur donne l'ordre au tiré de payer au bénéficiaire une certaine somme à une certaine date (voir le cours sur les instruments de paiement).

¹⁴⁹ <https://www.ebrd.com/fr/home>.

¹⁵⁰ https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/multilingual_ext_content/ifc_external_corporate_site/about-ifc-fr.

commande auprès de sous-traitants, etc. Il peut aussi s'agir d'un crédit obtenu en mobilisant la créance du fournisseur sur son client étranger. Le fournisseur utilise l'affacturage ou l'escompte. Il peut également émettre une lettre de change et demander à son client étranger de l'accepter ou demander à ce dernier d'émettre un billet à ordre.

- [357] L'exportateur peut procéder à une cession Dailly de sa créance, qui est alors opposable à l'importateur. Les banques proposent aussi ce qu'elles appellent le forfaitage ou *forfaiting*. L'exportateur cède définitivement sa créance contre l'importateur à la banque, qui paie immédiatement l'exportateur et qui se charge de se faire payer par l'importateur étranger, sans recours contre l'exportateur. Généralement, la banque demande une garantie bancaire du pays de l'importateur.
- [358] Les États peuvent aussi accorder des crédits à l'exportation. En France, les entreprises peuvent solliciter un prêt du Trésor public pour financer une opération d'exportation¹⁵¹. Elles peuvent aussi demander une subvention ou un prêt du fonds d'études et d'aide au secteur privé (FASEP), auprès de Bpifrance Assurance Export, pour financer une étude de faisabilité ou la démonstration de technologies vertes et innovantes¹⁵². Cela dit, ces prêts sont encadrés par l'Arrangement sur les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public, négocié sous l'égide de l'OCDE, qui énonce les conditions les plus favorables que peuvent offrir les États parties. Les lignes directrices sont révisées régulièrement et l'Union européenne les négocie au nom des États membres¹⁵³.
- [359] Le règlement (UE) n° 1233/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2011 relatif à l'application de certaines lignes directrices pour les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public et abrogeant les décisions du Conseil 2001/76/CE et 2001/77/CE transpose les règles de l'OCDE en droit de l'Union. Les lignes directrices de l'OCDE ayant été assouplies par un accord du 14 juillet 2023, un règlement n° 2023/2738 du 28 septembre 2023 a mis l'annexe du règlement de 2011 à jour. Les règles ont été assouplies. La mise de fonds minimale imposée au souscripteur a été diminuée de 15 % à 5 % et la durée maximum des crédits a été portée à quinze ans. Des règles spécifiques ont été adoptées à propos des opérations s'inscrivant dans les domaines du changement climatique, des crédits exports de centrales nucléaires, des aéronefs civils et des navires

3.2 CREDIT ACHETEUR

- [360] Le crédit acheteur est, comme son nom l'indique, souscrit par l'acheteur, qui emprunte auprès d'un établissement de crédit les fonds nécessaires pour l'acquisition. Généralement, la banque paie directement l'exportateur. Le crédit est ouvert après conclusion du contrat de base. Pour les opérations très importantes, c'est un tour de table bancaire qui intervient. Il est créé à l'initiative d'un chef de file. Parfois, le tour de table est ostensible, c'est-à-dire que l'importateur sait que plusieurs banques participent au financement. On dit alors que le crédit est consorsial. Lorsque l'importateur n'est pas informé, on dit que le crédit est en participation. L'importateur s'engage à rembourser le banquier au terme convenu. Cet engagement est autonome

¹⁵¹ <https://www.tresor.economie.gouv.fr/services-aux-entreprises/regles-encadrant-l-octroi-d-un-soutien-public-a-l-export>.

¹⁵² <https://www.tresor.economie.gouv.fr/services-aux-entreprises/le-fasep>.

¹⁵³ TFUE, art. 290.

par rapport au contrat de base, en ce sens que l'importateur ne peut invoquer la mauvaise exécution de ce contrat pour refuser le remboursement.

[361] Une technique appelée confirmation de commande est utilisée en matière d'acquisition de biens d'équipements. Après conclusion du contrat de vente, l'importateur s'adresse à une société spécialisée, qui évalue les risques. Si elle accepte de financer l'opération, elle demande une confirmation de commande à l'exportateur et s'engage auprès de lui à lui payer le prix convenu. L'importateur s'engage à la rembourser ensuite. Elle est évidemment rémunérée pour cela et souscrit une assurance. Les sociétés de confirmation de commande proposent aussi des conseils et un accompagnement aux importateurs.

3.3 EUROCREDIT

[362] L'eurocrédit est tout simplement un prêt accordé par une banque pour financer une opération internationale, dans une devise autre que celle en vigueur sur le territoire où le compte est tenu. Dans la zone euro, les eurocrédits sont souvent accordés en dollars des États-Unis, monnaie très utilisée pour les paiements internationaux, pour permettre aux entreprises européennes de payer des fournisseurs hors zone euro. Les eurocrédits sont financés par les réserves des banques en devises étrangères. Ils sont assortis de taux d'intérêts variables, qui évoluent en fonction des rendements des différentes devises internationales. Les eurocrédits sont nés dans les années 1950, au profit des entreprises des pays de l'Est, qui avaient ouvert des comptes en dollars auprès des banques d'Europe de l'Ouest.

3.4 AFFACTURAGE INTERNATIONAL

[363] L'affacturage est un ensemble de services fournis par un établissement de crédit, l'affacteur ou factor, à son adhérent, qui est un exportateur :

- Avance versée sur chaque facture émise par l'adhérent et libellée au nom d'un client (crédit par caisse) : créances cédées selon les formes du code civil ou par bordereau Dailly.
- Garantie assurant à l'adhérent le paiement de ses factures (crédit par signature).
- Gestion des créances de l'adhérent sur ses clients étrangers : encaissement et recouvrement.

[364] L'affacturage est très utile pour les exportateurs, puisqu'il leur permet d'obtenir des avances sur leurs factures mais aussi d'externaliser le suivi des paiements. Le factor souscrit une assurance, souvent auprès de la Coface. L'affacturage international a fait l'objet de la Convention d'Ottawa du 28 mai 1988, ratifiée par neuf États, dont la France. La Convention s'applique si le contrat de base est international et si :

- Le fournisseur, l'acquéreur et le factor sont situés dans des États contractants.
- Ou le contrat de base et le contrat d'affacturage sont soumis à la loi d'un État contractant.

[365] Toutefois, les parties peuvent toujours exclure l'application de la Convention. Celle-ci comporte des dispositions sur les critères de cessibilité des créances et sur l'effet de leur cession.

[366] Constatant le peu de succès de la Convention d'Ottawa, la CNUDCI a élaboré la Convention du 12 décembre 2001 sur la cession de créances à des fins de financement,

qui a une portée dépassant l'affacturage et qui comporte des règles de conflit de lois et des règles matérielles, mais elle n'est pas encore entrée en vigueur.

3.5 CREDIT-BAIL INTERNATIONAL

- [367] Le crédit-bail (*leasing*) est largement utilisé pour les acquisitions internationales de biens d'équipements, de navires et d'aéronefs. L'entreprise ayant besoin d'un bien, plutôt que de l'acheter, ce qui suppose d'en décaisser immédiatement ou d'en emprunter le prix, le fait acheter par un établissement de crédit, appelé crédit-bailleur, auprès d'un fournisseur. Le crédit-bailleur loue ensuite le bien à l'utilisateur, appelé crédit-preneur, pour une durée déterminée. Au terme du contrat, le crédit-preneur a une option d'achat : il peut décider de devenir propriétaire du bien en payant une somme d'argent calculée en fonction de la valeur résiduelle prévisible du bien.
- [368] La disparité des législations nationales soulève des difficultés pratiques. Par exemple, le crédit-bailleur entend préserver ses droits et reprendre possession du bien loué en cas de faillite du crédit-preneur ou d'impayé de sa part. Or, les conditions à remplir pour pouvoir revendiquer le bien, notamment les formalités de publicité, varient d'un pays à l'autre. Ces conditions ne sont pas nécessairement régies par la loi gouvernant le contrat de crédit-bail lui-même.
- [369] La Convention d'Ottawa du 28 mai 1988 relative au crédit-bail international, préparée sous l'égide d'UNIDROIT, ratifiée par onze États dont la France, est destinée à unifier le régime de ce contrat. Elle est applicable à l'ensemble des relations entre fournisseur, crédit-bailleur et crédit-preneur, si l'opération concerne un bien meuble, si le crédit-bailleur et le crédit preneur sont dans des États différents et si :
- Le crédit-bailleur, le crédit-preneur et le fournisseur sont dans des États contractants.
 - Ou si le contrat de vente et le contrat de crédit-bail sont soumis à la loi d'un État contractant.
- [370] Les parties peuvent cependant exclure l'application de la Convention. Celle-ci prévoit que le droit réel sur la chose du crédit-bailleur est opposable *erga omnes* si les conditions de publicité de la *lex rei sitae* ont été remplies. Pour les bateaux, les navires et les aéronefs, les formalités de publicité sont régies par la loi du pays d'immatriculation. Pour les autres biens mobiles par nature, la loi applicable est celle du pays d'établissement du crédit-preneur. Cela dit, la Convention du Cap du 16 novembre 2001 relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles, ratifiée par octante-trois États dont la France, comporte des règles complémentaires renforçant, notamment, les droits du crédit-bailleur pour ce type de bien. Des protocoles additionnels concernant les navires, les aéronefs et les engins spatiaux ont été signés.
- [371] La Convention d'Ottawa impose le paiement des loyers et permet au crédit-bailleur, en cas de défaillance du crédit-preneur, de faire jouer la clause de paiement anticipée de tous les loyers ou de résilier le contrat. Le crédit-preneur dispose d'une action directe contre le fournisseur et il peut résilier le contrat de crédit-bail en cas d'inexécution par le fournisseur de ses obligations.

4 GARANTIES

- [372] Les opérations du commerce international peuvent faire l'objet de garanties diverses. La plus connues est probablement le crédit documentaire (4.1). Toutefois, on a également souvent recours à la garantie autonome (4.2) et au cautionnement (4.3).

Enfin, il faut évoquer les clauses contractuelles (4.4) qui offrent des garanties à l'une des parties.

4.1 CREDIT DOCUMENTAIRE

- [373] Le crédit documentaire permet, dans une vente internationale de marchandise, de garantir au vendeur qu'il sera payé et à l'acquéreur, que la marchandise sera livrée, au du moins expédiée. Cela dit, le crédit documentaire peut aussi être utilisé pour le paiement d'une prestation de service. A la demande du donneur d'ordre, qui est l'acquéreur ou le client, une banque s'engage auprès du vendeur ou du prestataire de service à verser à ce dernier le prix convenu dès réception de certains documents, convenus d'un commun accord, qui attestent de la bonne exécution de l'opération. Il peut s'agir, par exemple, d'un bon de réception signé par l'acquéreur ou le client ou d'un connaissement signé par le capitaine du navire, qui prouve que la marchandise a été remise au transporteur.
- [374] Généralement, c'est la banque de l'acquéreur ou du client qui ouvre le crédit. On l'appelle banque émettrice ou apéritrice. Souvent, cette première banque demande à une banque située dans le pays du vendeur ou du prestataire de service, appelée banque intermédiaire, désignée ou notificatrice (*nominated bank*) de s'engager auprès du vendeur ou du prestataire à le payer.
- [375] L'engagement du banquier est indépendant du contrat commercial de base. Il doit être exécuté dès réception des documents prévus, sans qu'on puisse opposer de défense relative à la situation ou à l'état des marchandises. Ce procédé sert d'instrument de paiement mais peut aussi servir d'instrument de crédit, lorsque l'acquéreur ou le client dispose d'un délai avant de rembourser la banque apéritrice. De plus, le créancier du prix, bénéficiaire d'un crédit documentaire, qui offre l'assurance d'être payé du moment que la banque qui s'est engagée est fiable, peut facilement mobiliser sa créance par cession, escompte ou affacturage.
- [376] Il existe plusieurs variantes de crédit documentaire. Il peut être irrévocable, si la banque apéritrice ne peut refuser d'exécuter son engagement, ou révocable si elle peut le révoquer pour certains motifs. Le crédit documentaire irrévocable peut être confirmé par la banque intermédiaire ou notificatrice. Dans ce cas, celle-ci s'engage personnellement à payer le bénéficiaire. A défaut de confirmation, la banque notificatrice ne s'engage pas mais vérifie simplement l'authenticité du crédit documentaire.
- [377] Parfois, le crédit documentaire peut permettre de payer le vendeur initial, en cas de revente (*crédit back to back*). Le second vendeur, bénéficiaire du crédit documentaire souscrit par l'importateur, en souscrit lui-même un second, pour garantir le paiement du vendeur initial qui doit lui fournir la marchandise. Ce dispositif est fréquemment utilisé en faveur des sous-traitants. Le second crédit est souvent souscrit auprès de la banque notificatrice du premier crédit. Le premier crédit est appelé « *crédit de base* » et le second, « *contre-crédit* » ou « *crédit adossé* ». Le crédit adossé est dit concordant s'il prévoit un paiement au vu des mêmes documents que le crédit de base, avec une simple substitution de facture.
- [378] Il arrive aussi que la banque notificatrice, à la demande du donneur d'ordre, avance le prix au vendeur, avant même qu'il ne produise les documents convenus, contre son engagement de les produire ultérieurement et, bien sûr, d'expédier les marchandises. Cette disposition est appelée « *red clause* » parce qu'elle était, traditionnellement, inscrite à l'encre rouge, afin d'attirer l'attention de tous les intéressés. Si cette avance

est consentie en contrepartie de garanties, notamment des warrants¹⁵⁴, on parle plutôt de « *green clause* ».

[379] Le crédit documentaire relève des règles de conflits de lois et de juridictions ordinaires mais, en pratique, il est toujours soumis aux règles et usances de la CCI en matière de crédit documentaire (RUU 600), révisées pour la dernière fois le 1^{er} juillet 2007. Tous les crédits documentaires soumis à ces règles sont irrévocables.

4.2 GARANTIE AUTONOME

[380] La garantie autonome, également appelée garantie à première demande, est définie par l'article 2321 du code civil :

La garantie autonome est 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 des modalités convenues.

Le garant n'est pas tenu en cas d'abus ou de fraude manifestes du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre.

Le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie.

Sauf convention contraire, cette sûreté ne suit pas l'obligation garantie.

[381] Comme son nom l'indique, cette garantie est autonome. Le garant s'engage à exécuter une obligation qui lui est propre et non l'obligation du débiteur principal. Par conséquent, la garantie peut être appelée dès lors que les conditions qu'elle prévoit sont remplies, sans qu'il soit besoin de démontrer que le débiteur principal est défaillant et sans que le garant ne puisse opposer les vices propres à la dette du débiteur principal. Le garant ne peut refuser de payer que si les conditions prévues par la lettre de garantie ne sont pas remplies ou en cas de fraude manifeste ou de collusion entre le bénéficiaire et le donneur d'ordre. C'est donc une garantie très rassurante pour le créancier, ce qui explique son utilisation très fréquente dans le commerce international.

[382] La garantie autonome peut être :

- A première demande : dans ce cas, le créancier peut appeler la garantie à tout moment, sans aucune condition, si ce n'est qu'il doit appeler la garantie selon la forme prévue.
- Parfois, la garantie autonome est justifiée : le créancier doit, lorsqu'il appelle la garantie, motiver sa demande par une explication circonstanciée, sans avoir à produire des pièces justificatives.
- La garantie autonome peut aussi être documentaire : dans ce cas, le créancier ne peut l'appeler qu'en fournissant le document prévu par la lettre de garantie, par exemple une attestation d'un expert indiquant que le contrat garanti n'a pas été convenablement exécuté, ou encore un jugement ou une sentence arbitrale condamnant le débiteur.

[383] En cas de litige, la juridiction compétente est celle désignée par les règles de conflit ordinaires, sauf clause compromissoire ou attributive de juridiction applicable aux relations entre le garant et le bénéficiaire de la garantie. Les parties peuvent choisir la

¹⁵⁴ Gage de marchandises avec ou sans dépossession. Lorsqu'il y a dépossession, les marchandises sont déposées dans des magasins généraux. Par métonymie, le terme warrant désigne aussi le titre constatant l'existence d'une telle sûreté, transcrit sur un registre tenu par le greffe du tribunal de commerce. Dans une autre acception, le terme désigne aussi des produits financiers dérivés « donnant le droit d'acheter ou de vendre un actif sous-jacent à un prix et jusqu'à une date d'échéance déterminés à l'avance » (Site AMF : <https://tinyurl.com/4hxvhax2>).

loi applicable. A défaut, la garantie autonome est gouvernée par la loi du pays où réside le garant, débiteur de la prestation caractéristique¹⁵⁵. Cela étant, la plupart des garanties se réfèrent aux Règles uniformes de la CCI relatives aux garanties sur demande, dont la version la plus récente date de 2010 (RUGD 758). Il existe aussi une Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit *stand-by*, adoptée le 11 décembre 1995, mais ratifiée par seulement neuf États, parmi lesquels les États-Unis. La France ne l'a pas ratifiée.

- [384] Lorsqu'il existe un conflit entre le bénéficiaire de la garantie autonome et son co-contractant, qui a fourni la garantie et si ce dernier craint que l'autre partie appelle la garantie de manière abusive, il peut en France demander au juge des référés d'enjoindre à la banque garante ou contre-garante de ne pas payer la somme promise. Toutefois, si la banque paie la somme garantie, malgré l'ordonnance de référé, elle conserve un recours au fond contre le donneur d'ordre, parce que l'ordonnance de référé n'est pas revêtue de l'autorité de chose jugée au principal, selon les articles 488 et 489 du Code de procédure civile. Le juge du fond doit alors décider si la banque était tenue de payer ou s'il existait une circonstance lui interdisant de le faire, notamment un appel abusif ou une fraude du bénéficiaire, voire une collusion du bénéficiaire et du donneur d'ordre¹⁵⁶.
- [385] Bien souvent, les contrats internationaux comportent une condition suspensive tenant à la fourniture par une partie d'une garantie autonome, offerte par une banque de premier rang (*first class bank*). Cette expression est assez vague dans ce contexte car, au sens strict, une banque de premier rang est une banque centrale. Ici, on entend plutôt banque réputée fiable et disposant d'une grande surface financière. Généralement, lorsque le contrat comporte une telle condition, il précise que la lettre de garantie doit être conforme à un modèle annexé.
- [386] Concrètement, avant la signature du contrat, le prestataire de service ou le fournisseur vérifie, auprès de sa banque ou des banques susceptibles d'offrir la garantie, qu'elles pourront fournir une garantie selon le modèle de lettre prévu. La garantie autonome représente, pour celui qui doit la fournir, un coût très élevé car les banques réclament des commissions importantes et exigent parfois que le débiteur immobilise sur un compte bloqué tout ou partie du montant garanti.
- [387] Voici un exemple de lettre de garantie :

¹⁵⁵ Règlement Rome I, art. 4(2). V. Cass. com., 8 mars 2011, n° 09-11751.

¹⁵⁶ Cass. com., 12 octobre 2022, n° 21-11.039, JCP G 2023, doct. 143, obs. G. Bourdeaux.

Khemed National Credit Bank
1 Salam Street
Wadesdah 2564Q3
Emirate of Khemed

Ointhfan Shipping Co
2245 Plekszy-Gladz Boulevard
9677S1 Szohöd
People's Republic of Borduria

Wadesdah, Thursday, March 24th, 2022

Performance Guarantee No. 759S5137895

Dear Sirs,

We hereby refer to a Sale and Construction Agreement (hereinafter referred to as the 'Agreement') entered into on 7 March 2022 between:

Patrash Pasha Shipyards Ltd, a company incorporated pursuant to Khemedite law, registered with the Khemed Corporations Agency under the number LTD5573691457, headquartered in 22 Red Sea Avenue, Khemkhah 4729Y2, Emirate of Khemed (hereinafter referred to as the 'Builder'),

And you:

Ointhfan Shipping Co, a company incorporated pursuant to Bordurian law, registered with the Commerce Tribunal of the Szohöd Greater Region under the number DQZPT46YBW, headquartered in 2245 Plekszy-Gladz Boulevard, 9677S1 Szohöd, People's Republic of Borduria (hereinafter referred to as the 'Purchaser'),

For the construction and the delivery of a motor ship Patrash 9000 (hereinafter referred to as the 'Ship'), for the price of USD 61,000,500 (hereinafter referred to as the 'Selling Price').

We are informed that, in accordance with Articles 5.2.1 of the Agreement, the Purchaser has agreed to pay to the builder ten instalments, for a total amount of USD 61,000,500 (sixty-one million five hundred United States of America Dollars), such instalments being in the nature of advances to the Builder.

Furthermore, we understand that, in accordance with Article 7.2.2 of the Agreement, as security for the reimbursement of the instalments and of the penalties that the Builder may become liable to pay pursuant to Article 10 of the Agreement, the Builder shall provide, within four weeks of the signature of the Agreement, a specific irrevocable and unconditional Performance Guarantee of USD 70,000,000 (seventy million United States of America Dollars).

That being stated, we, the undersigned, Khemed National Credit Bank, a limited company registered with the Khemed Corporations Agency under the number LTD7481695748, headquartered in 1 Salam Street, Wadesdah 2564Q3, Emirate of Khemed (hereinafter called the 'Bank'), represented by Dr. Muhammad Ben Kalish Ezab, Chief Executive Officer, legal representative of the Bank under Article 5487 of the Khemed Commerce Code, hereby irrevocably and unconditionally undertake to pay you by bank transfer to your bank account at the Bordurian Commerce Bank (IBAN BO25 4506 2541 387 P456), on your first written demand, irrespective of the validity and the effect of the Agreement and waiving all rights of objection and/or defence arising from the Agreement, any sum(s) not exceeding USD 70,000,000 (seventy million United States of America Dollars), upon receipt at our headquarter, before the expiry of this Guarantee, of:

(i) your written and duly signed demand, and

(ii) your written and duly signed statement that the Builder is liable to pay you the sum or sums demanded, as penalties and/or reimbursement of instalments after termination of the Agreement, pursuant to Articles 10 and 11 of the Agreement, indicating the reasons why the penalties have become due and/or the Agreement has been terminated.

This Guarantee shall automatically expire on:

(i) presentation at our headquarter of a Protocol of Delivery and Acceptance of the Ship duly signed by you or on your behalf, or

(ii) payment by the Bank of the Maximum Guaranteed Amount, or

(iii) 5 p.m. UT on 15 June 2025 (whichever comes first).

In order to be considered as valid, your demand, if any, shall reach our headquarter by registered letter or by speed courier, strictly in accordance with the above specified conditions and stating the reference number of this Guarantee.

For the purpose of authentication, your demand, if any shall be signed by one or more duly authorised persons.

Each payment made by the Bank under the present Guarantee will automatically reduce its liability towards you accordingly.

The Builder is liable for any costs regarding this Guarantee.

This Guarantee shall be governed the ICC Uniform Rules for Demand Guarantees, 2010 revision, ICC publication no. 758. Any matter not covered by these Rules shall be governed by and construed in accordance with English law. Any dispute related to the validity, interpretation or performance of this Guarantee shall be submitted to the exclusive jurisdiction of the London Courts.

Yours sincerely,

Dr. Muhammad Ben Kalish Ezab

[388] Il existe une garantie spécifique, proche du crédit documentaire, la lettre de crédit *stand-by*. Par une telle lettre de crédit, une banque s'engage à payer le vendeur d'une marchandise si l'acquéreur n'a pas payé le prix à une certaine date. Les lettres de crédit *stand-by* sont généralement soumises au RUU 600 et à des normes spécifiques, les Règles et pratiques internationales de la CCI relatives au standby (RIPS), adoptées en 1999.

4.3 CAUTIONNEMENT

[389] Le cautionnement dont il s'agit ici est le même que celui utilisé en matière interne, défini à l'article 2288 du code civil. La caution s'engage à payer la dette du débiteur si ce dernier fait défaut. Toutefois, les opérateurs du commerce international préfèrent utiliser la garantie à première demande, plus rassurante que le cautionnement, qui a un caractère accessoire. Le cautionnement peut garantir toutes les sommes avancées par le client à son prestataire de service ou par l'acquéreur à son vendeur. Le cautionnement peut ainsi éviter que des sommes soient retenues par le client. Les banques peuvent aussi, à travers un cautionnement, garantir qu'un constructeur réalisera les travaux prévus (caution d'achèvement, d'exécution ou de bonne fin) ou remédiera à d'éventuelles malfaçons (caution d'entretien).

[390] En matière de cautionnement, les conflits de juridictions sont résolus par application des règles de droit commun. Quant à la loi applicable, c'est celle choisie par les

parties¹⁵⁷ ; à défaut, c'est la loi du lieu de résidence de la caution, débitrice de la prestation caractéristique du contrat¹⁵⁸. Évidemment, les parties peuvent inclure une clause d'élection de for ou une clause compromissoire dans un contrat de cautionnement international. Le tribunal arbitral applique les règles de droit choisies par les parties ou, à défaut, les règles de droit qu'il estime appropriées.

4.4 CLAUSES CONTRACTUELLES

[391] Dans les contrats internationaux, comme d'ailleurs dans les contrats internes, un certain nombre de clauses assez courantes sont destinées à sécuriser le paiement du prix convenu ou la réalisation de la prestation de service. On peut notamment citer :

- Clause de réserve de propriété jusqu'à complet paiement du prix.
- Au contraire, dans un contrat de construction de navire ou d'infrastructure, clause de transfert de propriété, au fur et à mesure, des éléments incorporés dans le bien en construction, sous réserve du paiement des acomptes ; il faut alors préciser les conséquences d'une éventuelle résiliation du contrat avant achèvement du bien : l'acquéreur peut-il renoncer à la propriété en échange du remboursement des acomptes ?
- Clause de *buyback* : le constructeur d'une usine ou d'une infrastructure est autorisé à se rémunérer directement sur le produit des ventes de la production ou des revenus liés à l'utilisation de l'infrastructure.
- Clause autorisant un contractant à retenir une partie des acomptes qu'il doit payer à l'autre jusqu'à parfait achèvement des travaux, afin de pouvoir, le cas échéant, compenser avec les sommes retenues les pénalités ou dommages intérêts dus par l'autre partie.

5 ASSURANCE

[392] Il faut évoquer les polices d'assurance couvrant les risques du commerce international (5.1) et les règles de conflits en matière d'assurance (5.2).

5.1 POLICES D'ASSURANCES COUVRANT LES RISQUES DU COMMERCE INTERNATIONAL

[393] Pour couvrir les risques qu'ils courent, les opérateurs du commerce international peuvent souscrire des polices idoines, auprès d'assureurs de leur pays ou d'autres pays, le marché de l'assurance étant aujourd'hui largement international¹⁵⁹. Au niveau mondial, l'Agence multilatérale pour la garantie des investissements (AMGI)¹⁶⁰, filiale de la Banque mondiale propose, pour les projets d'investissements dans les États membres, des assurances contre les risques d'inexécution contractuelle, les restrictions au change et aux transferts de capitaux, l'expropriation, la guerre et les troubles civils.

[394] En France, il faut distinguer la garantie de l'État et les polices privées. Concernant la première catégorie, l'article L. 432-1 du Code des assurances dispose :

Dans les conditions fixées au présent chapitre, la garantie de l'État peut être accordée aux opérations concourant au développement du commerce extérieur de la France, aux entreprises françaises exportatrices ainsi qu'aux personnes morales de droit étranger qu'elles contrôlent seules ou conjointement au sens de

¹⁵⁷ Règlement Rome I, art. 3.

¹⁵⁸ Règlement Rome I, art. 4(2). V. Cass. com., 8 mars 2011, n° 09-11751.

¹⁵⁹ J. Bigot, « L'internationalisation du droit des assurances », in *Mélanges Y. Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 57.

¹⁶⁰ <https://www.miga.org>.

l'article L. 233-3 du code de commerce lorsque le recours à une entité de droit local est nécessaire, ou aux entreprises françaises importatrices ou investissant à l'étranger ou, dans des conditions précisées par décret, pour des opérations de construction navale ou de construction d'engins spatiaux civils, à des entreprises françaises en concurrence avec une personne étrangère bénéficiant d'un soutien public, ou au bénéfice des établissements de crédit, aux sociétés de financement, aux entreprises d'assurance et de réassurance, aux mutuelles et institutions de prévoyance, de droit français ou étranger, ainsi qu'aux organismes mentionnés à l'article L. 214-1 du code monétaire et financier¹⁶¹.

Le ministre chargé de l'économie est autorisé, dans les mêmes conditions, à accorder la garantie de l'État pour les opérations de gestion des opérations et garanties de couverture du risque monétaire de l'organisme mentionné au premier alinéa de l'article L. 432-2 du présent code.

La garantie de l'État prévue au présent article ne peut être accordée en vue de l'exportation de biens et de services pour des opérations ayant pour objet direct l'exploration, la production, le transport, le stockage, le raffinage ou la distribution de charbon ou d'hydrocarbures liquides ou gazeux ainsi que la production d'énergie à partir de charbon, à l'exception des opérations ayant pour effet de réduire l'impact environnemental négatif ou d'améliorer la sécurité d'installations existantes ou leur impact sur la santé, sans en augmenter la durée de vie ou la capacité de production, ou visant le démantèlement ou la reconversion de ces installations.

[395] L'article L. 432-2 ajoute :

Un organisme est chargé par l'État de gérer et délivrer sous son contrôle, pour son compte et en son nom les garanties publiques pour le commerce extérieur prévues à l'article L. 432-1.

Ces garanties peuvent être accordées :

1° : a) Pour des opérations d'assurance des risques commerciaux, politiques, monétaires et catastrophiques, afférents à des opérations de nature à contribuer au développement du commerce extérieur de la France ou présentant un intérêt stratégique pour l'économie française à l'étranger ;

a bis) Pour des opérations d'assurance couvrant le risque de non-paiement des sommes dues par des entreprises à des établissements de crédit, des sociétés de financement, des entreprises d'assurance et de réassurance, des mutuelles et institutions de prévoyance, de droit français ou étranger, ou des organismes mentionnés à l'article L. 214-1 du code monétaire et financier, dans le cadre d'opérations de commerce extérieur dans des conditions prévues par décret ;

a ter) Pour ses opérations d'assurance couvrant les risques mentionnés au a et au a bis afférents à des opérations de financement de l'acquisition par des entreprises françaises de navires ou d'engins spatiaux civils ou d'équipements utiles à la production et au stockage d'énergie bas-carbone ou d'hydrogène bas-carbone ou à la capture de dioxyde de carbone, produits en France par des entreprises françaises en concurrence avec une entreprise étrangère bénéficiant d'un soutien public à l'exportation, selon des conditions d'octroi et sous réserve du respect de critères définis par décret en Conseil d'État ;

b) Abrogé ;

c) Abrogé ;

d) Dans des conditions fixées par décret, pour des investissements à réaliser ou déjà réalisés par des entreprises françaises dans des pays étrangers lorsque ces investissements présentent un intérêt pour le développement de l'économie

¹⁶¹ Organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM), fonds d'investissement alternatifs (FIA) et autres placements collectifs.

française et ont été agréés par le pays concerné. Le même décret détermine les conditions et les modalités de cette garantie. Dans le cas de pays étrangers qui ne sont pas liés au Trésor français par un compte d'opérations, cette garantie peut être subordonnée à la conclusion préalable d'un accord sur la protection des investissements. En cas de mise en jeu de la garantie, l'État peut prélever le montant correspondant à ladite garantie sur les crédits d'aide à verser au pays concerné ;

e) Pour des opérations de réassurance des entreprises habilitées à pratiquer en France des opérations d'assurance-crédit, au titre des opérations d'assurance des risques politiques et commerciaux à l'exportation d'une durée de paiement inférieure à deux ans que celles-ci réalisent vers des pays étrangers dans la limite globale de cinq milliards d'euros. L'octroi de cette garantie est subordonné à la constatation d'une défaillance du marché de l'assurance-crédit. L'État n'est financièrement exposé au titre de ces opérations que pour autant que l'assureur-crédit, cosignataire du traité de réassurance, conserve une exposition au risque sur les entreprises bénéficiant du financement faisant l'objet de l'assurance-crédit. Un décret en Conseil d'État fixe les modalités d'application du présent e, notamment celles ayant trait à la constatation de la défaillance du marché ainsi que la part minimale de risque que l'assureur-crédit cosignataire du traité de réassurance conserve à sa charge.

f) Pour des opérations de stabilisation de taux d'intérêt couvrant le risque de variations de taux d'intérêt supporté par les débiteurs de crédits liés à des opérations de nature à contribuer au développement du commerce extérieur de la France ou présentant un intérêt stratégique pour l'économie française à l'étranger ;

2° Aux exportateurs pour les opérations prévues à l'article 53 de la loi n° 48-1516 du 26 septembre 1948, fixant l'évaluation des voies et moyens du budget général pour l'exercice 1948 et relative à diverses dispositions d'ordre financier.

La garantie de l'État peut être également accordée aux exportateurs pour les couvrir, dans les conditions fixées par des contrats conclus avec eux par le ministre de l'économie et des finances, d'une partie des pertes pouvant résulter des dépenses qu'ils engagent pour prospecter certains marchés étrangers, faire de la publicité et constituer des stocks en vue de développer les exportations à destination de ces marchés.

[396] Ces garanties offertes par l'État sont donc distribuées par un organisme agissant au nom et pour le compte de l'État. Pendant longtemps, cet organisme était la Compagnie française d'assurances pour le commerce extérieur (Coface)¹⁶² mais, depuis 2015, ce rôle est assuré par la Banque publique d'investissements, plus précisément sa filiale BPI France Assurance Export¹⁶³, société par actions simplifiée à associé unique (SASU), Bpifrance étant elle-même une société anonyme détenue à moitié par un établissement public industriel et commercial éponyme et à moitié par la Caisse des dépôts. L'article 151 de la loi n° 2022-1726 de finances pour 2023 a transféré à Bpifrance Assurance Export la mission d'octroyer plusieurs aides publiques à l'export, qui étaient encore opérées par Natixis, pour le compte de l'État :

- Procédure de stabilisation : permet aux banques de proposer un crédit aux importateurs étrangers en garantissant le montant de la marge de la banque, quelle que soit la variation des taux sur les marchés sur lesquels ces banques se financent.

¹⁶² <https://www.coface.fr/>

¹⁶³ <http://assurance-export.bpifrance.fr/>

- Prêts du Trésor public français aux États étrangers ou structures bénéficiant de la garantie de leur gouvernement ou de leur banque centrale.
- Dons destinés à l'aide extérieure.
- Prêts consentis au titre du fonds d'études et d'aide au secteur privé (FASEP) : octroyés à des entreprises françaises pour financer des études de faisabilité de projets à l'export ou des démonstrateurs de technologies vertes.
- Garantie de l'État au profit des établissements de crédit ou assureurs accordant des cautionnements ou préfinancements pour soutenir la construction navale.

[397] Le rôle historique de la Coface comme distributeur des garanties de l'État explique qu'elle reste hégémonique sur le marché des assurances privées en matière de commerce extérieur. Il s'agit d'une société anonyme, cotée à la Bourse de Paris¹⁶⁴, détenue à environ 29% par Arch Capital Group Limited¹⁶⁵, société immatriculée aux Iles vierges britanniques, depuis la cession opérée par Natixis au début 2020¹⁶⁶. Environ 69% du capital de la Coface est flottant¹⁶⁷.

[398] Ces établissements fournissent des conseils et un accompagnement pour les entreprises engagées dans le commerce international ou souhaitant réaliser des investissements à l'étranger, avec un réseau national et international de succursales. Ils disposent de bases de données et de services capables d'évaluer les risques induits par les différents projets qui leur sont soumis, en fonction des pays et des partenaires étrangers concernés. Ils proposent aussi des formules d'assurance-crédit, c'est-à-dire d'assurance contre divers risques liés aux exportations :

- Risque d'impayé des factures.
- Risque d'insolvabilité de l'importateur.
- Risque prospection : soutien trésorerie ou indemnisation des pertes liées à la prospection si elle échoue.
- Risque offres et négociation : surcoûts liés à la soumission à un appel d'offres. Couvre le surcoût en cas de variation des taux de change avant l'obtention du marché.
- Risque de renchérissement : couvre le risque d'augmentation des coûts après la conclusion du contrat.
- Risque caution de soumission : risque de non-récupération du dépôt de garantie exigé pour soumissionner à un appel d'offres.
- Risque de fabrication : coûts de fabrication engagés par l'exportateur si l'importateur ne le paie pas parce qu'il remet en cause le contrat.
- Risque de change : en cas de perte, l'assureur indemnise ; en cas de gain, il est versé à l'assureur.

¹⁶⁴ COFA - FR0010667147.

¹⁶⁵ <https://www.archgroup.com/>

¹⁶⁶ « NATIXIS : cession de 29,5 % du capital de COFACE à Arch Capital Group », *Le Figaro*, 25 février 2020 : <https://tinyurl.com/4zr9vvzw>.

¹⁶⁷ V. fiche de la Coface sur le site *Investir - Les Echos* : <https://tinyurl.com/2p8vpc8f>.

[399] Ces assurances sont généralement soumises aux conditions suivantes :

- Pas d'indemnisation de la perte subie par la faute ou la négligence de l'assuré.
- Absence de garantie à 100% du risque assuré, autrement dit il y a toujours une franchise (sauf risque de change).
- Délai de deux à six mois entre le sinistre et l'indemnisation.
- L'assureur reçoit un mandat de l'assuré qui lui permet d'agir avant même la réalisation du sinistre et l'indemnisation de l'assuré.
- L'assureur qui a indemnisé l'assuré est subrogé dans ses droits de l'assuré.

[400] Les projets d'investissements sont couverts par des polices d'assurance à long terme, que la Coface ne propose pas. Il faut plutôt s'adresser à Bpifrance Assurance Export, pour solliciter une formule Garantie de Projets à l'International (GPI)¹⁶⁸, à l'AMGI ou à d'autres établissements financiers.

5.2 REGLES DE CONFLITS EN MATIERE D'ASSURANCE

[401] Il faut distinguer les règles de conflits de juridictions (5.2.1) et les règles de conflits de lois (5.2.2). Ces conflits sont réglés différemment selon que les risques assurés relèvent ou non de la catégorie des grands risques, qu'il convient de définir (5.2.3).

5.2.1 Règles de conflits de juridictions

[402] D'abord, en matière d'assurance, on peut recourir à l'arbitrage, sous réserve du régime spécifique de la clause compromissoire lorsque l'assuré est un non professionnel¹⁶⁹. Si les parties optent pour l'arbitrage, les règles de conflits de lois sont évidemment sans effet. En revanche, ces règles déterminent la compétence du juge étatique. En matière d'assurance, le règlement Bruxelles I bis¹⁷⁰ et la Convention de Lugano¹⁷¹ s'appliquent, mais seulement lorsque le défendeur est domicilié dans un État membre de l'Union européenne, en Islande, en Norvège ou en Suisse (5.2.1.1). Dans le cas contraire, les règles de conflits du for saisi s'appliquent. Il faut donc présenter les règles françaises de conflits de juridictions (5.2.1.2). Il faut enfin envisager les accords d'élection de for en matière d'assurance (5.2.1.3).

5.2.1.1 Règles européennes de conflits de juridictions

[403] La convention de Lugano et le règlement Bruxelles 1 bis comportent des dispositions similaires. On reproduira ci-dessous les dispositions du règlement. L'article 11 pose les principes généraux en ce qui concerne l'action dirigée contre un assureur :

1. L'assureur domicilié sur le territoire d'un État membre peut être attrait :
 - a) devant les juridictions de l'État membre où il a son domicile ;
 - b) dans un autre État membre, en cas d'actions intentées par le preneur d'assurance, l'assuré ou un bénéficiaire, devant la juridiction du lieu où le demandeur a son domicile ; ou

¹⁶⁸ <http://assurance-export.bpifrance.fr/Garantie-de-Projets-a-l-International>.

¹⁶⁹ C. civ., art. 2061.

¹⁷⁰ Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte).

¹⁷¹ Convention du 30 octobre 2007, signée à Lugano, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

c) s'il s'agit d'un coassureur, devant la juridiction d'un État membre saisie de l'action formée contre l'apériteur de la coassurance.

2. Lorsque l'assureur n'est pas domicilié sur le territoire d'un État membre, mais possède une succursale, une agence ou tout autre établissement dans un État membre, il est considéré pour les contestations relatives à leur exploitation comme ayant son domicile sur le territoire de cet État membre.

[404] L'article 12 offre une option de compétence en matière d'assurance immobilière :

L'assureur peut, en outre, être attiré devant la juridiction du lieu où le fait dommageable s'est produit s'il s'agit d'assurance de responsabilité ou d'assurance portant sur des immeubles. Il en est de même si l'assurance porte à la fois sur des immeubles et des meubles couverts par une même police et atteints par le même sinistre.

[405] L'article 13 offre une option supplémentaire en matière d'assurance de responsabilité :

1. En matière d'assurance de responsabilité, l'assureur peut également être appelé devant la juridiction saisie de l'action de la victime contre l'assuré, si la loi de cette juridiction le permet.

2. Les articles 10, 11 et 12 sont applicables en cas d'action directe intentée par la personne lésée contre l'assureur, lorsque l'action directe est possible.

3. Si la loi relative à cette action directe prévoit la mise en cause du preneur d'assurance ou de l'assuré, la même juridiction sera aussi compétente à leur égard.

[406] L'article 14 pose les règles de compétence concernant l'action de l'assureur :

1. Sous réserve des dispositions de l'article 13, paragraphe 3, l'action de l'assureur ne peut être portée que devant les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel est domicilié le défendeur, qu'il soit preneur d'assurance, assuré ou bénéficiaire.

2. Les dispositions de la présente section ne portent pas atteinte au droit d'introduire une demande reconventionnelle devant la juridiction saisie de la demande originaire conformément à la présente section.

5.2.1.2 Règles françaises de conflits de juridictions

[407] Lorsqu'une partie entend saisir le juge français d'une demande relative à un contrat d'assurance et que le défendeur n'est pas domicilié dans un État membre de l'Union européenne ou partie à la Convention de Lugano, le juge français peut-être compétent selon les règles françaises de conflit de juridictions. Par hypothèse, le défendeur n'est pas domicilié en France, de telle sorte que le juge français peut être compétent si l'une des parties est française, en vertu des articles 14 et 15 du code civil. Le demandeur peut alors, conformément à l'article 42, alinéa 3, du code de procédure civile, saisir le tribunal du lieu où il réside ou, s'il réside à l'étranger, le tribunal français de son choix.

5.2.1.3 Accords d'élection de for en matière d'assurance

[408] Les accords d'élection de for sont autorisés en matière d'assurance mais, si le défendeur est domicilié dans un État membre de l'Union européenne, en Islande, en Norvège ou en Suisse, les articles 15 et 16 du règlement Bruxelles 1 bis ou les articles 13 et 14 de la Convention de Lugano encadrent assez strictement ces accords. L'article 15 du règlement dispose :

Il ne peut être dérogé aux dispositions de la présente section que par des conventions :

1) postérieures à la naissance du différend ;

2) qui permettent au preneur d'assurance, à l'assuré ou au bénéficiaire de saisir d'autres juridictions que celles indiquées à la présente section ;

3) qui, passées entre un preneur d'assurance et un assureur ayant, au moment de la conclusion du contrat, leur domicile ou leur résidence habituelle dans un même État membre, ont pour effet, alors même que le fait dommageable se produirait à l'étranger, d'attribuer compétence aux juridictions de cet État membre sauf si la loi de celui-ci interdit de telles conventions ;

4) conclues par un preneur d'assurance n'ayant pas son domicile dans un État membre, sauf s'il s'agit d'une assurance obligatoire ou qui porte sur un immeuble situé dans un État membre ; ou

5) qui concernent un contrat d'assurance en tant que celui-ci couvre un ou plusieurs des risques énumérés à l'article 16.

[409] L'article 16 précise :

Les risques visés à l'article 15, point 5), sont les suivants :

1) tout dommage :

a) aux navires de mer, aux installations au large des côtes et en haute mer ou aux aéronefs, causé par des événements survenant en relation avec leur utilisation à des fins commerciales,

b) aux marchandises autres que les bagages des passagers, durant un transport réalisé par ces navires ou aéronefs soit en totalité, soit en combinaison avec d'autres modes de transport ;

2) toute responsabilité, à l'exception de celle des dommages corporels aux passagers ou des dommages à leurs bagages,

a) résultant de l'utilisation ou de l'exploitation des navires, installations ou aéronefs, conformément au point 1 a), pour autant que, en ce qui concerne ces derniers, la loi de l'État membre d'immatriculation de l'aéronef n'interdise pas les clauses attributives de compétence pour l'assurance de tels risques ;

b) du fait de marchandises durant un transport visé au point 1 b) ;

3) toute perte pécuniaire liée à l'utilisation ou à l'exploitation des navires, installations ou aéronefs conformément au point 1 a), notamment celle du fret ou du bénéfice d'affrètement ;

4) tout risque lié accessoirement à l'un de ceux visés aux points 1) à 3) ;

5) sans préjudice des points 1) à 4), tous les « grands risques » au sens de la directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (solvabilité II).

[410] Logiquement, l'article 14 de la Convention de Lugano ne comporte pas de renvoi à la directive de 2009.

[411] Si le défendeur n'est pas domicilié dans un État membre de l'Union européenne, ni en Islande, en Norvège ou en Suisse, ces dispositions restrictives du règlement et de la convention ne s'appliquent pas. L'accord d'élection de for est alors régi par l'article 25 du règlement Bruxelles I bis, d'application systématique devant toutes les juridictions de l'Union :

1. Si les parties, sans considération de leur 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 compétentes, 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, sauf convention contraire des parties. La convention attributive de juridiction est conclue :

- a) par écrit ou verbalement avec confirmation écrite ;
- b) sous une forme qui soit conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles ; ou
- c) dans le commerce international, sous une forme qui soit conforme à un usage dont les parties ont 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.

2. Toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite.

3. Les juridictions d'un État membre auxquelles l'acte constitutif d'un trust attribue compétence sont exclusivement compétentes pour connaître d'une action contre un fondateur, un trustee ou un bénéficiaire d'un trust, s'il s'agit des relations entre ces personnes ou de leurs droits ou obligations dans le cadre du trust.

4. Les conventions attributives de juridiction ainsi que les stipulations similaires d'actes constitutifs de trust sont sans effet si elles sont contraires aux dispositions des articles 15, 19 ou 23 ou si les juridictions à la compétence desquelles elles dérogent sont exclusivement compétentes en vertu de l'article 24.

5. Une convention attributive de juridiction faisant partie d'un contrat est considérée comme un accord distinct des autres clauses du contrat.

La validité de la convention attributive de juridiction ne peut être contestée au seul motif que le contrat n'est pas valable.

5.2.2 Règles de conflits de lois

[412] Bien entendu, lorsqu'un litige relatif à une police d'assurance est soumis à un tribunal arbitral, celui-ci applique au fond les règles de droit choisies par les parties ou, à défaut de choix, les règles de droit qu'il estime appropriées, du moins si les dispositions de la loi de procédure ou du règlement d'arbitrage sont en ce sens.

[413] En revanche, le juge étatique doit respecter certaines règles de conflit de lois. Il faut lire l'article 7 du règlement Rome I¹⁷² :

1. Le présent article s'applique aux contrats visés au paragraphe 2, que le risque couvert soit situé ou non dans un État membre, et à tous les autres contrats d'assurance couvrant des risques situés à l'intérieur du territoire des États membres. Il ne s'applique pas aux contrats de réassurance.

2. Les contrats d'assurance couvrant des grands risques, tels que définis à l'article 5, point d), de la première directive 73/239/CEE du Conseil du 24 juillet 1973, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité de l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, et son exercice sont régis par la loi choisie par les parties conformément à l'article 3 du présent règlement.

À défaut de choix par les parties de la loi applicable, le contrat d'assurance est régi par la loi du pays où l'assureur a sa résidence habituelle. S'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un autre pays, la loi de cet autre pays s'applique.

3. Dans le cas d'un contrat d'assurance autre qu'un contrat relevant du paragraphe 2, les parties peuvent uniquement choisir comme loi applicable conformément à l'article 3 :

¹⁷² Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).

- a) la loi de tout État membre où le risque est situé au moment de la conclusion du contrat ;
- b) la loi du pays dans lequel le preneur d'assurance a sa résidence habituelle ;
- c) dans le cas d'un contrat d'assurance vie, la loi de l'État membre dont le preneur d'assurance est ressortissant ;
- d) dans le cas d'un contrat d'assurance couvrant des risques limités à des sinistres survenant dans un État membre autre que celui où le risque est situé, la loi de l'État membre de survenance ;
- e) lorsque le titulaire d'un contrat d'assurance relevant du présent paragraphe exerce une activité commerciale, industrielle ou libérale et que le contrat d'assurance couvre deux ou plusieurs risques relatifs à ces activités et situés dans différents États membres, la loi de l'un des États membres concernés ou la loi du pays de résidence habituelle du preneur d'assurance.

Lorsque, dans les cas visés aux points a), b) ou e), les États membres mentionnés accordent une plus large liberté de choix de la loi applicable au contrat d'assurance, les parties peuvent faire usage de cette liberté.

À défaut de choix par les parties de la loi applicable conformément au présent paragraphe, le contrat est régi par la loi de l'État membre où le risque est situé au moment de la conclusion du contrat.

4. Les règles supplémentaires suivantes s'appliquent aux contrats d'assurance couvrant des risques pour lesquels un État membre impose l'obligation de souscrire une assurance :

- a) le contrat d'assurance ne satisfait à l'obligation de souscrire une assurance que s'il est conforme aux dispositions spécifiques relatives à cette assurance prévues par l'État membre qui impose l'obligation. Lorsqu'il y a contradiction entre la loi de l'État membre où le risque est situé et celle de l'État membre qui impose l'obligation de souscrire une assurance, cette dernière prévaut ;
- b) par dérogation aux paragraphes 2 et 3, un État membre peut disposer que le contrat d'assurance est régi par la loi de l'État membre qui impose l'obligation de souscrire une assurance.

5. Aux fins du paragraphe 3, troisième alinéa, et du paragraphe 4, lorsque le contrat couvre des risques situés dans plus d'un État membre, le contrat est considéré comme constituant plusieurs contrats dont chacun ne se rapporte qu'à un seul État membre.

6. Aux fins du présent article, le pays où le risque est situé est déterminé conformément à l'article 2, point d), de la deuxième directive 88/357/CEE du Conseil du 22 juin 1988 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance vie et fixant les dispositions destinées à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services et, dans le cas de l'assurance vie, le pays où le risque est situé est le pays de l'engagement, au sens de l'article 1er, paragraphe 1, point g), de la directive 2002/83/CE.

5.2.3 Définition des grands risques

- [414] Les règlements Bruxelles I bis et Rome I utilisent la notion de grands risques, qui représentent des risques particulièrement élevés. Des règles de conflit spécifiques sont adoptées pour les polices assurant cette catégorie de risques.

- [415] La notion de grands risques avait été définie par l'article 5(d) de la directive du 24 juillet 1973¹⁷³. Cette directive a été modifiée plusieurs fois, puis abrogée par la directive du 25 novembre 2009¹⁷⁴, qui définit elle-même la notion de grands risques. Il s'agit de certains des risques énumérés en annexe de ces directives.
- [416] D'abord, la catégorie inclut les risques suivants :
- Corps de véhicules ferroviaires : tout dommage subi par ces véhicules.
 - Corps de véhicules aériens : tout dommage subi par ces véhicules.
 - Corps de véhicules maritimes, lacustres et fluviaux : tout dommage subi par ces véhicules.
 - Toute responsabilité résultant de l'emploi de véhicules aériens (y compris la responsabilité du transporteur).
 - Toute responsabilité résultant de l'emploi de véhicules fluviaux, lacustres et maritimes (y compris la responsabilité du transporteur).
- [417] D'autres risques sont qualifiés grands risques lorsque le preneur exerce à titre professionnel une activité industrielle, commerciale ou libérale et que les risques sont relatifs à cette activité :
- Crédit : insolvabilité générale, crédit à l'exportation, vente à tempérament, crédit hypothécaire, crédit agricole.
 - Caution directe et indirecte.
- [418] Enfin, d'autres risques sont classés dans la catégorie grands risques lorsque le preneur d'assurance dépasse deux des seuils suivants :
- Un total de bilan de 6 200 000 €.
 - Un montant net du chiffre d'affaires de 12 800 000 €.
 - Un nombre de 250 employés en moyenne au cours de l'exercice.
- [419] Ainsi, lorsque le preneur satisfait à ces critères de seuil, les risques suivants sont des grands risques :
- Corps de véhicules terrestres (autres que ferroviaires) : véhicules terrestres automoteurs, véhicules terrestres non automoteurs.
 - Responsabilité civile véhicules terrestres automoteurs : toute responsabilité résultant de l'emploi de véhicules terrestres automoteurs (y compris la responsabilité du transporteur)
 - Tout dommage subi par les biens et causé par incendie, explosion, tempête, éléments naturels autres que la tempête, énergie nucléaire, affaissement de terrain.

¹⁷³ Première directive du Conseil du 24 juillet 1973 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité de l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, et son exercice (73/239/CEE). Version consolidée : <https://tinyurl.com/2p8jw7ed>.

¹⁷⁴ Directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (solvabilité II) (refonte), art. 310. Version consolidée : <https://tinyurl.com/4n8f5hrm>.

- Autres dommages aux biens : tout dommage subi par les biens (autres que les biens compris dans les branches 3, 4, 5, 6 et 7) lorsque ce dommage est causé par la grêle ou la gelée, ainsi que par tout événement, tel le vol.
- Pertes pécuniaires diverses : risques d'emploi, insuffisance de recettes (générale), mauvais temps, pertes de bénéfices, persistance de frais généraux, dépenses commerciales imprévues, perte de la valeur vénale, pertes de loyers ou de revenus, autres pertes commerciales indirectes, autres pertes pécuniaires non commerciales, autres pertes pécuniaires.

[420] Le Code des assurances comporte des dispositions résultant de la transposition des directives européennes. L'article R. 111-1 vise les risques évoqués ci-dessus sous réserve de la condition de seuils et l'article L. 111-6 dispose :

Sont regardés comme grands risques :

1° Ceux qui relèvent des catégories suivantes :

a) Les corps de véhicules ferroviaires, aériens, maritimes, lacustres et fluviaux ainsi que la responsabilité civile afférente auxdits véhicules ;

b) Les marchandises transportées ;

c) Le crédit et la caution, lorsque le souscripteur exerce à titre professionnel une activité industrielle, commerciale ou libérale, à condition que le risque se rapporte à cette activité ;

d) Les installations d'énergies marines renouvelables, définies par un décret en Conseil d'État ;

2° Ceux qui concernent l'incendie et les éléments naturels, les autres dommages aux biens, la responsabilité civile générale, les pertes pécuniaires diverses, les corps de véhicules terrestres à moteur ainsi que la responsabilité civile, y compris celle du transporteur, afférente à ces véhicules, lorsque le souscripteur exerce une activité dont l'importance dépasse certains seuils définis par décret en Conseil d'État.

Lundi 15 avril 2024

1 INTRODUCTION

- [421] Il faut ici entendre faillite dans son sens large et traditionnel, qui désigne toutes les situations dans lesquelles une entreprise ne parvient plus à faire face à son passif avec son actif et les procédures juridictionnelles existant pour régler cette difficulté, et non dans son sens étroit, en droit positif français, de sanction appliquée à certains débiteurs ayant eu des comportements blâmables¹⁷⁵. On parle aussi, notamment en droit européen, de procédures d'insolvabilité. Du fait de la mondialisation, les entreprises ont de plus en plus souvent des activités, des établissements, des clients et des créanciers dans plusieurs pays, de telles sortes que leurs difficultés ont des conséquences au-delà des frontières de leur État d'origine.
- [422] Pour être précis, une faillite est internationale lorsque l'entreprise en difficulté a des actifs dans plus d'un État. On peut aussi considérer qu'une faillite est internationale du seul fait qu'un créancier est domicilié dans un autre État que celui où l'entreprise est localisée. Cela dit, l'existence d'un créancier étranger, lorsque tous les actifs sont localisés dans l'État du siège, est une situation beaucoup plus simple à traiter. Il suffit au créancier de se conformer aux règles du pays d'ouverture de la procédure, évidemment applicables.
- [423] Le traitement des difficultés des entreprises internationales soulève naturellement des questions de compétence juridictionnelle et de droit applicable. Soit une société ayant son siège social à Londres, des établissements en France, en Allemagne et dans l'État de New York et des créanciers dans tous ces États, ainsi qu'en Chine et au Kenya. Elle se trouve confrontée à de graves difficultés qu'elle n'est pas en mesure de surmonter, sans pour autant être en cessation des paiements. Le juge français peut-il être saisi d'une demande d'ouverture d'une sauvegarde ? Qu'en est-il du juge anglais ? La procédure et ses conditions d'ouverture seront-elles gouvernées par la loi française ou la loi anglaise ? Les créanciers situés en dehors de France ou du Royaume-Uni pourront-ils déclarer leurs créances ? La publicité effectuée en France leur est-elle opposable ? La procédure ouverte en France sera-t-elle limitée aux biens situés en France ? ou dans l'Union européenne ?
- [424] On le voit, de telles circonstances suscitent de nombreuses difficultés. Bien entendu, pour y répondre de manière adéquate, il convient de satisfaire à l'impératif d'efficacité. Les règles de conflits de lois et de juridictions dans ce domaine doivent, autant que possible, permettre de poursuivre les objectifs de toute procédure de faillite : essayer de sauver l'entreprise et assurer le règlement, au moins partiel, des créances.
- [425] De ce point de vue, deux conceptions s'opposent : universalité et territorialité de la faillite. Selon l'approche universaliste, les difficultés d'une entreprise doivent être traitées par une seule procédure, ouverte dans le pays du siège, dont les effets s'étendent dans tous les pays. Selon l'approche territorialiste, chaque État dans lequel le débiteur a des actifs peut ouvrir une procédure collective. L'universalité de la faillite a le mérite

¹⁷⁵ C. com., art. L. 653-1 à L. 653-3.

de l'efficacité mais les États dans lesquels le débiteur a des actifs sans y avoir son siège social sont réticents à renoncer à leurs prérogatives.

- [426] Bien entendu, les règles de conflits de juridictions et de lois en matière de faillite varient d'un pays à l'autre, comme toutes les règles de droit international privé. Le juge saisi d'une demande d'ouverture d'une procédure collective décide, en appliquant les règles de conflit du for, s'il est compétent et, si oui, quelle loi il doit appliquer. Comme toujours en droit international privé, il faut bien isoler les questions posées, dont certaines relèvent de la loi applicable à la faillite, celle du pays d'ouverture de la procédure, appelée *lex concursus*, tandis que d'autres relèvent d'autres lois. Ainsi, on ne peut aborder ces questions que sous l'angle d'un pays en particulier, sauf à envisager la législation de tous les États du monde, ce qui est évidemment impossible. Naturellement, c'est le cas de la France qui doit retenir notre attention.
- [427] Les sources des règles de conflit de lois et de juridictions en matière de faillite sont diverses. Historiquement, elles sont d'origine prétorienne. Il faut aussi citer les conventions bilatérales que la France a conclues, qui, parfois, comportent des dispositions applicables dans ce domaine. Tel est le cas, par exemple, de la Convention entre la France et la confédération suisse sur la compétence judiciaire et la compétence des jugements en matière civile du 15 juin 1869. Il faut enfin citer la loi-type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, publiée en 1997. Elle a été transposée par quelques États, dont les États-Unis d'Amérique et le Royaume-Uni.
- [428] Cela étant, les sources européennes sont aujourd'hui très importantes. Il faut citer, d'abord, le règlement (UE) 848/2015 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité, qui remplace le règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité. Ainsi, les règles de conflit sont désormais les mêmes dans tous les pays de l'Union européenne, sauf le Danemark, auquel le règlement est inapplicable. Conformément à son article 44, le règlement de 2000 a remplacé, dès son entrée en vigueur, toutes les conventions bilatérales conclues entre États membres et comportant des règles de conflit en matière de faillite. Il existe en outre deux directives, posant des règles spécifiques à propos des entreprises d'assurance¹⁷⁶ et de crédit¹⁷⁷. Il faut également signaler les efforts européens d'harmonisation des droits matériels de l'insolvabilité, avec une première directive du 20 juin 2019¹⁷⁸, transposée en droit français par l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021. Une nouvelle proposition de directive, destinée à renforcer l'harmonisation, a été publiée le 7 décembre 2022¹⁷⁹.
- [429] Nous étudierons les dispositions du droit européen relatives aux règles de conflit, mises-en-œuvres par tous les juges européens, hors ceux du Danemark (2). Il faudra ensuite envisager les règles françaises de conflit (3).

¹⁷⁶ Directive 2001/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 mars 2001 concernant l'assainissement et la liquidation des entreprises d'assurance ; transposée en France dans le Code des assurances par l'ordonnance n° 2004-504 du 7 juin 2004.

¹⁷⁷ Directive 2001/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 avril 2001 concernant l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit ; transposée en France dans le Code monétaire et financier par l'ordonnance n° 2004-1127 du 21 octobre 2004.

¹⁷⁸ Directive (UE) 2019/1023 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes, et modifiant la directive (UE) 2017/1132 (directive sur la restructuration et l'insolvabilité).

¹⁷⁹ COM (2022) 702 final, 2022/0408 (COD); v. *JCP G* 2023, doct., n° 10, obs. M. Menjucq.

2 DROIT EUROPEEN

[430] Il faut distinguer les règles générales énoncées par le règlement (2.1) et les règles spécifiques à certaines entreprises (2.2).

2.1 REGLES GENERALES ENONCEES PAR LE REGLEMENT

[431] Les règles générales sont énoncées par le règlement n° 2015/848. Il faut d'abord préciser son champ d'application (2.1.1). Le règlement s'efforce de réaliser un compromis entre l'universalité et la territorialité de la faillite. Il comporte des règles de conflits de juridictions (2.1.2) et de lois (2.1.3). Il faut aussi évoquer les dispositions concernant le praticien de l'insolvabilité (2.1.4), la publicité des décisions relatives aux procédures d'insolvabilité (2.1.5), les procédures d'insolvabilité secondaires (2.1.6), la production des créances (2.1.7) et les groupes de sociétés (2.1.8).

2.1.1 Champ d'application

[432] Il faut préciser le champ d'application matériel (2.1.1.1) du règlement, ainsi que son champ d'application dans l'espace (2.1.1.2) et dans le temps (2.1.1.3).

2.1.1.1 *Champ d'application matériel*

[433] Le règlement concerne les procédures d'insolvabilité. L'article 1(1) explique de quelles procédures il s'agit :

1. Le présent règlement s'applique aux procédures collectives publiques, y compris les procédures provisoires, qui sont fondées sur des législations relatives à l'insolvabilité et au cours desquelles, aux fins d'un redressement, d'un ajustement de dettes, d'une réorganisation ou d'une liquidation :

a) un débiteur est totalement ou partiellement dessaisi de ses actifs et un praticien de l'insolvabilité est désigné ;

b) les actifs et les affaires d'un débiteur sont soumis au contrôle ou à la surveillance d'une juridiction ; ou

c) une suspension provisoire des poursuites individuelles est accordée par une juridiction ou de plein droit pour permettre des négociations entre le débiteur et ses créanciers, pour autant que la procédure pour laquelle la suspension est accordée prévoit des mesures adéquates pour protéger la masse des créanciers et, si aucun accord n'est dégagé, qu'elle soit préalable à l'une des procédures visées au point a) ou b).

Lorsque les procédures visées au présent paragraphe peuvent être engagées dans des situations où il n'existe qu'une probabilité d'insolvabilité, leur objectif doit être d'éviter l'insolvabilité du débiteur ou la cessation de ses activités.

La liste des procédures visées au présent paragraphe figure à l'annexe A.

[434] Le règlement utilise ici, et dans d'autres articles, la notion de masse des créanciers, abandonnée en France depuis la loi de 1985. Le règlement n'implique pas que cette masse a nécessairement la personnalité morale. Elle désigne, en réalité, l'ensemble des créanciers ayant un intérêt commun à faire valoir dans la procédure collective.

[435] Au-delà de cette définition, l'annexe A énumère, dans chaque pays, les procédures visées. Sous l'empire du règlement n° 1346/2000, la Cour de justice de l'Union européenne a précisé que les dispositions du règlement s'appliquent nécessairement à toutes les procédures inscrites à l'annexe A¹⁸⁰. Inversement, même si le règlement ne

¹⁸⁰ CJUE, 22 novembre 2012, *Bank Handlowy w Warszawie SA c. Christianapol sp. z o.o.*, aff. C-116/11, § 33. – CJUE, 21 janvier 2010, *MG Probud Gdynia sp. z o.o.*, C-444/07, § 39-40.

le dit pas, il ne s'applique pas aux procédures qui répondraient aux critères définis par l'article 1^{er} sans être inscrites dans l'annexe A. Ces critères servent à déterminer quelles procédures doivent être inscrites dans cette annexe. Pour la France, il s'agit des procédures suivantes :

- Sauvegarde.
- Sauvegarde accélérée.
- Sauvegarde financière accélérée.
- Redressement judiciaire.
- Liquidation judiciaire.

[436] Enfin, l'article 1(2) exclut l'application du règlement pour l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité contre certaines entreprises, qui relèvent de certaines directives spécifiques :

2. Le présent règlement ne s'applique pas aux procédures visées au paragraphe 1 qui concernent :

- a) les entreprises d'assurance ;
- b) les établissements de crédit ;
- c) les entreprises d'investissement et autres firmes, établissements ou entreprises, pour autant qu'ils relèvent de la directive 2001/24/CE ; ou
- d) les organismes de placement collectif.

2.1.1.2 Champ d'application dans l'espace

[437] Le champ d'application du règlement obéit également à un critère territorial. Cela résulte implicitement de l'article 3 et le paragraphe 25 du préambule le dit expressément :

Le présent règlement s'applique uniquement aux procédures concernant un débiteur dont le centre des intérêts principaux est situé dans l'Union.

[438] Rappelons qu'au sens du règlement, le Danemark n'est pas un État de l'Union. Le centre des intérêts principaux est le lieu présumé être, pour les sociétés, le siège social et, pour les personnes physiques, le centre d'activité principal (professionnel indépendant) ou la résidence habituelle. Par exemple, ne relève pas du règlement l'ouverture en France d'une procédure collective contre une société ayant son siège social en Suisse et un établissement secondaire à Lyon. Cela dit, ces présomptions sont réfragables¹⁸¹.

[439] Cela étant, si une entreprise à son siège dans un État membre et n'a aucun établissement, aucun actif et aucun créancier dans un autre État membre, il n'y a pas lieu d'appliquer le règlement. Celui-ci ne le précise pas mais c'est évident. Aucune de ses dispositions ne trouve alors à s'appliquer. En revanche, il suffit qu'un créancier se trouve dans un autre État membre pour que certaines dispositions du règlement trouvent à s'appliquer. C'est sans doute à tort que la circulaire d'application du règlement n° 1346/2000 laissait entendre que le règlement ne s'appliquait que si le débiteur avait des biens dans plusieurs États membres¹⁸². Lorsqu'un débiteur contre lequel une procédure collective a été ouverte en France a des créanciers dans d'autres États

¹⁸¹ V. infra, n° 447.

¹⁸² Circ. civ. 2006-19, 15 déc. 2006 : BO min. Justice n° 2007-01, 28 févr. 2007, §1.1.1.

membres de l'Union européenne, en plus des dispositions pertinentes du règlement, il faut aussi appliquer l'article R. 622-24 du Code de commerce, qui porte le délai de déclaration à quatre mois.

- [440] Toujours pour préciser le champ d'application territorial du règlement, il faut envisager la situation où un débiteur a le centre de ses intérêts principaux dans un État membre et un établissement ou des créanciers uniquement dans des États extérieurs à l'Union européenne. Dans un tel cas de figure, le règlement s'applique aussi, selon la Cour de justice¹⁸³, parce qu'aucune de ses dispositions n'exclut son application.

2.1.1.3 *Champ d'application dans le temps*

- [441] L'article 84 précise la date d'entrée en vigueur du règlement :

1. Les dispositions du présent règlement ne sont applicables qu'aux procédures d'insolvabilité ouvertes postérieurement au 26 juin 2017. Les actes accomplis par le débiteur avant cette date continuent d'être régis par la loi qui leur était applicable au moment où ils ont été accomplis.

2. Nonobstant l'article 91 du présent règlement, le règlement (CE) n° 1346/2000 continue de s'appliquer aux procédures d'insolvabilité relevant du champ d'application dudit règlement et qui ont été ouvertes avant le 26 juin 2017.

- [442] L'article 92 apporte des précisions supplémentaires :

Entrée en vigueur

Le présent règlement entre en vigueur le vingtième jour suivant celui de sa publication au Journal officiel de l'Union européenne.

Il est applicable à partir du 26 juin 2017, à l'exception de :

- a) l'article 86, qui est applicable à partir du 26 juin 2016 ;
- b) l'article 24, paragraphe 1, qui est applicable à partir du 26 juin 2018 ; et
- c) l'article 25, qui est applicable à partir du 26 juin 2019.

- [443] L'article 85 du règlement n° 848/2015 prévoit qu'il remplace un certain nombre de conventions conclues entre les États membres. L'article 44 du règlement n° 1346/2000 comportait des dispositions équivalentes.

- [444] L'article 91 abroge le règlement n° 1346/2000 :

Abrogation

Le règlement (CE) no 1346/2000 est abrogé.

Les références faites au règlement abrogé s'entendent comme faites au présent règlement et sont à lire selon le tableau de correspondance figurant à l'annexe D du présent règlement.

- [445] Cependant, le règlement n° 1346/2000 continue à s'appliquer aux procédures ouvertes avant le 26 juin 2017. Si on tient compte des articles 43 et 47 de ce règlement, on observe qu'il s'applique aux procédures d'insolvabilité ouvertes entre le 31 mai 2002 et le 25 juin 2017, inclus.

- [446] L'article 90 prévoit un réexamen périodique du règlement, afin de déterminer si des modifications sont souhaitables :

Clause de réexamen

¹⁸³ CJUE, 16 janvier 2014, *Schmid c. Hertel*, aff. C-328/12, § 29.

1. Au plus tard le 27 juin 2027, et tous les cinq ans par la suite, la Commission présente au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen un rapport relatif à l'application du présent règlement. Ce rapport est accompagné, le cas échéant, de propositions visant à adapter le présent règlement.

2. Au plus tard le 27 juin 2022, la Commission présente au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen un rapport relatif à l'application de la procédure de coordination collective. Ce rapport est accompagné, le cas échéant, de propositions visant à adapter le présent règlement.

3. Le 1er janvier 2016 au plus tard, la Commission présente au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen une étude concernant les problèmes transfrontaliers qui se posent dans le domaine de la responsabilité et des déchéances de dirigeants.

4. Au plus tard le 27 juin 2020, la Commission présente au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen une étude concernant la question de la recherche abusive de la juridiction la plus favorable.

2.1.2 Règles de conflits de juridictions

[447] Le principe au cœur du règlement, qui tend à centraliser le contentieux de la faillite, est que le juge de l'État membre dans lequel se trouve le centre des intérêts principaux du débiteur est seul compétent pour ouvrir la procédure d'insolvabilité principale, par opposition aux procédures secondaires.

[448] L'article 3(1) définit la notion de centre des intérêts principaux et pose cette règle de compétence :

1. Les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel est situé le centre des intérêts principaux du débiteur sont compétentes pour ouvrir la procédure d'insolvabilité (ci-après dénommée « procédure d'insolvabilité principale »). Le centre des intérêts principaux correspond au lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est vérifiable par des tiers.

Pour les sociétés et les personnes morales, le centre des intérêts principaux est présumé, jusqu'à preuve du contraire, être le lieu du siège statutaire. Cette présomption ne s'applique que si le siège statutaire n'a pas été transféré dans un autre État membre au cours des trois mois précédant la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.

Pour une personne physique exerçant une profession libérale ou toute autre activité d'indépendant, le centre des intérêts principaux est présumé, jusqu'à preuve du contraire, être le lieu d'activité principal de l'intéressé. Cette présomption ne s'applique que si le lieu d'activité principal de la personne physique n'a pas été transféré dans un autre État membre au cours des trois mois précédant la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.

Pour toute autre personne physique, le centre des intérêts principaux est présumé, jusqu'à preuve du contraire, être la résidence habituelle de l'intéressé. Cette présomption ne s'applique que si la résidence habituelle n'a pas été transférée dans un autre État membre au cours des six mois précédant la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.

[449] Les présomptions relatives à la localisation du centre des intérêts principaux des débiteurs sont réfragables. Le paragraphe 30 du préambule donne des indications sur les circonstances de nature à renverser la présomption :

[L]es présomptions selon lesquelles le siège statutaire, le lieu d'activité principal et la résidence habituelle constituent le centre des intérêts principaux devraient être réfragables, et la juridiction compétente d'un État membre devrait examiner attentivement si le centre des intérêts principaux du débiteur se situe réellement

dans cet État membre. Pour une société, il devrait être possible de renverser cette présomption si l'administration centrale de la société est située dans un État membre autre que celui de son siège statutaire et si une appréciation globale de l'ensemble des éléments pertinents permet d'établir, d'une manière vérifiable par des tiers, que le centre effectif de direction et de contrôle de ladite société ainsi que de la gestion de ses intérêts se situe dans cet autre État membre. Pour une personne physique n'exerçant pas une profession libérale ou toute autre activité d'indépendant, il devrait être possible de renverser cette présomption, par exemple si la majeure partie des actifs du débiteur est située en dehors de l'État membre de résidence habituelle du débiteur, ou s'il peut être établi que le principal motif de son déménagement était d'ouvrir une procédure d'insolvabilité auprès de la nouvelle juridiction et si l'ouverture de cette procédure risque de nuire sérieusement aux intérêts des créanciers dont les relations avec le débiteur ont débuté avant le déménagement.

[450] La Cour de justice a précisé que si le débiteur déplace le centre de ses intérêts principaux après la saisine du juge d'un État membre aux fins d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité mais avant qu'il ait rendu sa décision, le juge saisi demeure compétent¹⁸⁴.

[451] Les paragraphes 2 à 4 du même article précisent les règles de compétence liées à la localisation du centre des intérêts principaux du débiteur et autorisent, sous certaines conditions, l'ouverture d'autres procédures, aux effets limités. En principes, ces procédures, dites secondaires, ne peuvent être ouvertes qu'après la procédure principale. Dans certains cas, elles peuvent l'être avant. Elles sont alors dites territoriales et deviennent secondaires si une procédure principale est entre-temps ouverte :

2. Lorsque le centre des intérêts principaux du débiteur est situé sur le territoire d'un État membre, les juridictions d'un autre État membre ne sont compétentes pour ouvrir une procédure d'insolvabilité à l'égard de ce débiteur que si celui-ci possède un établissement sur le territoire de cet autre État membre. Les effets de cette procédure sont limités aux biens du débiteur se trouvant sur ce dernier territoire.

3. Lorsqu'une procédure d'insolvabilité a été ouverte en application du paragraphe 1, toute procédure ouverte ultérieurement en application du paragraphe 2 est une procédure d'insolvabilité secondaire.

4. La procédure d'insolvabilité territoriale visée au paragraphe 2 ne peut être ouverte avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité principale en application du paragraphe 1 que si :

a) une procédure d'insolvabilité ne peut pas être ouverte en application du paragraphe 1 en raison des conditions établies par le droit de l'État membre sur le territoire duquel est situé le centre des intérêts principaux du débiteur ; ou

b) l'ouverture de la procédure d'insolvabilité territoriale est demandée par :

i) un créancier dont la créance est née de l'exploitation d'un établissement situé sur le territoire de l'État membre dans lequel l'ouverture de la procédure territoriale est demandée, ou est liée à celle-ci ; ou

ii) une autorité publique qui, en vertu du droit de l'État membre sur le territoire duquel l'établissement est situé, a le droit de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.

Lorsqu'une procédure d'insolvabilité principale est ouverte, la procédure d'insolvabilité territoriale devient une procédure d'insolvabilité secondaire.

¹⁸⁴ CJUE, 24 mars 2022, aff. C-723/20, *Galapagos BidCo* ; CJUE, 17 janvier 2006, aff. C-1/04, *Staubitz-Schreiber*.

[452] La Cour de Justice de l'Union européenne¹⁸⁵ et la Cour de cassation ont précisé que le juge français, saisi d'une procédure d'insolvabilité principale contre une société ayant le centre de ses intérêts principaux en France, ne peut étendre cette procédure à une autre société pour confusion de patrimoine que s'il est également compétent à l'égard de cette dernière. Tel n'est pas le cas si elle a le centre de ses intérêts principaux dans un autre État membre de l'Union européenne¹⁸⁶.

[453] L'article 4 comporte des règles procédurales :

Vérification de la compétence

1. La juridiction saisie d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité examine d'office si elle est compétente en vertu de l'article 3. Dans sa décision d'ouverture de la procédure d'insolvabilité, la juridiction indique les fondements de sa compétence, et précise notamment si sa compétence est fondée sur le paragraphe 1 ou 2 de l'article 3.

2. Sans préjudice du paragraphe 1, lorsqu'une procédure d'insolvabilité est ouverte conformément au droit national en dehors de toute décision juridictionnelle, les États membres peuvent charger le praticien de l'insolvabilité désigné dans ladite procédure d'examiner si l'État membre dans lequel une demande d'ouverture d'une procédure est en cours est compétent en vertu de l'article 3. Si tel est le cas, le praticien de l'insolvabilité indique, dans la décision d'ouverture de la procédure, les fondements de cette compétence, et précise notamment si ladite compétence est fondée sur le paragraphe 1 ou 2 de l'article 3.

[454] L'article 2(5) définit la notion de « *praticien de l'insolvabilité* » :

toute personne ou tout organe dont la fonction, y compris à titre intérimaire, consiste à :

- i) vérifier et admettre les créances soumises dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité ;
- ii) représenter l'intérêt collectif des créanciers ;
- iii) administrer, en tout ou en partie, les actifs dont le débiteur est dessaisi ;
- iv) liquider les actifs visés au point iii); ou
- v) surveiller la gestion des affaires du débiteur.

[455] L'article 5 concerne le :

Contrôle juridictionnel de la décision d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité principale

1. Le débiteur ou tout créancier peut attaquer devant une juridiction la décision d'ouverture de la procédure d'insolvabilité principale pour des motifs de compétence internationale.

2. La décision d'ouverture de la procédure d'insolvabilité principale peut être attaquée par des parties autres que celles visées au paragraphe 1, ou pour des motifs autres que l'absence de compétence internationale, si le droit national le prévoit.

¹⁸⁵ CJUE, 15 décembre. 2011, aff. C-191/10, *Rastelli*.

¹⁸⁶ Cass. com., 13 septembre 2023, n° 22-12.855, *JCP G* 2024, doct. 141, n° 9, obs. M. Menjucq ; *Act. proc. coll.* 2023, alerte 206, obs. V. Legrand ; BJE nov.-déc. 2023, p. 42, note E. Fabries Lecea ; *Bull. Joly Soc.*, déc. 2023, p. 41, note F. Jault-Seseke et D. Robine. – V. déjà, sous l'empire de l'ancien règlement : Cass. com., 10 mai 2012, n° 09-12.642, *Bull. Joly Soc.*, juill.-août 2012, p. 576, note N. Borga. – Cass. com., 7 octobre 2020, n° 19-13.688 *Bull. Joly Entr. en diff.*, mars 2021, p. 60, obs. E. Fabries Lecea.

[456] L'article 6 étend quelque peu la compétence des juridictions de l'État membre où une procédure d'insolvabilité a été ouverte :

Compétence juridictionnelle pour une action qui découle directement de la procédure d'insolvabilité et qui y est étroitement liée

1. Les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel la procédure d'insolvabilité a été ouverte en application de l'article 3 sont compétentes pour connaître de toute action qui découle directement de la procédure d'insolvabilité et y est étroitement liée, telles les actions révocatoires.

2. Lorsqu'une action visée au paragraphe 1 est liée à une action en matière civile et commerciale intentée contre le même défendeur, le praticien de l'insolvabilité peut porter les deux actions devant les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel le défendeur est domicilié ou, si l'action est dirigée contre plusieurs défendeurs, devant les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel l'un d'eux est domicilié, à condition que ces juridictions soient compétentes en vertu du règlement (UE) no 1215/2012.

Le premier alinéa s'applique au débiteur non dessaisi, pour autant que le droit national l'autorise à intenter des actions au nom de la masse de l'insolvabilité.

3. Sont réputées connexes, aux fins du paragraphe 2, les actions qui sont à ce point étroitement liées qu'il y a un intérêt à les instruire et à les juger en même temps afin d'éviter que ne soient rendues des décisions inconciliables, issues de procédures séparées.

[457] Enfin, l'article 33 permet à un État membre de refuser la reconnaissance d'une procédure d'insolvabilité ouverte dans un autre État membre, selon le mécanisme bien connu en droit international privé de l'ordre public international :

Ordre public

Tout État membre peut refuser de reconnaître une procédure d'insolvabilité ouverte dans un autre État membre ou d'exécuter une décision rendue dans le cadre d'une telle procédure, lorsque cette reconnaissance ou cette exécution produirait des effets manifestement contraires à son ordre public, en particulier à ses principes fondamentaux ou aux droits et aux libertés individuelles garantis par sa constitution.

2.1.3 Règles de conflits de lois

[458] Le principe est l'application de la loi du pays d'ouverture (2.1.3.1), la *lex concursus*. Par exception, on applique parfois d'autres lois (2.1.3.2).

2.1.3.1 Principe : loi du pays d'ouverture

[459] Le principe posé par le règlement est la reconnaissance de plein droit du jugement d'ouverture de toute procédure d'insolvabilité, principale, territoriale ou secondaire, à condition que la juridiction qui l'a ouverte ait été compétente en vertu du règlement. En revanche, peu importe que le débiteur ne puisse pas faire l'objet d'une procédure collective selon la loi d'autres États membres. C'est la loi du pays d'ouverture qui prime. L'article 19 dispose ainsi :

Principe

1. Toute décision ouvrant une procédure d'insolvabilité rendue 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 ses effets dans l'État d'ouverture.

La règle énoncée au premier alinéa s'applique également lorsqu'un débiteur, du fait de sa qualité, n'est pas susceptible de faire l'objet d'une procédure d'insolvabilité dans d'autres États membres.

2. La reconnaissance de la procédure visée à l'article 3, paragraphe 1, ne fait pas obstacle à l'ouverture de la procédure visée à l'article 3, paragraphe 2, par une juridiction d'un autre État membre. Dans ce cas, cette dernière procédure est une procédure d'insolvabilité secondaire au sens du chapitre III.

- [460] Dans le prolongement de ce principe, l'article 20 précise que c'est la loi du pays d'ouverture qui gouverne les effets du jugement d'ouverture de la procédure d'insolvabilité et que ces effets se produisent, en principe, dans tous les États membres. Toutefois, cet article apporte immédiatement un tempérament à ce principe, afin de ménager l'efficacité, le cas échéant, des procédures secondaires :

Effets de la reconnaissance

1. La décision d'ouverture de la procédure d'insolvabilité visée à l'article 3, paragraphe 1, produit, sans aucune autre formalité, dans tout autre État membre les mêmes effets que ceux prévus par la loi de l'État d'ouverture, sauf disposition contraire du présent règlement et aussi longtemps qu'aucune procédure visée à l'article 3, paragraphe 2, n'est ouverte dans cet autre État membre.

2. Les effets de la procédure visée à l'article 3, paragraphe 2, ne peuvent pas être contestés dans d'autres États membres. Toute limitation des droits des créanciers, notamment un sursis de paiement ou une remise de dette, ne peut être opposée, quant aux biens situés sur le territoire d'un autre État membre, qu'aux créanciers qui ont exprimé leur accord.

- [461] L'article 32 concerne la reconnaissance et les effets des autres décisions relatives à une procédure d'insolvabilité :

Reconnaissance et caractère exécutoire d'autres décisions

1. Les décisions relatives au déroulement et à la clôture d'une procédure d'insolvabilité rendues par une juridiction dont la décision d'ouverture est reconnue conformément à l'article 19 ainsi que les concordats approuvés par une telle juridiction sont également reconnus sans autre formalité. Ces décisions sont exécutées conformément aux articles 39 à 44 et 47 à 57 du règlement (UE) no 1215/2012.

Le premier alinéa s'applique également aux décisions qui découlent directement de la procédure d'insolvabilité et qui y sont étroitement liées, même si elles ont été rendues par une autre juridiction.

Le premier alinéa s'applique également aux décisions relatives aux mesures conservatoires prises après la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ou en rapport avec celle-ci.

2. La reconnaissance et l'exécution de décisions autres que celles visées au paragraphe 1 du présent article sont régies par le règlement (UE) no 1215/2012, pour autant que ledit règlement soit applicable.

- [462] Ici, il est renvoyé aux dispositions du règlement Bruxelles I bis.

- [463] L'article 7 rappelle, lui aussi, le principe selon lequel les effets de la procédure d'insolvabilité principale sont déterminés par la loi du pays d'ouverture. Il comporte une liste de questions régies par cette loi. L'adverbe « *notamment* » montre bien que cette liste est indicative. Toute autre question non spécialement visée par le règlement relève de la loi du pays d'ouverture :

Loi applicable

1. Sauf disposition contraire du présent règlement, la loi applicable à la procédure d'insolvabilité et à ses effets est celle de l'État membre sur le territoire duquel cette procédure est ouverte (ci-après dénommé « État d'ouverture »).

2. La loi de l'État d'ouverture détermine les conditions liées à l'ouverture, au déroulement et à la clôture de la procédure d'insolvabilité. Elle détermine notamment les éléments suivants :

- a) les débiteurs susceptibles de faire l'objet d'une procédure d'insolvabilité du fait de leur qualité ;
- b) les biens qui font partie de la masse de l'insolvabilité et le sort des biens acquis par le débiteur ou qui lui reviennent après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ;
- c) les pouvoirs respectifs du débiteur et du praticien de l'insolvabilité ;
- d) les conditions d'opposabilité d'une compensation ;
- e) les effets de la procédure d'insolvabilité sur les contrats en cours auxquels le débiteur est partie ;
- f) les effets de la procédure d'insolvabilité sur les procédures engagées par des créanciers individuels, à l'exception des instances en cours ;
- g) les créances à produire au passif du débiteur et le sort des créances nées après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ;
- h) les règles régissant la production, la vérification et l'admission des créances ;
- i) les règles régissant la distribution du produit de la réalisation des actifs, le rang des créances et les droits des créanciers qui ont été partiellement désintéressés après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité en vertu d'un droit réel ou par l'effet d'une compensation ;
- j) les conditions et les effets de la clôture de la procédure d'insolvabilité, notamment par concordat ;
- k) les droits des créanciers après la clôture de la procédure d'insolvabilité ;
- l) la charge des frais et des dépenses de la procédure d'insolvabilité ;
- m) les règles relatives à la nullité, à l'annulation ou à l'inopposabilité des actes juridiques préjudiciables à la masse des créanciers.

[464] Rappelons que l'article 19(1), alinéa 1^{er}, fait écho à l'article 7(1)(a) : la loi du pays d'ouverture seule détermine qui peut faire l'objet d'une procédure collective. Le jugement d'ouverture produit ses effets dans tous les États membres, y compris ceux où le débiteur n'appartient pas à la catégorie des personnes pouvant faire l'objet d'une procédure d'insolvabilité.

2.1.3.2 Exceptions : application ponctuelle d'autres lois ou de règles matérielles

[465] Les articles 8 à 17 comportent toutefois des dispositions spécifiques à propos de certains effets de la procédure d'insolvabilité principale. La plupart de ces dispositions réservent l'application d'autres lois nationales mais on y trouve aussi quelques règles matérielles. Il convient de les lire attentivement.

[466] L'article 8 concerne les droits réels des tiers constituant des sûretés, à propos desquels l'application de la loi du pays d'ouverture est écartée :

1. L'ouverture de la procédure d'insolvabilité n'affecte pas le droit réel d'un créancier ou d'un tiers sur des biens corporels ou incorporels, meubles ou immeubles, à la fois des biens déterminés et des ensembles de biens indéterminés dont la composition est sujette à modification, appartenant au débiteur et qui sont situés, au moment de l'ouverture de la procédure, sur le territoire d'un autre État membre.

2. Les droits visés au paragraphe 1 sont notamment :

a) le droit de réaliser ou de faire réaliser un bien et d'être désintéressé par le produit ou les revenus de ce bien, en particulier en vertu d'un gage ou d'une hypothèque ;

b) le droit exclusif de recouvrer une créance, notamment en vertu de la mise en gage ou de la cession de cette créance à titre de garantie ;

c) le droit de revendiquer un bien et/ou d'en réclamer la restitution entre les mains de quiconque le détient ou en jouit contre la volonté de l'ayant droit;

d) le droit réel de percevoir les fruits d'un bien.

3. Est assimilé à un droit réel le droit, inscrit dans un registre public et opposable aux tiers, sur le fondement duquel un droit réel au sens du paragraphe 1 peut être obtenu.

4. Le paragraphe 1 ne fait pas obstacle aux actions en nullité, en annulation ou en inopposabilité visées à l'article 7, paragraphe 2, point m).

[467] A propos de la compensation des créances avec celles du débiteur, l'article 9 fait une concession à la loi applicable à la créance :

1. L'ouverture de la procédure d'insolvabilité n'affecte pas le droit des créanciers d'invoquer la compensation de leurs créances avec les créances du débiteur, lorsque cette compensation est permise par la loi applicable à la créance du débiteur insolvable.

2. Le paragraphe 1 ne fait pas obstacle aux actions en nullité, en annulation ou en inopposabilité visées à l'article 7, paragraphe 2, point m).

[468] L'ouverture d'une procédure d'insolvabilité contre l'acquéreur ou le vendeur d'un bien cédé avec clause de réserve de propriété peut produire des effets sur les droits du bénéficiaire de la clause. Ici, l'article 10 écarte, dans certains cas de figure, l'application de la loi du pays d'ouverture de la faillite et énonce des règles matérielles :

1. L'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre de l'acheteur d'un bien n'affecte pas les droits des vendeurs qui sont fondés sur une réserve de propriété, lorsque ce bien est situé, au moment de l'ouverture de la procédure, sur le territoire d'un État membre autre que l'État d'ouverture.

2. L'ouverture d'une procédure d'insolvabilité contre le vendeur d'un bien, après la livraison de ce bien, ne constitue pas une cause de résolution ou de résiliation de la vente et ne fait pas obstacle à l'acquisition par l'acheteur de la propriété du bien vendu, lorsque ce bien est situé au moment de l'ouverture de la procédure sur le territoire d'un État membre autre que l'État d'ouverture.

3. Les paragraphes 1 et 2 ne font pas obstacle aux actions en nullité, en annulation ou en inopposabilité visées à l'article 7, paragraphe 2, point m).

b) si aucune procédure d'insolvabilité n'a été ouverte dans cet État membre.

[469] A propos des contrats portant sur des biens immobiliers, l'article 11 prévoit que les effets de la procédure d'insolvabilité relèvent de la *lex rei sitae* :

1. Les effets de la procédure d'insolvabilité sur un contrat donnant le droit d'acquérir un bien immobilier ou d'en jouir sont régis exclusivement par la loi de l'État membre sur le territoire duquel ce bien est situé.

2. La juridiction qui a ouvert la procédure d'insolvabilité principale est compétente pour approuver la résiliation ou la modification des contrats visés dans le présent article, dans les cas où :

a) la loi de l'État membre applicable à ces contrats exige que ce type de contrats ne peut être résilié ou modifié qu'avec l'approbation de la juridiction qui a ouvert la procédure d'insolvabilité ; et

- [470] L'article 12 concerne les systèmes de paiement et marchés financiers et réserve l'application de la loi qui leur est applicable :
1. Sans préjudice de l'article 8, les effets de la procédure d'insolvabilité sur les droits et obligations des participants à un système de paiement ou de règlement ou à un marché financier sont régis exclusivement par la loi de l'État membre applicable audit système ou marché.
 2. Le paragraphe 1 ne fait pas obstacle à l'exercice d'une action en nullité, en annulation ou en inopposabilité des paiements ou des transactions en vertu de la loi applicable au système de paiement ou au marché financier concerné.
- [471] L'article 13 réserve l'application de la loi gouvernant les contrats de travail :
1. Les effets de la procédure d'insolvabilité sur les contrats de travail et sur les relations de travail sont régis exclusivement par la loi de l'État membre applicable au contrat de travail.
 2. Les juridictions de l'État membre dans lequel une procédure d'insolvabilité secondaire peut être ouverte demeurent compétentes pour approuver la résiliation ou la modification des contrats visés au présent article, même si aucune procédure d'insolvabilité n'a été ouverte dans cet État membre.
- Le premier alinéa s'applique également à une autorité compétente en vertu du droit national pour approuver la résiliation ou la modification des contrats visés au présent article.
- [472] L'article 14 concerne les effets de la procédure d'insolvabilité sur les droits soumis à enregistrement :
- Les effets de la procédure d'insolvabilité sur les droits d'un débiteur sur un bien immobilier, un navire ou un aéronef qui sont soumis à inscription dans un registre public sont régis par la loi de l'État membre sous l'autorité duquel ce registre est tenu.
- [473] Selon l'article 15, les brevets européens à effet unitaire et marques communautaires ne peuvent être appréhendés que dans le cadre de la procédure d'insolvabilité principale :
- Aux fins du présent règlement, un brevet européen à effet unitaire, une marque communautaire ou tout autre droit analogue établi par le droit de l'Union ne peut être inclus que dans la procédure visée à l'article 3, paragraphe 1.
- [474] L'article 16 permet, dans certaines conditions, au bénéficiaire d'un acte préjudiciable à l'ensemble des créanciers d'échapper aux dispositions de la loi d'ouverture prescrivant l'annulation ou l'inopposabilité de l'acte :
- Actes préjudiciables
- L'article 7, paragraphe 2, point m), n'est pas applicable lorsque celui qui a bénéficié d'un acte préjudiciable à l'ensemble des créanciers apporte la preuve :
- a) que cet acte est soumis à la loi d'un État membre autre que l'État d'ouverture ;
et
 - b) que la loi dudit État membre ne permet en l'espèce, par aucun moyen, d'attaquer cet acte.
- [475] Concernant la validité des actes de disposition conclu après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, l'article 17 fait prévaloir, pour les immeubles, la *lex rei sitae* et, pour les navires, aéronefs et valeurs mobilières, la loi du pays d'enregistrement :
- Protection du tiers acquéreur
- Lorsque, par un acte conclu après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, un débiteur dispose à titre onéreux :
- a) d'un bien immobilier ;

- b) d'un navire ou d'un aéronef soumis à inscription dans un registre public ; ou
- c) de valeurs mobilières dont l'existence nécessite une inscription dans un registre prévu par la loi,

la validité de cet acte est régie par la loi de l'État sur le territoire duquel ce bien immobilier est situé, ou sous l'autorité duquel ce registre est tenu.

[476] L'article est intitulé « protection du tiers acquéreur » mais ne limite pas le bénéfice du principe qu'il pose au seul tiers-acquéreur. Cela signifie que, pour toutes les parties et pour la masse des créanciers, la validité d'un tel acte relève de la loi applicable à la chose et non de la loi de la faillite, par exception à l'article 7(2)(m).

[477] Enfin, l'article 18 pose un principe spécifique aux instances en cours, auxquelles l'article 7(2)(f) ne s'applique pas :

Effets de la procédure d'insolvabilité sur les instances ou les procédures arbitrales en cours

Les effets de la procédure d'insolvabilité sur une instance ou une procédure arbitrale en cours concernant un bien ou un droit qui fait partie de la masse de l'insolvabilité d'un débiteur sont régis exclusivement par la loi de l'État membre dans lequel l'instance est en cours ou dans lequel le tribunal arbitral a son siège.

[478] Par exemple, sous l'empire de ce texte, si une procédure d'insolvabilité principale est ouverte, en Pologne, contre une société polonaise, l'effet de cette procédure sur un arbitrage en cours à Londres est déterminé par la loi anglaise, selon laquelle la procédure arbitrale peut se poursuivre. Peu importe que la loi polonaise sur les faillites prévoit que toutes conventions d'arbitrages conclues par le débiteur sont caduques du fait de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité¹⁸⁷.

[479] L'article 31 contient une règle matérielle applicable au cas où un débiteur du débiteur exécute une obligation envers le débiteur lui-même, sans tenir compte de l'ouverture de la procédure :

Exécution au profit du débiteur

1. Celui qui, dans un État membre, exécute une obligation au profit d'un débiteur soumis à une procédure d'insolvabilité ouverte dans un autre État membre, alors qu'il aurait dû le faire au profit du praticien de l'insolvabilité de cette procédure, est libéré s'il ignorait l'ouverture de la procédure.

2. Celui qui a exécuté cette obligation avant les mesures de publicité prévues à l'article 28 est présumé, jusqu'à preuve du contraire, avoir ignoré l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Celui qui l'a exécutée après ces mesures de publicité est présumé, jusqu'à preuve du contraire, avoir eu connaissance de l'ouverture de la procédure.

2.1.4 Mission du praticien de l'insolvabilité

[480] Le praticien de l'insolvabilité est, selon l'article 2(5) :

toute personne ou tout organe dont la fonction, y compris à titre intérimaire, consiste à :

- i) vérifier et admettre les créances soumises dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité ;
- ii) représenter l'intérêt collectif des créanciers ;

¹⁸⁷ *Syska v Vivendi Universal*, [2009] EWCA Civ 677. V. D. Baizeau, « Compétence de l'arbitre et faillite à la lumière des arrêts anglais et suisse dans l'affaire Vivendi c/ Elektrim », *Gaz. Pal., Cah. arb.*, 27 octobre 2009, n° 300, p. 5.

- iii) administrer, en tout ou en partie, les actifs dont le débiteur est dessaisi ;
- iv) liquider les actifs visés au point iii); ou
- v) surveiller la gestion des affaires du débiteur.

[481] L'annexe B indique, pour chaque pays, quels professionnels sont, au sens du règlement, des praticiens de l'insolvabilité. En France, il s'agit, selon les cas, du mandataire judiciaire, du liquidateur, de l'administrateur judiciaire et du commissaire à l'exécution du plan.

[482] Les paragraphes 1 et 3 de l'article 21 posent le principe, logique, selon lequel le praticien de l'insolvabilité désigné par le jugement d'ouverture peut exercer ses pouvoirs dans toute l'Union européenne (hors Danemark), tout en y apportant des tempéraments nécessaires, pour ménager la possibilité de procédures d'insolvabilité secondaires et pour réserver l'application de la loi où se trouvent les biens appréhendés :

Pouvoirs du praticien de l'insolvabilité

1. Le praticien de l'insolvabilité désigné par une juridiction compétente en vertu de l'article 3, paragraphe 1, peut exercer dans un autre État membre tous les pouvoirs qui lui sont conférés par la loi de l'État d'ouverture, aussi longtemps qu'aucune autre procédure d'insolvabilité n'a été ouverte dans cet autre État membre et qu'aucune mesure conservatoire contraire n'y a été prise à la suite d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans cet État. Sous réserve des articles 8 et 10, le praticien de l'insolvabilité peut notamment déplacer les actifs du débiteur hors du territoire de l'État membre dans lequel ils se trouvent.

3. Dans l'exercice de ses pouvoirs, le praticien de l'insolvabilité respecte la loi de l'État membre sur le territoire duquel il entend agir, en particulier quant aux modalités de réalisation des actifs. Ces pouvoirs ne peuvent inclure l'emploi de moyens contraignants, à moins qu'ils ne soient ordonnés par une juridiction de cet État membre, ni le droit de statuer sur une action en justice ou un différend.

[483] Le paragraphe 2 du même article concerne le praticien de l'insolvabilité désigné par le juge ayant, le cas échéant, ouvert une procédure secondaire :

2. Le praticien de l'insolvabilité désigné par une juridiction compétente en vertu de l'article 3, paragraphe 2, peut faire valoir dans tout autre État membre, par voie judiciaire ou extrajudiciaire, qu'un bien mobilier a été transféré du territoire de l'État d'ouverture sur le territoire de cet autre État membre après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Le praticien de l'insolvabilité peut également exercer toute action révocatoire utile aux intérêts des créanciers.

[484] L'article 22 concerne la :

Preuve de la désignation du praticien de l'insolvabilité

La désignation du praticien de l'insolvabilité est établie par la présentation d'une copie, certifiée conforme à l'original, de la décision qui le nomme, ou par tout autre certificat établi par la juridiction compétente.

Une traduction dans la langue officielle ou une des langues officielles de l'État membre sur le territoire duquel il entend agir peut être exigée. Aucune légalisation ou autre formalité analogue n'est requise.

[485] L'article 23 est destiné à préserver le principe d'égalité des créanciers dans le cas où l'un d'eux est parvenu à se faire payer sa créance, en tout ou en partie, sur un bien situé dans un État membre autre que le jugement d'ouverture :

Restitution et imputation

1. Le créancier qui, après l'ouverture de la procédure visée à l'article 3, paragraphe 1, obtient par tout moyen, notamment par des voies d'exécution, satisfaction totale ou partielle en ce qui concerne sa créance sur les biens du débiteur qui se situent sur le territoire d'un autre État membre restitue ce qu'il a obtenu au praticien de l'insolvabilité, sous réserve des articles 8 et 10.

2. Afin d'assurer un traitement égal des créanciers, un créancier qui a obtenu, dans une procédure d'insolvabilité, un dividende sur sa créance ne participe aux répartitions ouvertes dans une autre procédure que lorsque les créanciers de même rang ou de même catégorie ont obtenu, dans cette autre procédure, un dividende équivalent.

2.1.5 Publicité des décisions relatives aux procédures d'insolvabilité

[486] Les articles 24 à 30 sont destinés à assurer la publicité des décisions relatives aux procédures d'insolvabilité. Ces articles n'appellent pas de commentaires. Ils sont assez techniques et se suffisent à eux-mêmes. L'article 24 impose à chaque État membre de créer un registre d'insolvabilité :

Création de registres d'insolvabilité

1. Les États membres créent et tiennent, sur leur territoire, un ou plusieurs registres dans lesquels sont publiées des informations concernant les procédures d'insolvabilité (ci-après dénommés « registres d'insolvabilité »). Ces informations sont publiées dès que possible après l'ouverture de ces procédures.

2. Les informations visées au paragraphe 1 du présent article sont rendues publiques, sous réserve des conditions prévues à l'article 27, et comportent les éléments suivants (ci-après dénommés « informations obligatoires »):

a) la date d'ouverture de la procédure d'insolvabilité ;

b) la juridiction qui ouvre la procédure d'insolvabilité et le numéro de référence de l'affaire, le cas échéant ;

c) le type de procédure d'insolvabilité visée à l'annexe A qui a été ouverte et, le cas échéant, tout sous-type pertinent de procédure ouverte conformément au droit national ;

d) l'indication selon laquelle la compétence pour l'ouverture d'une procédure est fondée sur l'article 3, paragraphe 1, 2 ou 4 ;

e) si le débiteur est une société ou une personne morale, le nom du débiteur, son numéro d'enregistrement, son siège statutaire ou, si elle est différente, son adresse postale ;

f) si le débiteur est une personne physique exerçant une profession libérale ou toute autre activité d'indépendant, le nom du débiteur, son numéro d'enregistrement, le cas échéant, et son adresse postale ou, si l'adresse est protégée, son lieu et sa date de naissance ;

g) le nom, l'adresse postale ou l'adresse électronique du praticien de l'insolvabilité désigné, le cas échéant, dans la procédure ;

h) le délai fixé pour la production des créances, le cas échéant, ou une référence aux critères à utiliser pour calculer ce délai ;

i) la date de clôture de la procédure d'insolvabilité principale, le cas échéant ;

j) la juridiction devant laquelle et, le cas échéant, le délai dans lequel un recours contre la décision d'ouverture de la procédure d'insolvabilité doit être formé, conformément à l'article 5, ou une référence aux critères à utiliser pour calculer ce délai.

3. Le paragraphe 2 n'empêche pas les États membres de faire figurer des documents ou d'autres informations dans leurs registres d'insolvabilité nationaux, tels que les déchéances de dirigeants liées à des situations d'insolvabilité.

4. Les États membres ne sont pas tenus de faire figurer dans les registres d'insolvabilité les informations visées au paragraphe 1 du présent article concernant des personnes physiques n'exerçant pas une profession libérale ou toute autre activité d'indépendant, ni de rendre ces informations disponibles au public par l'intermédiaire du système d'interconnexion de ces registres, pour autant que des créanciers étrangers connus soient informés, conformément à l'article 54, des éléments visés au paragraphe 2, point j), du présent article.

Lorsqu'un État membre fait usage de la possibilité visée au premier alinéa, la procédure d'insolvabilité n'affecte pas les créances des créanciers étrangers qui n'ont pas reçu les informations visées au premier alinéa.

5. La publication d'informations dans les registres, réalisée en vertu du présent règlement, n'a pas d'autres effets juridiques que ceux définis dans le droit national et à l'article 55, paragraphe 6.

[487] L'article 25 est destiné à assurer un accès aisé, dans toute l'Union européenne, aux informations publiées sur les procédures d'insolvabilité :

Interconnexion des registres d'insolvabilité

1. La Commission met en place, par voie d'actes d'exécution, un système décentralisé permettant l'interconnexion des registres d'insolvabilité. Ce système comporte les registres d'insolvabilité et le portail européen e-Justice, qui sert de point central d'accès public par voie électronique aux informations disponibles dans le système. Le système propose une fonction de recherche dans toutes les langues officielles des institutions de l'Union afin de permettre l'accès aux informations obligatoires ainsi qu'aux autres documents ou informations figurant dans les registres d'insolvabilité que les États membres décideraient de rendre disponibles par l'intermédiaire du portail européen e-Justice.

2. Par voie d'actes d'exécution pris en conformité avec la procédure visée à l'article 87, la Commission adopte, au plus tard le 26 juin 2019 :

a) le cahier des charges précisant les modes de communication et d'échange d'informations par voie électronique compte tenu de la spécification d'interface retenue pour le système d'interconnexion des registres d'insolvabilité ;

b) les mesures techniques garantissant les normes minimales de sécurité des technologies de l'information pour la communication et la diffusion de l'information au sein du système d'interconnexion des registres d'insolvabilité ;

c) les critères minimaux de la fonction de recherche proposée par le portail européen e-Justice compte tenu des informations énoncées à l'article 24 ;

d) les critères minimaux de présentation des résultats de ces recherches compte tenu des informations énoncées à l'article 24 ;

e) les modalités et les conditions techniques de disponibilité des services fournis par le système d'interconnexion ; et

f) un glossaire comportant une explication de base des procédures nationales d'insolvabilité dont la liste figure à l'annexe A.

[488] L'article 87 dispose que la Commission adopte des actes d'exécution en vue de l'interconnexion des registres, conformément à la procédure d'examen visée à l'article 89(3), qui renvoie à la procédure décrite par l'article 5 du règlement n° 182/2011.

[489] L'article 26 traite des coûts liés à la création de ces registres :

Coût de la création et de l'interconnexion des registres d'insolvabilité

1. La création, la tenue et le développement futur du système d'interconnexion des registres d'insolvabilité sont financés sur le budget général de l'Union.

2. Chaque État membre supporte les coûts de création et d'adaptation nécessaires pour permettre l'interopérabilité de ses registres d'insolvabilité

nationaux avec le portail européen e-Justice, ainsi que les coûts de gestion, d'exploitation et de tenue de ces registres. Cela s'entend sans préjudice de la possibilité pour les États membres de solliciter l'octroi de subventions destinées au soutien de ces activités dans le cadre des programmes financiers de l'Union.

[490] L'article 27 traite de l'accès aux informations :

Conditions d'accès aux informations par l'intermédiaire du système d'interconnexion

1. Les États membres veillent à ce que les informations obligatoires visées à l'article 24, paragraphe 2, points a) à j), soient disponibles gratuitement par l'intermédiaire du système d'interconnexion des registres d'insolvabilité.

2. Le présent règlement n'empêche pas les États membres de réclamer des droits raisonnables pour accorder l'accès aux documents ou autres informations visés à l'article 24, paragraphe 3, par l'intermédiaire du système d'interconnexion des registres d'insolvabilité.

3. Les États membres peuvent subordonner l'accès aux informations obligatoires concernant des personnes physiques n'exerçant pas une profession libérale ou toute autre activité d'indépendant, ainsi que des personnes physiques exerçant une profession libérale ou toute autre activité d'indépendant lorsque la procédure d'insolvabilité n'est pas liée à cette activité, à des critères de recherche supplémentaires concernant le débiteur, en plus des critères minimaux visés à l'article 25, paragraphe 2, point c).

4. Les États membres peuvent exiger que l'accès aux informations visées au paragraphe 3 soit subordonné à une demande adressée à l'autorité compétente. Ils peuvent subordonner cet accès à la vérification de l'existence d'un intérêt légitime à accéder à ces informations. La personne requérante doit avoir la possibilité de soumettre sa demande d'information par voie électronique, au moyen d'un formulaire uniformisé par l'intermédiaire du portail européen e-Justice. Lorsqu'un intérêt légitime est exigé, la personne requérante est autorisée à justifier sa demande en envoyant des copies électroniques des documents pertinents. La personne requérante reçoit une réponse de l'autorité compétente dans les trois jours ouvrables.

La personne requérante n'est pas tenue de fournir des traductions des documents justifiant sa demande ni de prendre en charge les frais éventuels de traduction auxquels l'autorité compétente pourrait être exposée.

[491] L'article 28 impose, dans certains cas, la publication du jugement d'ouverture à dans les autres États membres :

Publication dans un autre État membre

1. Le praticien de l'insolvabilité ou le débiteur non dessaisi demande que le contenu essentiel de la décision d'ouverture de la procédure d'insolvabilité et, le cas échéant, de la décision de désignation du praticien de l'insolvabilité soit publié dans tout autre État membre où est situé un établissement du débiteur, conformément aux modalités de publication prévues dans cet État membre. Cette publication mentionne, le cas échéant, le praticien de l'insolvabilité désigné et précise si la règle de compétence appliquée est celle du paragraphe 1 ou du paragraphe 2 de l'article 3.

2. Le praticien de l'insolvabilité ou le débiteur non dessaisi peut demander que les informations visées au paragraphe 1 soient publiées dans tout autre État membre où le praticien de l'insolvabilité ou le débiteur non dessaisi le juge nécessaire, conformément aux modalités de publication prévues dans cet État membre.

[492] L'article 29 impose aussi le respect des exigences de publicité figurant dans la loi d'autres États membres où le débiteur possède des biens immobiliers :

Inscription dans les registres publics d'un autre État membre

1. Si la loi d'un État membre où est situé un établissement du débiteur et où cet établissement est inscrit dans un registre public de cet État membre, ou la loi d'un État membre dans lequel se situent des biens immobiliers appartenant au débiteur, exige que les informations relatives à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité visée à l'article 28 soient publiées au registre foncier, au registre des sociétés ou dans tout autre registre public, le praticien de l'insolvabilité ou le débiteur non dessaisi prend toutes les mesures nécessaires pour procéder à cette inscription.

2. Le praticien de l'insolvabilité ou le débiteur non dessaisi peut demander que cette inscription soit effectuée dans un autre État membre, pour autant que la loi de l'État membre dans lequel le registre est tenu l'autorise.

[493] Quant au frais de publicité et d'inscription, l'article 30 dispose :

Frais

Les frais des mesures de publicité et d'inscription prévues aux articles 28 et 29 sont considérés comme des frais et dépenses de la procédure.

[494] Les articles 78 à 83 comportent des dispositions destinées à assurer la protection des données personnelles traitées pour la mise-en-œuvre des articles relatifs à la publicité. L'article 86 prévoit que les États membres doivent fournir des informations sur leur droit national et sur le droit européen :

Informations sur le droit national et le droit de l'Union en matière d'insolvabilité

1. Les États membres fournissent, dans le cadre du réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale créé par la décision 2001/470/CE du Conseil (17), et dans le but de permettre l'accès de tous à l'information, une brève description de leur droit national et de leurs procédures dans le domaine de l'insolvabilité, notamment en ce qui concerne les éléments énumérés à l'article 7, paragraphe 2, du présent règlement.

2. Les États membres actualisent régulièrement l'information visée au paragraphe 1.

3. La Commission met les informations relatives au présent règlement à la disposition du public.

2.1.6 Procédure d'insolvabilité secondaires

[495] Selon l'article 3, paragraphes 2 à 4, les juridictions d'un État membre autre que celui où se trouve le centre des intérêts principaux du débiteur peuvent aussi ouvrir une procédure d'insolvabilité contre le débiteur si celui-ci a un établissement sur le territoire de cet autre État membre. Les effets d'une telle procédure sont limités aux biens qui se trouvent sur le territoire de l'État membre qui l'a ouverte. De plus, une telle procédure ne peut être ouverte qu'après la procédure principale et il s'agit alors d'une procédure d'insolvabilité secondaire. Par exception, dans certains cas, la procédure, dite territoriale, peut être ouverte avant la procédure principale. Si une procédure d'insolvabilité principale est ensuite ouverte, la procédure territoriale devient une procédure secondaire.

[496] Le chapitre III du règlement – articles 34 à 52 – contient les dispositions relatives aux procédures d'insolvabilité secondaires. L'article 34 précise dans quelles conditions la procédure secondaire peut être ouverte :

Ouverture de la procédure

Lorsqu'une procédure d'insolvabilité principale a été ouverte par une juridiction d'un État membre et reconnue dans un autre État membre, une juridiction de cet autre État membre qui est compétente en vertu de l'article 3, paragraphe 2, peut ouvrir une procédure d'insolvabilité secondaire conformément aux dispositions

énoncées au présent chapitre. Lorsque la procédure d'insolvabilité principale exigeait que le débiteur soit insolvable, l'insolvabilité de ce dernier n'est pas réexaminée dans l'État membre dans lequel la procédure d'insolvabilité secondaire peut être ouverte. Les effets de la procédure d'insolvabilité secondaire sont limités aux actifs du débiteur se trouvant sur le territoire de l'État membre dans lequel ladite procédure a été ouverte.

- [497] Le juge qui ouvre la procédure d'insolvabilité secondaire ne peut pas se prononcer sur l'insolvabilité du débiteur si, selon la loi du pays d'ouverture de la procédure principale, celle-ci ne pouvait être ouverte que si le débiteur était insolvable. Il s'agit ici de respecter l'autorité de chose jugée du jugement d'ouverture de la procédure principale. Cependant, le règlement ne définit pas la notion d'insolvabilité. Il faut sans doute comprendre qu'elle vise toute situation où l'actif du débiteur ne lui permet pas de faire face à son passif. Cette notion d'insolvabilité inclut la cessation des paiements, au sens du droit français, c'est-à-dire la situation où le débiteur ne peut plus faire face, avec son actif disponible, à son passif disponible, mais elle n'y est pas limitée.
- [498] En revanche, lorsque la procédure principale est de nature préventive, telle la sauvegarde du droit français, elle a été ouverte sans que cela ne suppose l'insolvabilité du débiteur. Dans ce cas-là, le juge qui ouvre une procédure secondaire doit déterminer si le débiteur est insolvable, du moins si c'est, selon son droit, une condition d'ouverture de la procédure qu'il entend ouvrir.
- [499] Ces dispositions traduisent une évolution importante par rapport au règlement n° 1346/2000, qui interdisait, dans tous les cas, au juge ouvrant une procédure secondaire de réexaminer l'insolvabilité du débiteur. De plus, sous l'empire de ce règlement, la procédure secondaire était nécessairement une procédure de liquidation judiciaire. Désormais, le juge qui l'ouvre peut avoir recours à toutes les procédures collectives prévues par son droit national. Simplement, lorsque le jugement d'ouverture présuppose que le débiteur est insolvable, la procédure secondaire est nécessairement une procédure prévue en cas d'insolvabilité et non une procédure préventive.
- [500] L'article 35 prévoit logiquement que la loi applicable à la procédure secondaire est celle du pays où elle a été ouverte :

Loi applicable

Sauf disposition contraire du présent règlement, la loi applicable à la procédure d'insolvabilité secondaire est celle de l'État membre sur le territoire duquel la procédure d'insolvabilité secondaire est ouverte.

- [501] Selon l'article 36, afin de préserver l'universalité de la procédure principale, le praticien de la faillite peut essayer d'éviter l'ouverture d'une procédure secondaire en s'engageant à respecter le droit local lors de la répartition des actifs situés dans un autre État membre que celui où la procédure principale a été ouverte. L'engagement devient contraignant s'il est approuvé par une majorité de créanciers locaux :

Droit de prendre un engagement afin d'éviter une procédure d'insolvabilité secondaire

1. Afin d'éviter l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité secondaire, le praticien de l'insolvabilité de la procédure d'insolvabilité principale peut prendre un engagement unilatéral (ci-après dénommé « engagement ») en ce qui concerne les actifs se trouvant dans l'État membre dans lequel une procédure d'insolvabilité secondaire pourrait être ouverte, selon lequel, lors de la répartition de ces actifs ou des produits provenant de leur réalisation, il respectera les droits de répartition et de priorité prévus par le droit national, qui auraient été conférés aux créanciers si une procédure d'insolvabilité secondaire avait été ouverte dans cet État membre. L'engagement précise les circonstances factuelles sur lesquelles il

repose, notamment en ce qui concerne la valeur des actifs se trouvant dans l'État membre concerné et les différentes options disponibles pour réaliser ces actifs.

2. Si un engagement a été pris conformément au présent article, la loi applicable à la répartition des produits résultant de la réalisation des actifs visés au paragraphe 1, au rang des créances des créanciers et aux droits des créanciers pour les actifs visés au paragraphe 1 est la loi de l'État membre dans lequel la procédure d'insolvabilité secondaire aurait pu être ouverte. Le moment pertinent auquel les actifs visés au paragraphe 1 sont recensés correspond au moment où l'engagement est pris.

3. L'engagement est établi dans la langue officielle ou dans l'une des langues officielles de l'État membre dans lequel la procédure d'insolvabilité secondaire aurait pu être ouverte, ou, s'il y a plusieurs langues officielles dans cet État membre, dans la langue officielle ou dans l'une des langues officielles du lieu où la procédure d'insolvabilité secondaire aurait pu être ouverte.

4. L'engagement est établi par écrit. Il est soumis à toute autre exigence de forme et obligation d'approbation des répartitions requises, le cas échéant, par l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité principale.

5. L'engagement est approuvé par les créanciers locaux connus. Les règles relatives à la majorité qualifiée et au vote qui s'appliquent à l'adoption de plans de restructuration, en vertu de la loi de l'État membre dans lequel une procédure d'insolvabilité secondaire aurait pu être ouverte, s'appliquent également à l'approbation de l'engagement. Lorsque le droit national les y autorise, les créanciers peuvent participer au vote en utilisant des moyens de communication à distance. Le praticien de l'insolvabilité informe les créanciers locaux connus de l'engagement, ainsi que des règles et des modalités pour l'approuver, et de son approbation ou de son refus de l'engagement.

6. Un engagement pris et approuvé conformément au présent article est contraignant en ce qui concerne le patrimoine. Si une procédure d'insolvabilité secondaire est ouverte conformément aux articles 37 et 38, le praticien de l'insolvabilité de la procédure d'insolvabilité principale transfère tous les actifs qu'il a déplacés hors du territoire de cet État membre après que l'engagement a été pris ou, si les actifs ont déjà été réalisés, les produits qui en résultent au praticien de l'insolvabilité de la procédure d'insolvabilité secondaire.

7. Lorsque le praticien de l'insolvabilité a pris un engagement, il informe les créanciers locaux de ses intentions en matière de répartition avant de procéder à la répartition des actifs et des produits visés au paragraphe 1. Si ces informations ne sont pas conformes aux termes de l'engagement ou aux dispositions de la loi applicable, tout créancier local a la possibilité de contester cette répartition devant les juridictions de l'État membre dans lequel la procédure d'insolvabilité principale a été ouverte, afin d'obtenir une répartition qui soit conforme aux termes de l'engagement et à la loi applicable. Dans ce cas, aucune répartition n'a lieu avant que la juridiction n'ait statué sur le recours.

8. Les créanciers locaux peuvent s'adresser aux juridictions de l'État membre dans lequel la procédure d'insolvabilité principale a été ouverte afin de demander au praticien de l'insolvabilité de la procédure d'insolvabilité principale de prendre toutes les mesures adéquates nécessaires pour assurer le respect des termes de l'engagement prévues par la loi de l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité principale.

9. Les créanciers locaux peuvent également s'adresser aux juridictions de l'État membre dans lequel une procédure d'insolvabilité secondaire aurait pu être ouverte pour leur demander de prendre des mesures provisoires ou conservatoires en vue d'assurer le respect des termes de l'engagement par le praticien de l'insolvabilité.

10. Le praticien de l'insolvabilité est responsable de tout dommage causé aux créanciers locaux par suite du non-respect, dans son chef, des obligations et des exigences énoncées dans le présent article.

11. Aux fins du présent article, une autorité qui est établie dans l'État membre dans lequel une procédure d'insolvabilité secondaire aurait pu être ouverte et qui est tenue, en vertu de la directive 2008/94/CE du Parlement européen et du Conseil (16), de garantir le paiement des créances impayées des travailleurs salariés résultant de contrats de travail ou de relations de travail est réputée être un créancier local, si le droit national le prévoit.

[502] Le paragraphe 6 révèle que, même lorsqu'un engagement a été pris et est devenu contraignant, une procédure secondaire peut être ouverte. En effet, les articles suivants envisagent ce cas de figure de manière spécifique. L'article 37 indique qui peut demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité secondaire. Le paragraphe 2 impose un délai en cas d'engagement contraignant pris par le praticien de l'insolvabilité du pays d'ouverture de la procédure principale :

Droit de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité secondaire

1. L'ouverture d'une procédure d'insolvabilité secondaire peut être demandée par :

- a) le praticien de l'insolvabilité de la procédure d'insolvabilité principale ;
- b) toute autre personne ou autorité habilitée à demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité en vertu de la loi de l'État membre sur le territoire duquel l'ouverture de la procédure d'insolvabilité secondaire est demandée.

2. Lorsqu'un engagement est devenu contraignant en application de l'article 36, la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité secondaire est introduite dans un délai de trente jours à compter de la réception de l'avis d'approbation de l'engagement.

[503] L'article 38 envisage la décision d'ouverture de la procédure secondaire :

Décision d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité secondaire

1. La juridiction saisie d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité secondaire en informe immédiatement le praticien de l'insolvabilité ou le débiteur non dessaisi de la procédure d'insolvabilité principale et lui donne la possibilité d'être entendu au sujet de la demande.

2. Lorsque le praticien de l'insolvabilité de la procédure d'insolvabilité principale a pris un engagement conformément à l'article 36, la juridiction visée au paragraphe 1 du présent article, à la demande du praticien de l'insolvabilité, n'ouvre pas de procédure d'insolvabilité secondaire si elle considère que l'engagement protège correctement l'intérêt général des créanciers locaux.

3. Lorsqu'une suspension provisoire des poursuites individuelles a été accordée pour permettre des négociations entre le débiteur et ses créanciers, la juridiction, à la demande du praticien de l'insolvabilité ou du débiteur non dessaisi, peut suspendre l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité secondaire pour une période ne dépassant pas trois mois, pour autant que les mesures adéquates soient mises en place afin de protéger les intérêts des créanciers locaux.

La juridiction visée au paragraphe 1 peut ordonner des mesures conservatoires pour protéger les intérêts des créanciers locaux en demandant au praticien de l'insolvabilité ou au débiteur non dessaisi de ne déplacer ni d'aliéner aucun des actifs qui se trouvent dans l'État membre dans lequel se situe l'établissement, à moins que cette opération ne s'inscrive dans le cadre de leurs activités habituelles. La juridiction peut également ordonner d'autres mesures afin de protéger les intérêts des créanciers locaux pendant une suspension, à moins que ce soit incompatible avec les règles de procédure civile applicables au niveau national.

La suspension de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité secondaire est levée par la juridiction d'office ou à la demande de tout créancier si, pendant la période

de suspension, un accord est intervenu dans le cadre des négociations visées au premier alinéa.

La suspension peut être levée par la juridiction d'office ou à la demande de tout créancier si le maintien de la suspension porte préjudice aux droits des créanciers, en particulier si les négociations ont été interrompues, s'il est devenu évident qu'elles ont peu de chances d'aboutir ou si le praticien de l'insolvabilité ou le débiteur non dessaisi a enfreint l'interdiction d'aliéner ses actifs ou de les déplacer hors du territoire de l'État membre dans lequel se situe l'établissement.

4. À la demande du praticien de l'insolvabilité de la procédure d'insolvabilité principale, la juridiction visée au paragraphe 1 peut ouvrir un type de procédure d'insolvabilité mentionné sur la liste figurant à l'annexe A autre que celui qui a été demandé initialement, pour autant que les conditions d'ouverture de ce type de procédure prévues dans le droit national soient remplies et que ce type de procédure soit le plus approprié au regard des intérêts des créanciers locaux et de la cohérence entre les procédures d'insolvabilité principale et secondaire. L'article 34, deuxième phrase, s'applique.

[504] Le paragraphe 2 s'applique lorsqu'un engagement contraignant a été pris. Le paragraphe 4 permet l'ouverture, à titre de procédure d'insolvabilité secondaire, de toute procédure appropriée prévue par la loi de l'État membre considéré. C'est une innovation importante par rapport au règlement n° 1346/2000, au terme duquel la procédure secondaire était nécessairement une procédure de liquidation. L'article 27 imposait l'ouverture d'une des procédures figurant à l'annexe B, qui ne visait, pour chaque pays, que les procédures à finalité liquidatives. En France, il s'agissait, évidemment, de la liquidation judiciaire.

[505] L'article 39 garantit au praticien de l'insolvabilité de la procédure principale le droit d'exercer un recours contre la décision d'ouverture de la procédure secondaire :

Contrôle juridictionnel de la décision d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité secondaire

Le praticien de l'insolvabilité de la procédure d'insolvabilité principale peut attaquer la décision d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité secondaire devant les juridictions de l'État membre dans lequel la procédure d'insolvabilité secondaire a été ouverte, au motif que la juridiction n'a pas respecté les conditions et exigences fixées à l'article 38.

[506] L'article 40 envisage un cas de figure particulier :

Avance de frais et dépens

Lorsque la loi de l'État membre dans lequel l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité secondaire est demandée exige que les actifs du débiteur soient suffisants pour couvrir en tout ou en partie les frais et dépens de la procédure, la juridiction saisie d'une telle demande peut exiger du demandeur une avance de frais ou une garantie d'un montant approprié.

[507] Les articles 41 à 44 sont destinés à assurer la coopération entre praticiens de l'insolvabilité et juridictions. L'article 41 impose aux praticiens de l'insolvabilité de la procédure principale et des procédures secondaires de coopérer :

Coopération et communication entre praticiens de l'insolvabilité

1. Le praticien de l'insolvabilité de la procédure d'insolvabilité principale et le ou les praticiens de l'insolvabilité des procédures d'insolvabilité secondaires concernant le même débiteur coopèrent, pour autant que cette coopération ne soit pas incompatible avec les règles applicables à chacune des procédures. Cette coopération peut prendre n'importe quelle forme, dont la conclusion d'accords ou de protocoles.

2. Dans le cadre de la mise en œuvre de la coopération visée au paragraphe 1, les praticiens de l'insolvabilité :

a) se communiquent dès que possible toute information qui peut être utile aux autres procédures, notamment l'état de la production et de la vérification des créances et toutes les mesures visant au redressement ou à la restructuration du débiteur, ou visant à mettre fin à la procédure, à condition que des dispositions appropriées soient prises pour protéger les informations confidentielles ;

b) explorent la possibilité de restructurer le débiteur et, si une telle possibilité existe, coordonnent l'élaboration et la mise en œuvre d'un plan de restructuration ;

c) coordonnent la gestion de la réalisation ou de l'utilisation des actifs et des affaires du débiteur ; le praticien de l'insolvabilité de la procédure d'insolvabilité secondaire permet en temps utile au praticien de l'insolvabilité de la procédure d'insolvabilité principale de présenter des propositions relatives à la réalisation ou à l'utilisation des actifs dans le cadre de la procédure d'insolvabilité secondaire.

3. Les paragraphes 1 et 2 s'appliquent *mutatis mutandis* aux situations où, dans le cadre de la procédure d'insolvabilité principale ou de la procédure d'insolvabilité secondaire ou de toute procédure d'insolvabilité territoriale concernant le même débiteur et ouvertes en même temps, le débiteur n'est pas dessaisi de ses actifs.

[508] L'article 42 impose aux juridictions de coopérer :

Coopération et communication entre juridictions

1. Pour faciliter la coordination des procédures d'insolvabilité principale, territoriales et secondaires concernant le même débiteur, une juridiction devant laquelle une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité est en cours ou qui a ouvert une telle procédure coopère avec toute autre juridiction devant laquelle une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité est en cours ou qui a ouvert une telle procédure, dans la mesure où cette coopération n'est pas incompatible avec les règles applicables à chacune des procédures. À cette fin, les juridictions peuvent, au besoin, désigner une personne ou un organe indépendant agissant sur leurs instructions, pour autant que ce ne soit pas incompatible avec les règles applicables à ces procédures.

2. Dans le cadre de la mise en œuvre de la coopération visée au paragraphe 1, les juridictions, ou toute personne ou tout organe désigné agissant en leur nom, dont il est fait mention au paragraphe 1, peuvent communiquer directement entre elles, ou se demander directement des informations ou de l'aide, à condition que cette communication respecte les droits procéduraux des parties à la procédure et la confidentialité des informations.

3. La coopération visée au paragraphe 1 peut être mise en œuvre par tout moyen que la juridiction juge approprié. Elle peut notamment concerner :

a) la coordination de la désignation des praticiens de l'insolvabilité ;

b) la communication d'informations par tout moyen jugé approprié par la juridiction ;

c) la coordination de la gestion et de la surveillance des actifs et des affaires du débiteur ;

d) la coordination du déroulement des audiences ;

e) la coordination de l'approbation des protocoles, si nécessaire.

[509] L'article 43 impose aux praticiens de l'insolvabilité et aux juridictions de coopérer :

Coopération et communication entre praticiens de l'insolvabilité et juridictions

1. Pour faciliter la coordination des procédures d'insolvabilité principale, territoriales et secondaires ouvertes à l'encontre du même débiteur :

a) le praticien de l'insolvabilité d'une procédure d'insolvabilité principale coopère et communique avec toute juridiction devant laquelle une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité secondaire est en cours ou qui a ouvert une telle procédure ;

b) le praticien de l'insolvabilité d'une procédure d'insolvabilité territoriale ou secondaire coopère et communique avec la juridiction devant laquelle une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité principale est en cours ou qui a ouvert une telle procédure ; et

c) le praticien de l'insolvabilité d'une procédure d'insolvabilité territoriale ou secondaire coopère et communique avec la juridiction devant laquelle une demande d'ouverture d'autres procédures d'insolvabilité territoriales ou secondaires est en cours ou qui a ouvert de telles procédures,

dans la mesure où cette coopération et cette communication ne sont pas incompatibles avec les règles applicables à chacune des procédures et où elles n'entraînent aucun conflit d'intérêts.

2. La coopération visée au paragraphe 1 peut être mise en œuvre par tout moyen approprié, tels que ceux exposés à l'article 42, paragraphe 3.

[510] L'article 44 traite des :

Frais liés à la coopération et à la communication

Les exigences fixées aux articles 42 et 43 ne peuvent conduire à ce que les juridictions exigent l'une de l'autre des frais liés à la coopération et à la communication.

[511] L'article 45 concerne les déclarations de créances. Les créanciers peuvent produire aux deux procédures, principales et secondaires. La procédure secondaire est limitée aux actifs se trouvant dans le pays du débiteur mais n'est pas réservée aux créanciers résidant dans ce pays :

Exercice des droits des créanciers

1. Tout créancier peut produire sa créance à la procédure d'insolvabilité principale et à toute procédure d'insolvabilité secondaire.

2. Les praticiens de l'insolvabilité de la procédure d'insolvabilité principale et de toute procédure d'insolvabilité secondaire produisent, dans le cadre des autres procédures, les créances déjà produites dans le cadre de la procédure pour laquelle ils ont été désignés, pour autant que cette production soit utile aux créanciers de la procédure pour laquelle ils ont été désignés, et sous réserve du droit de ceux-ci de s'y opposer ou de retirer la production de leurs créances lorsque la loi applicable le prévoit.

3. Le praticien de l'insolvabilité d'une procédure d'insolvabilité principale ou secondaire est habilité à participer, au même titre que tout créancier, à une autre procédure, notamment en prenant part à des assemblées de créanciers.

[512] L'article 46 permet au praticien de l'insolvabilité de la procédure principale de demander la suspension de la réalisation des actifs dans le cadre de la procédure secondaire :

Suspension de la procédure de réalisation des actifs

1. La juridiction qui a ouvert la procédure d'insolvabilité secondaire suspend en tout ou en partie la procédure de réalisation des actifs, à la demande du praticien de l'insolvabilité de la procédure d'insolvabilité principale. Dans ce cas, elle peut exiger du praticien de l'insolvabilité de la procédure d'insolvabilité principale qu'il prenne toute mesure adéquate pour garantir les intérêts des créanciers de la procédure d'insolvabilité secondaire et de certains groupes de créanciers. La demande du praticien de l'insolvabilité ne peut être rejetée que si elle est manifestement sans intérêt pour les créanciers de la procédure d'insolvabilité

principale. La suspension de la procédure de réalisation des actifs peut être ordonnée pour une durée maximale de trois mois. Elle peut être prolongée ou renouvelée pour des périodes de même durée.

2. La juridiction visée au paragraphe 1 met fin à la suspension de la procédure de réalisation des actifs :

a) à la demande du praticien de l'insolvabilité de la procédure d'insolvabilité principale ;

b) d'office, à la demande d'un créancier ou à la demande du praticien de l'insolvabilité de la procédure d'insolvabilité secondaire, si cette mesure n'apparaît plus justifiée, notamment par les intérêts des créanciers de la procédure d'insolvabilité principale ou de ceux de la procédure d'insolvabilité secondaire.

[513] Selon l'article 47, le praticien de l'insolvabilité de la procédure principale peut, dans les conditions prévues par la loi du pays d'ouverture de la procédure secondaire, proposer des plans de restructuration :

Pouvoir du praticien de l'insolvabilité de proposer des plans de restructuration

1. Lorsque la loi de l'État membre dans lequel la procédure d'insolvabilité secondaire a été ouverte prévoit la possibilité de clore cette procédure sans liquidation par un plan de restructuration, un concordat ou une mesure comparable, une telle mesure peut être proposée par le praticien de l'insolvabilité de la procédure d'insolvabilité principale, conformément à la procédure en vigueur dans cet État membre.

2. Toute limitation des droits des créanciers, notamment un sursis de paiement ou une remise de dette, découlant d'une mesure visée au paragraphe 1 et proposée dans une procédure d'insolvabilité secondaire, ne produit ses effets sur les biens du débiteur qui ne sont pas concernés par cette procédure qu'avec l'accord de tous les créanciers intéressés.

[514] Ce texte mentionne aussi le concordat, qui est un accord le débiteur et les créanciers sur l'apurement du passif. Ce dispositif existait en France jusqu'à la loi de 1985.

[515] L'article 48 traite des conséquences de la clôture d'une des procédures d'insolvabilité :

Conséquences de la clôture de la procédure d'insolvabilité

1. Sans préjudice de l'article 49, la clôture de la procédure d'insolvabilité n'empêche pas la poursuite des autres procédures d'insolvabilité concernant le même débiteur qui sont toujours ouvertes à la date concernée.

2. Lorsqu'une procédure d'insolvabilité concernant une personne morale ou une société dans l'État membre du siège statutaire de ladite personne morale ou société entraînerait la dissolution de la personne morale ou de la société, cette personne morale ou société ne cesse d'exister que lorsque toutes les autres procédures d'insolvabilité concernant le même débiteur ont été closes, ou lorsque le ou les praticiens de l'insolvabilité concernés par ces procédures ont donné leur accord à la dissolution.

[516] L'article 49 prévoit, de manière très logique, que si la procédure secondaire révèle un surplus d'actif, celui-ci doit s'ajouter à l'actif de la procédure principale :

Surplus d'actif de la procédure d'insolvabilité secondaire

Si la réalisation des actifs dans le cadre de la procédure d'insolvabilité secondaire permet de payer toutes les créances admises dans cette procédure, le praticien de l'insolvabilité désigné dans cette procédure transfère sans délai le surplus d'actif au praticien de l'insolvabilité de la procédure d'insolvabilité principale.

[517] Les articles 50 et 51 précisent les règles applicables en cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité territoriale antérieurement à la procédure d'insolvabilité principale. L'article 50 envisage

Ouverture ultérieure de la procédure d'insolvabilité principale

Lorsque la procédure visée à l'article 3, paragraphe 1, est ouverte après l'ouverture de la procédure visée à l'article 3, paragraphe 2, dans un autre État membre, les articles 41, 45, 46, 47 et 49 s'appliquent à la procédure ouverte en premier lieu, dans la mesure où l'état de cette procédure le permet.

- [518] Ainsi, les praticiens de l'insolvabilité doivent coopérer (article 41). Les créanciers peuvent produire aux deux procédures (article 45). Le praticien de l'insolvabilité de la procédure principale peut, dans la procédure secondaire, demander la suspension de la réalisation des actifs (article 46) et proposer des plans de restructuration (article 47). Tout surplus d'actif de la procédure secondaire doit s'ajouter à l'actif de la procédure principale (article 49).
- [519] Bizarrement, l'article 48 n'est pas applicable. L'idée sous-jacente est vraisemblablement que, si la procédure principale a été ouverte après la procédure secondaire, il est peu probable que celle-là se finisse avant celle-ci. Il se pourrait néanmoins que l'inverse se produise. Or, l'article 48 semble s'appliquer à toute procédure se poursuivant après la clôture d'une autre, qu'il s'agisse d'une procédure principale ou secondaire.
- [520] L'article 51 permet au praticien de l'insolvabilité de la procédure principale de demander la conversion de la procédure secondaire en une procédure d'une autre nature, plus appropriée, prévue par le droit local. Ce pouvoir est utile puisque, le nouveau règlement n'impose plus que la procédure secondaire soit liquidative mais autorise le recours à toutes les procédures d'insolvabilité du droit local :

Conversion de la procédure d'insolvabilité secondaire

1. À la demande du praticien de l'insolvabilité de la procédure d'insolvabilité principale, la juridiction de l'État membre dans lequel la procédure d'insolvabilité secondaire a été ouverte peut ordonner la conversion de la procédure d'insolvabilité secondaire en un autre type de procédure d'insolvabilité mentionné à l'annexe A, pour autant que les conditions d'ouverture de ce type de procédure prévues dans le droit national soient remplies et que ce type de procédure soit le plus approprié au regard des intérêts des créanciers locaux et de la cohérence entre les procédures d'insolvabilité principale et secondaire.

2. Lorsqu'elle examine la demande visée au paragraphe 1, la juridiction peut solliciter des informations auprès des praticiens de l'insolvabilité concernés par les deux procédures.

- [521] Enfin, l'article 52 concerne le cas où le juge compétent pour ouvrir une procédure d'insolvabilité principale, sans ouvrir une telle procédure, désigne un administrateur provisoire. Il n'y a donc pas encore de praticien de l'insolvabilité. Toutefois, cet administrateur provisoire peut solliciter des juridictions des États membres dans lesquels se trouvent des biens du débiteur les mesures conservatoires autorisées par le droit local, en attendant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.

Mesures conservatoires

Lorsque la juridiction d'un État membre compétente en vertu de l'article 3, paragraphe 1, désigne un administrateur provisoire en vue d'assurer la conservation des biens d'un débiteur, cet administrateur provisoire est habilité à demander toute mesure de conservation et de protection des biens du débiteur qui se situent dans un autre État membre prévue par la loi de cet État membre, pour la période séparant la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité de la décision d'ouverture.

- [522] Cet article ne précise pas si la procédure d'insolvabilité qu'il s'agit d'anticiper est la procédure principale ou une procédure secondaire dont l'ouverture a été demandée

dans le pays où se trouve les biens visés. Il faut sans doute comprendre qu'il peut s'agir des deux types de procédures, voire d'une procédure secondaire dont l'ouverture a été demandée dans un troisième État membre.

2.1.7 Production des créances

[523] Le chapitre IV du règlement – articles 53 à 55 – comportent des dispositions relatives à l'information des créanciers et à la production de leurs créances. Ces dispositions contiennent essentiellement des règles matérielles.

[524] L'article 53 permet à tous les créanciers étrangers de produire à la procédure d'insolvabilité ouverte dans un État membre :

Droit de produire les créances

Tout créancier étranger peut produire ses créances dans le cadre de la procédure d'insolvabilité par tous les moyens de transmission qui sont acceptés par le droit de l'État d'ouverture. La représentation par un avocat ou un autre professionnel du droit n'est pas obligatoire aux seules fins de la production de créances.

[525] Ce texte concerne autant la procédure principale que les procédures secondaires. La définition des créances qui doivent être produites et les modalités de la déclaration obéissent au droit du pays d'ouverture. C'est ce que dit l'article 7(2)(g) et (h) concernant la procédure principale. Quant aux procédures secondaires c'est évident, même si l'article 53 ne le dit pas clairement, se bornant à prescrire l'utilisation des moyens de communication acceptés par la loi de l'État d'ouverture.

[526] Par ailleurs, selon l'article 2(12), le terme « créancier étranger » vise les créanciers demeurant dans un autre État membre que l'État d'ouverture et non les créanciers demeurant en dehors de l'Union européenne. Ceux-ci ne peuvent invoquer le règlement pour justifier du droit de produire à la procédure d'insolvabilité ouverte dans un État membre.

[527] Il est implicite mais évident

Article 54

Obligation d'informer les créanciers

1. Dès qu'une procédure d'insolvabilité est ouverte dans un État membre, la juridiction compétente de cet État ou le praticien de l'insolvabilité désigné par cette juridiction en informe sans délai les créanciers étrangers connus.

2. L'information visée au paragraphe 1, assurée par l'envoi individuel d'une note, porte notamment sur les délais à observer, les sanctions prévues quant à ces délais, l'organe ou l'autorité habilité(e) à recevoir la production des créances et toute autre mesure prescrite. Cette note indique également si les créanciers dont les créances sont garanties par un privilège ou une sûreté réelle doivent produire leurs créances. La note comporte aussi une copie du formulaire uniformisé de production de créances visé à l'article 55 ou des informations indiquant où ce formulaire est disponible.

3. Les éléments d'information visés aux paragraphes 1 et 2 du présent article sont communiqués au moyen du formulaire uniformisé élaboré conformément à l'article 88. Le formulaire est publié sur le portail européen e-Justice et porte l'intitulé « Note concernant la procédure d'insolvabilité » dans toutes les langues officielles des institutions de l'Union. Il est transmis dans la langue officielle de l'État d'ouverture ou, s'il y a plusieurs langues officielles dans cet État membre, dans la langue officielle ou dans l'une des langues officielles du lieu où la procédure d'insolvabilité a été ouverte, ou dans une autre langue que ledit État a déclaré pouvoir accepter, conformément à l'article 55, paragraphe 5, s'il est

permis de penser que les créanciers étrangers comprendront plus facilement cette langue.

4. Dans le cas où la procédure d'insolvabilité concerne une personne physique n'exerçant pas une profession libérale ou toute autre activité d'indépendant, le formulaire uniformisé visé au présent article ne doit pas obligatoirement être utilisé si les créanciers ne sont pas tenus de produire leurs créances pour que celles-ci soient prises en compte au cours de la procédure.

[528] L'article 55 apporte des précisions visant à uniformiser et faciliter la déclaration des créances pour tous les créanciers européens :

Procédure de production des créances

1. Tout créancier étranger peut produire ses créances au moyen du formulaire de demande uniformisé à établir conformément à l'article 88. Le formulaire porte l'intitulé « Production de créances » dans toutes les langues officielles des institutions de l'Union.

2. Les formulaires de demande uniformisés visés au paragraphe 1 comportent les informations suivantes :

a) le nom, l'adresse postale, l'adresse électronique, le cas échéant, le numéro d'identification personnel, le cas échéant, et les coordonnées bancaires du créancier étranger visé au paragraphe 1 ;

b) le montant de la créance, en spécifiant le montant en principal et, le cas échéant, les intérêts, ainsi que la date à laquelle celle-ci est née et la date à laquelle elle est devenue exigible, s'il s'agit d'une date différente ;

c) si des intérêts sont demandés, le taux d'intérêt, la nature légale ou contractuelle des intérêts, la période pour laquelle les intérêts sont demandés et le montant capitalisé des intérêts ;

d) si des frais exposés par le créancier pour faire valoir ses droits avant l'ouverture de la procédure sont demandés, le montant et le détail de ceux-ci ;

e) la nature de la créance ;

f) la question de savoir si un statut de créancier privilégié est revendiqué et le fondement de cette revendication ;

g) la question de savoir si le créancier allègue que sa créance est garantie par une sûreté réelle ou une réserve de propriété et, si tel est le cas, quels sont les actifs couverts par la sûreté qu'il invoque, la date à laquelle la sûreté a été octroyée et, si la sûreté a été enregistrée, le numéro d'enregistrement ; et

h) la question de savoir si une compensation est revendiquée et, dans ce cas, les montants des créances réciproques à la date d'ouverture de la procédure d'insolvabilité, la date à laquelle elles sont nées et le montant réclamé, après déduction de la compensation.

Le formulaire de demande uniformisé est accompagné de copies de toute pièce justificative, le cas échéant.

3. Le formulaire de demande uniformisé indique qu'il n'est pas obligatoire de fournir des informations concernant les coordonnées bancaires et le numéro d'identification personnel du créancier visés au paragraphe 2, point a).

4. Si le créancier produit sa créance en utilisant d'autres moyens que le formulaire de demande uniformisé visé au paragraphe 1, la demande contient les informations visées au paragraphe 2.

5. Les créances peuvent être produites dans n'importe quelle langue officielle des institutions de l'Union. La juridiction, le praticien de l'insolvabilité ou le débiteur non dessaisi peut demander au créancier de fournir une traduction dans la langue officielle de l'État d'ouverture ou, s'il y a plusieurs langues officielles dans cet État membre, dans la langue officielle ou dans l'une des langues officielles du lieu où

la procédure d'insolvabilité a été ouverte, ou dans une autre langue que l'État membre concerné aura déclaré pouvoir accepter. Chaque État membre indique s'il accepte une langue officielle des institutions de l'Union autre que sa propre langue aux fins de la production de créances.

6. Les créances sont produites dans le délai prévu par la loi de l'État d'ouverture. Pour un créancier étranger, ce délai n'est pas inférieur à trente jours suivant la publication de la décision d'ouverture de la procédure d'insolvabilité au registre d'insolvabilité de l'État d'ouverture. Lorsqu'un État membre invoque l'article 24, paragraphe 4, ce délai n'est pas inférieur à trente jours suivant le moment où un créancier a été informé en application de l'article 54.

7. Lorsque la juridiction, le praticien de l'insolvabilité ou le débiteur non dessaisi a des doutes en ce qui concerne une créance produite conformément au présent article, il donne au créancier la possibilité de fournir des éléments complémentaires attestant l'existence de la créance et son montant.

[529] L'article 88 dispose que la Commission élabore les formulaires par des actes d'exécution, adoptés conformément à la procédure prévue à l'article 89(2), qui renvoie à des procédures décrites par l'article 4 du règlement n° 182/2011.

[530] Concernant le délai de déclaration des créances, l'article R. 622-24 du Code de commerce est conforme au paragraphe 6 :

Le délai de déclaration fixé en application de l'article L. 622-26 est de deux mois à compter de la publication du jugement d'ouverture au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales. Le même délai est applicable à l'information prévue par le troisième alinéa de l'article L. 622-24.

Lorsque la procédure est ouverte par une juridiction qui a son siège sur le territoire de la France métropolitaine, le délai de déclaration est augmenté de deux mois pour les créanciers qui ne demeurent pas sur ce territoire.

Lorsque la procédure est ouverte par une juridiction qui a son siège dans un département ou une collectivité d'outre-mer, le délai de déclaration est augmenté de deux mois pour les créanciers qui ne demeurent pas dans ce département ou cette collectivité.

2.1.8 Groupes de sociétés

[531] Un autre apport important du règlement n° 2015/848 par rapport au règlement n° 1346/2000 est l'adoption de dispositions destinées à améliorer le traitement de l'insolvabilité de plusieurs sociétés appartenant au même groupe. Le chapitre V – articles 56 à 77 – est consacré à cette question. Manifestement, les dispositions du droit d'un État membre permettant l'extension d'une procédure collective ne sont pas applicables pour étendre une procédure en cours à un débiteur ne relevant pas, selon l'article 3, de la compétence des juridictions de cet État. Les dispositions applicables en matière de groupe de société peuvent, en revanche, être invoquées dans certaines situations où l'extension serait envisageable en droit interne.

[532] Ce chapitre commence par une section consacrée à la coopération et à la communication. L'article 56 concerne les praticiens de l'insolvabilité :

Coopération et communication entre praticiens de l'insolvabilité

1. Lorsque des procédures d'insolvabilité concernent deux membres ou plus d'un groupe de sociétés, le praticien de l'insolvabilité désigné dans la procédure relative à un membre du groupe coopère avec tout praticien de l'insolvabilité désigné dans la procédure visant un autre membre du même groupe, pour autant qu'une telle coopération soit de nature à faciliter la gestion efficace de ces procédures, ne soit pas incompatible avec les règles applicables à ces procédures et n'entraîne aucun conflit d'intérêts. Cette coopération peut prendre n'importe quelle forme, dont la conclusion d'accords ou de protocoles.

2. Dans le cadre de la mise en œuvre de la coopération visée au paragraphe 1, les praticiens de l'insolvabilité :

a) se communiquent dès que possible toute information qui peut être utile aux autres procédures, à condition que des dispositions appropriées soient prises pour protéger les informations confidentielles ;

b) examinent s'il existe des possibilités de coordonner la gestion et la surveillance des affaires des membres du groupe qui font l'objet de la procédure d'insolvabilité et, si tel est le cas, coordonnent cette gestion et cette surveillance ;

c) examinent s'il existe des possibilités de restructurer les membres du groupe qui font l'objet de la procédure d'insolvabilité et, si tel est le cas, coordonnent leurs efforts en vue de proposer et de négocier un plan de restructuration coordonné.

Aux fins des points b) et c), tous les praticiens de l'insolvabilité visés au paragraphe 1, ou une partie d'entre eux, peuvent convenir de conférer des pouvoirs supplémentaires au praticien de l'insolvabilité désigné dans l'une des procédures, lorsque les règles applicables à chacune des procédures l'autorisent. Ils peuvent également marquer leur accord sur la répartition de certaines tâches entre eux, lorsque les règles applicables à chacune des procédures l'autorisent.

[533] L'article 57 envisage la coopération entre juridictions :

Coopération et communication entre juridictions

1. Lorsque des procédures d'insolvabilité concernent deux membres ou plus d'un groupe de sociétés, une juridiction qui a ouvert une telle procédure coopère avec toute autre juridiction devant laquelle une demande d'ouverture de procédure concernant un autre membre du même groupe est en cours ou qui a ouvert une telle procédure, pour autant que cette coopération soit de nature à faciliter la gestion efficace des procédures, ne soit pas incompatible avec les règles qui leur sont applicables et n'entraîne aucun conflit d'intérêts. À cette fin, les juridictions peuvent, au besoin, désigner une personne ou un organe indépendant agissant sur leurs instructions, pour autant que ce ne soit pas incompatible avec les règles applicables à ces juridictions.

2. Dans le cadre de la mise en œuvre de la coopération visée au paragraphe 1, les juridictions, ou toute personne ou tout organe désigné agissant en leur nom, dont il est fait mention au paragraphe 1, peuvent communiquer directement entre elles, ou se demander directement des informations ou de l'aide, à condition que cette communication respecte les droits procéduraux des parties à la procédure et la confidentialité des informations.

3. La coopération visée au paragraphe 1 peut être mise en œuvre par tout moyen que la juridiction estime approprié. Elle peut notamment concerner :

a) la coordination de la désignation des praticiens de l'insolvabilité ;

b) la communication d'informations par tout moyen jugé approprié par la juridiction ;

c) la coordination de la gestion et de la surveillance des actifs et des affaires des membres du groupe ;

d) la coordination du déroulement des audiences ;

e) la coordination de l'approbation des protocoles, si nécessaire.

[534] L'article 58 concerne la coopération entre praticiens de l'insolvabilité et juridictions :

Coopération et communication entre praticiens de l'insolvabilité et juridictions

Un praticien de l'insolvabilité désigné dans une procédure d'insolvabilité concernant un membre d'un groupe de sociétés :

a) coopère et communique avec toute juridiction devant laquelle une demande d'ouverture de procédure à l'encontre d'un autre membre du même groupe de sociétés est en cours ou qui a ouvert une telle procédure ; et

b) peut demander à ladite juridiction des informations concernant la procédure relative à l'autre membre du groupe ou demander de l'aide concernant la procédure dans laquelle il a été désigné,

pour autant que cette coopération et cette communication soient de nature à faciliter la gestion efficace des procédures, n'entraînent aucun conflit d'intérêts et ne soient pas incompatibles avec les règles applicables à ces procédures.

[535] L'article 59 concerne les frais liés à cette coopération :

Frais liés à la coopération et à la communication dans les procédures concernant des membres d'un groupe de sociétés

Les frais liés à la coopération et à la communication prévues aux articles 56 à 60, supportés par un praticien de l'insolvabilité ou par une juridiction, sont considérés comme des frais et dépenses des procédures respectives.

[536] Alors que les articles précédents sont plus indicatifs que contraignants, l'article 60 ouvre de confère des pouvoirs précis au praticien de l'insolvabilité désigné dans la procédure ouverte à propos d'une société membre d'un groupe :

Pouvoirs du praticien de l'insolvabilité dans les procédures concernant des membres d'un groupe de sociétés

1. Un praticien de l'insolvabilité désigné dans une procédure d'insolvabilité ouverte à l'encontre d'un membre d'un groupe de sociétés peut, pour autant ce soit de nature à faciliter la gestion efficace des procédures :

a) être entendu dans toute procédure ouverte à l'encontre de tout autre membre du même groupe ;

b) demander une suspension de toute mesure liée à la réalisation des actifs dans le cadre de la procédure ouverte à l'encontre de tout autre membre du même groupe, à condition que :

i) soit proposé un plan de restructuration pour tous les membres du groupe ou pour certains d'entre eux, à l'encontre desquels la procédure d'insolvabilité a été ouverte, conformément à l'article 56, paragraphe 2, point c), et que celui-ci ait des chances raisonnables de produire les résultats escomptés ;

ii) cette suspension soit nécessaire pour assurer la mise en œuvre correcte du plan de restructuration ;

iii) le plan de restructuration soit dans l'intérêt des créanciers concernés par la procédure pour laquelle la suspension est demandée ; et

iv) ni la procédure d'insolvabilité dans laquelle le praticien de l'insolvabilité visé au paragraphe 1 du présent article a été désigné ni la procédure pour laquelle la suspension est demandée ne font l'objet d'une coordination en application de la section 2 du présent chapitre ;

c) demander l'ouverture d'une procédure de coordination collective, conformément à l'article 61.

2. La juridiction ayant ouvert la procédure visée au paragraphe 1, point b), suspend entièrement ou partiellement toute mesure relative à la réalisation des actifs dans le cadre de la procédure, si elle estime que les conditions visées au paragraphe 1, point b), sont remplies.

Avant d'ordonner la suspension, la juridiction entend le praticien de l'insolvabilité désigné dans la procédure pour laquelle la suspension est demandée. La suspension peut être ordonnée pour toute période, ne dépassant pas trois mois, que la juridiction juge appropriée et qui est compatible avec les règles applicables à la procédure.

La juridiction ordonnant la suspension peut exiger que le praticien de l'insolvabilité visé au paragraphe 1 prenne toute mesure prévue dans le droit national de nature à garantir les intérêts des créanciers de la procédure.

La juridiction peut prolonger la durée de la suspension d'une ou de plusieurs nouvelles périodes, si elle l'estime approprié et si ces prolongations sont compatibles avec les règles applicables à la procédure, pour autant que les conditions visées au paragraphe 1, points b) ii) à iv), soient toujours remplies et que la durée totale de la suspension (période initiale plus prolongations éventuelles) ne dépasse pas six mois.

[537] La section 2 est consacrée à la coordination des procédures d'insolvabilité ouvertes contre les membres du même groupe. L'article 61 autorise l'ouverture d'une procédure de coordination collective :

Demande d'ouverture d'une procédure de coordination collective

1. L'ouverture d'une procédure de coordination collective peut être demandée auprès de toute juridiction compétente en matière de procédures d'insolvabilité à l'encontre d'un membre du groupe par un praticien de l'insolvabilité désigné dans une procédure d'insolvabilité ouverte à l'encontre d'un membre du groupe.

2. La demande visée au paragraphe 1 est adressée conformément aux conditions prévues par la loi applicable à la procédure dans laquelle le praticien de l'insolvabilité a été désigné.

3. La demande visée au paragraphe 1 est accompagnée des éléments suivants :

a) une proposition indiquant le nom de la personne à nommer en qualité de coordinateur de groupe (ci-après dénommé « coordinateur »), précisant que celle-ci remplit les critères d'éligibilité prévus à l'article 71, comprenant des informations au sujet de ses qualifications ainsi que l'accord écrit de l'intéressé pour exercer la fonction de coordinateur ;

b) une description de la coordination collective proposée, précisant en particulier les raisons pour lesquelles les conditions énoncées à l'article 63, paragraphe 1, sont remplies ;

c) une liste des praticiens de l'insolvabilité désignés pour les membres du groupe et, le cas échéant, des juridictions et des autorités compétentes concernées par les procédures d'insolvabilité menées à l'encontre des membres du groupe ;

d) un aperçu de l'estimation des coûts de la coordination collective et une estimation de la part de ces coûts à acquitter par chacun des membres du groupe.

[538] Les coûts de la coordination comprennent, notamment, la rémunération du coordinateur. Celui-ci doit en donner une estimation. L'article 72(6) envisage le cas où le coordinateur découvre que les coûts seront très supérieurs à ceux estimés.

[539] L'article 62 institue une :

Règle de priorité

Sans préjudice de l'article 66, lorsque l'ouverture de la procédure de coordination collective est demandée auprès de juridictions de différents États membres, toute juridiction autre que celle saisie en premier lieu se déclare incompétente au profit de celle-ci.

[540] La réserve de l'article 66 est importante : les praticiens de l'insolvabilité désignés dans les procédures concernant les différents membres du groupe peuvent décider de désigner la juridiction d'un certain État membre comme exclusivement compétente.

[541] Selon l'article 63, la juridiction saisie doit informer les praticiens de l'insolvabilité :

Notification de la juridiction saisie

1. La juridiction saisie d'une demande d'ouverture d'une procédure de coordination collective notifie dans les meilleurs délais cette demande ainsi que le nom du coordinateur proposé aux praticiens de l'insolvabilité désignés pour les

membres du groupe figurant dans la demande visée à l'article 61, paragraphe 3, point c), si elle estime :

a) que l'ouverture d'une telle procédure est de nature à faciliter la gestion efficace de la procédure d'insolvabilité visant les différents membres du groupe ;

b) qu'aucun créancier d'un membre du groupe dont on prévoit la participation à la procédure n'est susceptible d'être financièrement désavantagé par l'inclusion de ce membre dans la procédure ; et

c) que le coordinateur proposé remplit les exigences prévues à l'article 71.

2. La notification visée au paragraphe 1 du présent article mentionne les éléments énumérés à l'article 61, paragraphe 3, points a) à d).

3. La notification visée au paragraphe 1 est envoyée par courrier recommandé avec accusé de réception.

4. La juridiction saisie donne aux praticiens de l'insolvabilité concernés la possibilité d'être entendus.

[542] L'article 64 permet aux praticiens de l'insolvabilité de formuler des objections quant à l'ouverture d'une procédure de coordination collective ou quant à la personne du coordinateur proposé :

Objections formulées par les praticiens de l'insolvabilité

1. Un praticien de l'insolvabilité désigné pour l'un des membres du groupe peut formuler des objections en ce qui concerne :

a) l'inclusion, dans une procédure de coordination collective, de la procédure d'insolvabilité pour laquelle il a été désigné ; ou

b) la personne proposée en qualité de coordinateur.

2. Les objections formulées en vertu du paragraphe 1 du présent article sont introduites auprès de la juridiction visée à l'article 63 dans les trente jours à compter de la réception de la notification de la demande d'ouverture de la procédure de coordination collective par le praticien de l'insolvabilité visé au paragraphe 1 du présent article.

Ces objections peuvent être formulées au moyen du formulaire uniformisé établi conformément à l'article 88.

3. Avant de prendre la décision de participer ou non à la coordination en application du paragraphe 1, point a), le praticien de l'insolvabilité veille à obtenir tout agrément qui pourrait être requis en vertu de la loi de l'État d'ouverture de la procédure pour laquelle il a été désigné.

[543] Selon l'article 65, si un praticien de l'insolvabilité s'oppose à l'inclusion du membre dont il supervise la procédure d'insolvabilité, celle-ci n'est pas incluse. Les rédacteurs du règlement ont voulu éviter l'inclusion autoritaire dans la procédure de coordination d'une société membre d'un groupe :

Conséquences des objections à l'inclusion dans une coordination collective

1. Lorsqu'un praticien de l'insolvabilité a formulé des objections à l'inclusion de la procédure pour laquelle il a été désigné dans une procédure de coordination collective, ladite procédure n'est pas incluse dans la procédure de coordination collective.

2. Les compétences de la juridiction visées à l'article 68, ou du coordinateur, découlant de ladite procédure n'ont aucun effet en ce qui concerne ce membre et n'entraînent pas de coûts à charge de ce membre.

[544] En revanche, selon l'article 67, en cas d'opposition à la personne du coordinateur proposé, la juridiction apprécie :

Conséquences des objections à l'encontre du coordinateur proposé

Lorsque des objections à la personne proposée en qualité de coordinateur ont été formulées par un praticien de l'insolvabilité qui ne fait pas objection pour autant à l'inclusion dans la procédure de coordination collective du membre pour lequel il a été désigné, la juridiction peut s'abstenir de désigner cette personne et inviter le praticien de l'insolvabilité qui a émis les objections à introduire une nouvelle demande conformément à l'article 61, paragraphe 3.

- [545] Selon l'article 66, les praticiens de l'insolvabilité peuvent choisir la juridiction compétente pour ouvrir une procédure de coordination collective :

Choix de la juridiction pour une procédure de coordination collective

1. Lorsque les deux tiers au moins de tous les praticiens de l'insolvabilité désignés dans des procédures d'insolvabilité concernant les membres du groupe sont convenus qu'une juridiction compétente d'un autre État membre est la juridiction la plus appropriée pour ouvrir une procédure de coordination collective, ladite juridiction a une compétence exclusive.

2. Le choix de la juridiction s'effectue sous la forme d'un accord mutuel écrit ou attesté par écrit. Il est possible jusqu'au moment où a lieu l'ouverture de la procédure de coordination collective conformément à l'article 68.

3. Toute juridiction autre que celle qui est saisie en vertu du paragraphe 1 se déclare incompétente au profit de celle-ci.

4. La demande d'ouverture d'une procédure de coordination collective est introduite auprès de la juridiction choisie conformément à l'article 61.

- [546] L'article 68 précise le contenu de la décision d'ouverture d'une procédure de coordination collective :

Décision d'ouverture d'une procédure de coordination collective

1. Une fois écoulé le délai fixé à l'article 64, paragraphe 2, la juridiction peut ouvrir la procédure de coordination collective si elle estime que les conditions de l'article 63, paragraphe 1, sont remplies. Dans ce cas, la juridiction :

- a) désigne un coordinateur ;
- b) rend une décision sur les grandes lignes de la coordination ; et
- c) rend une décision sur l'estimation des coûts et la part des coûts à acquitter par les membres du groupe.

2. La décision d'ouverture de la procédure de coordination collective est notifiée aux praticiens de l'insolvabilité participants et au coordinateur.

- [547] L'article 69 autorise la :

Participation volontaire ultérieure de praticiens de l'insolvabilité

1. Conformément à son droit national, tout praticien de l'insolvabilité peut demander, après que la décision judiciaire visée à l'article 68 a été rendue, l'inclusion de la procédure pour laquelle il a été désigné, lorsque :

- a) des objections quant à l'inclusion de la procédure d'insolvabilité dans la procédure de coordination collective ont été formulées ; ou
- b) une procédure d'insolvabilité à l'encontre d'un membre du groupe a été ouverte après que la juridiction a ouvert une procédure de coordination collective.

2. Sans préjudice du paragraphe 4, le coordinateur peut accéder à cette demande après avoir consulté les praticiens de l'insolvabilité concernés :

- a) s'il estime que, compte tenu du stade atteint par la procédure de coordination collective au moment de la demande, les critères énoncés à l'article 63, paragraphe 1, points a) et b), sont remplis ; ou

b) si tous les praticiens de l'insolvabilité concernés y consentent, sous réserve des conditions définies dans leur droit national.

3. Le coordinateur informe la juridiction et les praticiens de l'insolvabilité participants de la décision qu'il prend en vertu du paragraphe 2, et des raisons de cette décision.

4. Tout praticien de l'insolvabilité participant ou tout praticien de l'insolvabilité dont la demande d'inclusion dans la procédure de coordination collective a été rejetée peut contester la décision visée au paragraphe 2 conformément à la procédure prévue par la loi de l'État membre dans lequel la procédure de coordination collective a été ouverte.

[548] L'article 70 explique en quoi consiste la coordination des procédures d'insolvabilité ouvertes contre les sociétés du groupe :

Recommandations et programme de coordination collective

1. Les praticiens de l'insolvabilité conduisent leur procédure d'insolvabilité en tenant compte des recommandations du coordinateur et du contenu du programme de coordination collective visé à l'article 72, paragraphe 1.

2. Le praticien de l'insolvabilité n'est pas tenu de suivre en tout ou en partie les recommandations du coordinateur ou le programme de coordination collective.

S'il ne suit pas les recommandations du coordinateur ou le programme de coordination collective, il fait part de ses motifs aux personnes ou aux organes auxquels il doit rendre compte en vertu de son droit national, ainsi qu'au coordinateur.

[549] L'article 71 pose des règles quant au choix du coordinateur :

Le coordinateur

1. Le coordinateur est une personne qui est habilitée, selon le droit d'un État membre, à agir en qualité de praticien de l'insolvabilité.

2. Le coordinateur ne peut pas être l'un des praticiens de l'insolvabilité désignés pour un membre du groupe, et n'a aucun conflit d'intérêts à l'égard des membres du groupe, de leurs créanciers et des praticiens de l'insolvabilité désignés pour tout membre du groupe.

[550] L'article 72 explique quelle est la mission et quels sont les droits du coordinateur :

Missions et droits du coordinateur

1. Le coordinateur :

a) définit et élabore des recommandations pour la conduite coordonnée des procédures d'insolvabilité ;

b) propose un programme de coordination collective servant à définir, à détailler et à recommander une série complète de mesures appropriées pour une approche intégrée de la résolution des insolvabilités des membres du groupe. Ce programme peut contenir en particulier des propositions concernant :

i) les mesures à prendre afin de rétablir les performances économiques et la solidité financière du groupe ou d'une partie de celui-ci ;

ii) le règlement des litiges au sein du groupe pour ce qui est des transactions intragroupe et des actions révocatoires ;

iii) les accords entre les praticiens de l'insolvabilité des membres du groupe insolubles.

2. Le coordinateur peut également :

a) être entendu et participer, notamment en assistant aux réunions des créanciers, à toute procédure ouverte à l'encontre de tout membre du groupe ;

b) arbitrer tout litige qui pourrait survenir entre deux praticiens de l'insolvabilité des membres du groupe ou plus ;

c) présenter et expliquer son programme de coordination collective aux personnes ou aux organes auquel il doit rendre compte en vertu de son droit national ;

d) demander des informations à tout praticien de l'insolvabilité concernant tout membre du groupe, qui sont ou pourraient être utiles afin de définir et d'élaborer des stratégies et des mesures visant à coordonner les procédures ; et

e) demander une suspension, pour une durée maximale de six mois, de la procédure ouverte à l'encontre de tout membre du groupe, à condition que cette suspension soit nécessaire pour assurer la mise en œuvre correcte du programme et soit dans l'intérêt des créanciers concernés par la procédure pour laquelle la suspension est demandée; ou réclamer la levée de toute suspension existante. Une telle demande est introduite auprès de la juridiction qui a ouvert la procédure pour laquelle la suspension est demandée.

3. Le programme visé au paragraphe 1, point b), ne comporte pas de recommandations concernant une consolidation des procédures ou des masses de l'insolvabilité.

4. Les missions et les droits du coordinateur définis au présent article ne s'étendent à aucun membre du groupe qui ne participe pas à la procédure de coordination collective.

5. Le coordinateur honore ses obligations de manière impartiale et avec la diligence requise.

6. Lorsque le coordinateur estime que sa mission ne peut être accomplie sans une augmentation importante des coûts par rapport à l'estimation des coûts visée à l'article 61, paragraphe 3, point d), et, en tout état de cause, dès lors que les coûts sont 10 % plus élevés que les coûts estimés :

a) il le fait savoir sans retard aux praticiens de l'insolvabilité participants ; et

b) il demande l'approbation préalable de la juridiction chargée d'ouvrir la procédure de coordination collective.

[551] Les États membres ayant des langues officielles variées, l'article 73 contient des dispositions linguistiques :

Langues

1. Le coordinateur communique avec le praticien de l'insolvabilité d'un membre du groupe participant dans la langue convenue avec le praticien de l'insolvabilité ou, à défaut d'accord en la matière, dans la langue officielle ou l'une des langues officielles des institutions de l'Union, et de la juridiction qui a ouvert la procédure à l'encontre de ce membre du groupe.

2. Le coordinateur communique avec une juridiction dans la langue officielle applicable à cette juridiction.

[552] L'article 74 traite de la :

Coopération entre les praticiens de l'insolvabilité et le coordinateur

1. Les praticiens de l'insolvabilité désignés pour des membres d'un groupe et le coordinateur coopèrent dans la mesure où cette coopération n'est pas incompatible avec les règles applicables à chacune des procédures.

2. En particulier, les praticiens de l'insolvabilité communiquent toute information utile au coordinateur pour l'accomplissement de ses missions.

[553] L'article 75 envisage la :

Révocation du coordinateur

La juridiction révoque le coordinateur d'office ou à la demande du praticien de l'insolvabilité d'un membre du groupe participant, si :

- a) le coordinateur agit au détriment des créanciers d'un membre du groupe participant ; ou
- b) le coordinateur manque à ses obligations en vertu du présent chapitre.

[554] Certaines procédures d'insolvabilité n'emportent pas dessaisissement du débiteur. Celui-ci supervise alors la procédure. L'article 76 précise que, dans ce cas-là, les prérogatives consenties aux praticiens de l'insolvabilité dans le cadre de la coopération ou de la coordination des procédures ouvertes à l'égard de sociétés membres d'un même groupe sont exercées par le débiteur :

Débiteur non dessaisi

Les dispositions applicables au praticien de l'insolvabilité au titre du présent chapitre s'appliquent aussi, s'il y a lieu, au débiteur non dessaisi.

[555] L'article 77 traite des coûts, en particulier la rémunération du coordinateur, et de leur répartition :

Coûts et répartition

1. La rémunération du coordinateur est adéquate et proportionnée aux missions accomplies, et correspond à des dépenses raisonnables.

2. Lorsqu'il a accompli ses missions, le coordinateur établit la déclaration finale des coûts et leur répartition entre les membres, et soumet cette déclaration à chacun des praticiens de l'insolvabilité participants ainsi qu'à la juridiction ayant ouvert la procédure de coordination.

3. En l'absence d'objections de la part des praticiens de l'insolvabilité dans un délai de trente jours à compter de la réception de la déclaration mentionnée au paragraphe 2, les coûts et leur répartition entre les membres sont réputés acceptés. La déclaration est soumise à la juridiction ayant ouvert la procédure de coordination pour confirmation.

4. Dans le cas où des objections sont formulées, la juridiction qui a ouvert la procédure de coordination collective décide, à la demande du coordinateur ou de tout praticien de l'insolvabilité participant, des coûts et de leur répartition entre les membres, selon les critères visés au paragraphe 1 du présent article et en tenant compte de l'estimation des coûts visée à l'article 68, paragraphe 1 et, le cas échéant, à l'article 72, paragraphe 6.

5. Tout praticien de l'insolvabilité participant peut contester la décision visée au paragraphe 4 conformément à la procédure prévue par la loi de l'État membre dans lequel la procédure de coordination collective a été ouverte.

2.2 REGLES SPECIFIQUES A CERTAINES ENTREPRISES

[556] L'article 1(2) du règlement 848/2015 précise qu'il n'est pas applicable à certaines entreprises relevant de régimes spécifiques, définis par des directives : entreprises d'assurance, établissements de crédit et organismes de placement collectif. Cette

dernière catégorie comprend les organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM)¹⁸⁸ et les fonds d'investissement alternatifs (FIA)¹⁸⁹.

- [557] Sans entrer dans les détails, on peut dire que le régime qui en résulte est plus simple et plus centralisé que celui du règlement. Concernant les entreprises d'assurance et les établissements de crédit, l'État d'origine de ces entreprises est seul compétent pour prendre des mesures d'assainissement, qui incluent les procédures collectives, et ouvrir une procédure de liquidation. Les effets de la procédure ouverte dans l'État membre d'origine s'étendent à tous les autres États membres. Ces effets sont déterminés par la loi de l'État d'ouverture de la procédure, avec un certain nombre de tempéraments conformes aux distinctions habituelles du droit international privé. Concernant les organismes de placement collectif, le principe applicable est beaucoup plus général : ils relèvent du contrôle prudentiel des autorités de l'État membre d'origine.

3 DROIT FRANÇAIS

- [558] Il faut, d'abord, préciser le champ d'application du droit international privé français (3.1), avant d'envisager ses règles de conflits de juridictions (3.2) et de lois (3.3).

3.1 CHAMP D'APPLICATION DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE FRANÇAIS

- [559] Le droit international privé français s'applique pour savoir si le juge français doit ouvrir une procédure collective ou s'il faut reconnaître et donner effet à une procédure ouverte à l'étranger lorsque le débiteur n'a pas le centre de ses intérêts principaux sur le territoire de l'Union européenne (Danemark non compris). Dans ce cas, même l'effet en France d'une procédure d'insolvabilité ouverte dans un autre État membre de l'Union européenne relève des règles françaises de conflit, puisque le règlement n'est pas applicable.
- [560] Lorsque le débiteur a le centre de ses intérêts principaux en France mais n'a aucun établissement ni aucun créancier dans un autre pays de l'Union européenne, le droit international privé français trouve à s'appliquer, du moins partiellement. Certes, dans ce cas, le règlement n° 848/2015 est applicable, selon la Cour de justice¹⁹⁰. Toutefois, la seule disposition pertinente est l'article 3, selon lequel, par hypothèse, le juge français est exclusivement compétent pour ouvrir une procédure d'insolvabilité principale et les autres juges européens ne peuvent ouvrir de procédure territoriale ou secondaire. La compétence du juge français est alors fondée sur le droit européen.

3.2 REGLES DE CONFLITS DE JURIDICTIONS

- [561] Il faut envisager la compétence du juge français (3.2.1), puis l'effet à l'étranger du jugement d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité rendu en France (3.2.2) et l'effet en France d'une procédure d'insolvabilité ouverte à l'étranger (3.2.3).

¹⁸⁸ Directive 2009/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) ; transposée en France dans le Code monétaire et financier par l'ordonnance n° 2011-915 du 1er août 2011 relative aux organismes de placement collectif en valeurs mobilières et à la modernisation du cadre juridique de la gestion d'actifs.

¹⁸⁹ Directive 2011/61/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011 sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs et modifiant les directives 2003/41/CE et 2009/65/CE ainsi que les règlements (CE) n° 1060/2009 et (UE) n° 1095/2010 ; transposée en France dans le Code monétaire et financier par l'ordonnance n° 2013-676 du 25 juillet 2013 modifiant le cadre juridique de la gestion d'actifs.

¹⁹⁰ V. supra n° 323.

3.2.1 Compétence du juge français

[562] L'article R. 600-1 du Code de commerce énonce un critère général de compétence territoriale du juge français :

Sans préjudice des dispositions du 2° de l'article L. 721-8 et de l'article R. 662-7, le tribunal territorialement compétent pour connaître des procédures prévues par le livre VI de la partie législative du présent code est celui dans le ressort duquel le débiteur, personne morale, a son siège ou le débiteur, personne physique, a déclaré l'adresse de son entreprise ou de son activité. A défaut de siège en territoire français, le tribunal compétent est celui dans le ressort duquel le débiteur a le centre principal de ses intérêts en France.

Toutefois, en cas de changement de siège de la personne morale dans les six mois ayant précédé la saisine du tribunal, le tribunal dans le ressort duquel se trouvait le siège initial demeure seul compétent. Ce délai court à compter de l'inscription modificative au registre du commerce et des sociétés du siège initial.

[563] Il découle de l'alinéa 1^{er} que le juge français est compétent dès lors que le débiteur a son siège social en France ou un simple établissement, aussi modeste soit-il. La jurisprudence a toujours eu une conception extensive de la compétence du juge français en matière de faillite. Celle-ci est fondée par la présence, en France, d'un simple établissement secondaire¹⁹¹. En effet, au sens de l'article 1^{er} du décret du 27 décembre 1985, similaire au texte ci-dessus, le principal établissement du débiteur « désigne le principal de ses établissements secondaires situés en France »¹⁹².

[564] En application de l'article 14 du Code civil, le juge français est également compétent dès lors qu'il est saisi par un créancier français¹⁹³. Inversement, en vertu de l'article 15, un Français peut être assigné en ouverture d'une procédure collective, qu'il demeure ou non en France¹⁹⁴. L'arrêt appliquant l'article 14 dit expressément que le critère de la présence en France d'un établissement, déjà énoncé par l'article 1^{er} du décret du 22 décembre 1967, n'est pas exclusif. Les articles 14 et 15 du Code civil s'appliquent aussi.

3.2.2 Effet à l'étranger de la procédure d'insolvabilité ouverte en France

[565] Le juge français considère que la procédure collective ouverte par lui doit être universelle¹⁹⁵. Toutefois, en pratique, elle ne l'est que si les juges étrangers des pays susceptibles d'ouvrir une procédure collective, par exemple ceux où le débiteur a des établissements ou des actifs, acceptent de reconnaître le jugement français d'ouverture et tous ses effets. Cela est possible lorsque la compétence du juge français est fondée sur la présence en France du siège social du débiteur, de son domicile ou du centre de ses intérêts principaux. En revanche, si la procédure a été ouverte en France parce que le débiteur y a un établissement secondaire ou parce que lui ou un de ses créanciers et français, le jugement d'ouverture ne sera probablement pas reconnu par les juges étrangers, qui considéreront que le lien avec la France est trop ténu.

¹⁹¹ Cass. com., 19 janvier 1988, n° 86-11.080, *Bull. civ.* 1988, IV, n° 47.

¹⁹² Cass. com., 11 avril 1995, n° 92-20.032, *Bank of Credit and Commerce International Ltd Overseas*, *Bull. civ.* 1995, IV, n° 126.

¹⁹³ Cass. com., 19 mars 1979, n° 77-13.943, *Bull. civ.* 1979, IV, n° 104.

¹⁹⁴ Cass. civ. 2^{ème}, 7 juin 1962, *Bull. civ.* 1962, II, n° 506.

¹⁹⁵ V. par ex. l'arrêt reproduit ci-dessous : Cass. civ. 1^{ère}, 19 novembre 2002, 00-22.334, *Banque Worms*, *Bull. civ.* 2002, I, n° 275

[566] Cela étant, c'est en matière de faillite internationale que la Cour de cassation a rendu le seul arrêt admettant l'usage, par le juge français, d'une injonction *anti-suit*. Il convient de lire attentivement cet arrêt :

Attendu qu'à la suite de la procédure de redressement judiciaire ouverte contre les époux X..., le tribunal de commerce de Paris a, par jugement du 24 avril 1993, autorisé les mandataires de justice à ne pas engager de procédure d'exequatur sur les biens des débiteurs situés en Belgique et en Espagne afin de favoriser l'adoption rapide du plan de cession partielle projeté lequel a été arrêté par jugement du 10 juin 1993 ; que la Banque Worms, venant aux droits de la BUO, créancière admise à titre chirographaire, a poursuivi la vente d'un immeuble situé en Espagne et appartenant aux époux X... ; que sur la demande de ceux-ci, l'arrêt attaqué a ordonné à la banque de renoncer à cette poursuite et de justifier, sous astreinte, de son désistement ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la Banque Worms reproche à la cour d'appel d'avoir violé les articles 14 et 15 du Code civil et 718 du Code de procédure civile en décidant qu'elle était compétente pour statuer sur une demande tendant à paralyser une voie d'exécution sur un immeuble situé à l'étranger ;

Mais attendu que l'injonction à la personne du défendeur d'agir ou de s'abstenir, quelle que soit la localisation des biens en cause, dès lors qu'elle est prononcée par le juge français de la faillite légitimement compétent au fond, n'entre pas dans le régime des règles de compétence visé au moyen ; que celui-ci n'est donc pas fondé ;

Sur le quatrième moyen, pris en ses deux branches :

Attendu que la banque fait grief à l'arrêt attaqué de lui avoir ordonné de se désister de ses poursuites en Espagne alors, selon le moyen :

1/ qu'en considérant que le jugement du 29 avril 1993 n'était pas assorti de l'autorité de la chose jugée quant à l'exclusion des biens situés hors de France, la cour d'appel a violé l'article 1351 du Code civil ;

2/ qu'en refusant toute autorité à ce jugement au motif que l'exclusion était contraire à l'article 81, alinéa 4, de la loi du 25 janvier 1985, la cour d'appel a encore violé l'autorité qui s'attache même aux décisions erronées ;

Mais attendu que la seule portée du jugement précité, en ce qu'il se bornait à autoriser l'administrateur judiciaire et le représentant des créanciers à ne pas agir à l'étranger, était de ne pas retarder le déroulement des opérations face à une instance aux résultats aléatoires mais, aussi, d'exonérer, à l'avance, ces mandataires de justice de leur éventuelle responsabilité professionnelle pour ne pas avoir tenté d'appréhender le maximum d'actif ; qu'une telle "décision" ne peut être que dépourvue de toute autorité, de sorte que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Mais sur les deuxième et troisième moyens, réunis :

Vu le principe de l'universalité de la faillite, ensemble l'article L. 621-83, alinéa 4, du Code de commerce ;

Attendu que sous réserve des traités internationaux ou d'actes communautaires non applicables en l'espèce, et dans la mesure de l'acceptation par les ordres juridiques étrangers, le redressement judiciaire prononcé en France produit ses effets partout où le débiteur a des biens ; que l'article 6,1, de la Convention européenne des droits de l'homme, invoqué au deuxième moyen, ne saurait faire obstacle aux principes d'universalité ainsi qu'à celui d'égalité des créanciers chirographaires qui caractérise toute procédure collective et qui postule l'interdiction des poursuites individuelles et la soumission des créanciers aux obligations du plan de redressement ;

Attendu qu'il résulte de la procédure et des écritures des parties que le plan de cession partielle arrêté le 10 juin 1993 ne comprenait pas les immeubles à l'étranger ; que la cour d'appel, en statuant comme elle l'a fait, sans établir que ce plan avait été accompagné de la liquidation des biens résiduels et que l'immeuble litigieux était inclus dans cette liquidation, n'a pas donné de base légale à sa décision ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE...¹⁹⁶

- [567] Cet arrêt fort intéressant appelle cinq observations. En premier lieu, il entérine, sur le principe, le pouvoir du juge français d'enjoindre à une partie à une procédure judiciaire en cours en France de s'abstenir d'entamer ou poursuivre une procédure ouverte à l'étranger. En deuxième lieu, quant aux conditions, l'arrêt précise que le juge français ne détient ce pouvoir que s'il est compétent au fond. En revanche, il ne dit pas explicitement quelles circonstances justifient l'octroi de l'injonction. On peut toutefois généraliser les circonstances de l'espèce : le juge peut accorder une telle injonction pour prévenir ou faire cesser une procédure judiciaire en cours à l'étranger de nature à priver substantiellement d'effet une décision que le juge français a rendue où est amené à rendre.
- [568] En troisième lieu, quel est le fondement du pouvoir du juge de prononcer une injonction *anti-suit* ? On peut en avancer deux, complémentaires. D'une part, tout juge saisi du fond peut prononcer les mesures provisoires et conservatoires adéquates, par un jugement avant dire droit¹⁹⁷, qui ne le dessaisit pas¹⁹⁸. Le juge des référés pourrait aussi être saisi et octroyer l'injonction, comme mesure urgente, justifiée par l'existence d'un différend¹⁹⁹, ou comme mesure destinée à prévenir un dommage imminent ou faire cesser une situation illicite²⁰⁰. D'autre part, le Code des procédures civiles d'exécution²⁰¹ consacre le pouvoir du juge d'ordonner une astreinte pour assurer l'exécution de sa décision. Indirectement, cela revient à reconnaître au juge le pouvoir d'enjoindre à une partie, sous astreinte, de faire ou ne pas faire quelque chose, afin d'assurer l'exécution d'une obligation. Si on admet qu'un principe de procédure, tel que la loyauté ou l'égalité des armes, impose à la partie visée par l'injonction de s'abstenir de poursuivre une procédure à l'étranger, la mesure consiste à assurer le respect de cette obligation.
- [569] En matière de procédure collective, en l'espèce, c'était le principe d'universalité de la faillite, selon lequel les organes de la procédure doivent pouvoir déterminer le sort de tous les actifs, qui justifiait d'interdire à une partie de poursuivre la vente d'un immeuble à l'étranger. Cependant, encore aurait-il fallu que l'immeuble situé en Espagne fût inclus dans le plan de cession ou fût partie des biens liquidés à titre résiduel. L'arrêt d'appel est cassé pour n'avoir pas vérifié que la seconde condition était remplie, la première ne l'étant assurément pas. Si l'immeuble avait été écarté, par les organes et le juge de la faillite, des actifs à réaliser, l'injonction ne se justifiait plus.
- [570] En quatrième lieu, l'injonction *anti-suit*, largement utilisée par les juges des pays de tradition anglaise, soulève la question du respect, par le juge qui l'émet, de la

¹⁹⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 19 novembre 2002, 00-22.334, *Banque Worms*, Bull. civ. 2002, I, n° 275

¹⁹⁷ C. pr. civ., art. 482.

¹⁹⁸ C. pr. civ., art. 483.

¹⁹⁹ C. pr. civ., art. 834 (président du tribunal judiciaire) et 872 (président du tribunal de commerce).

²⁰⁰ C. pr. civ., art. 835, al. 1^{er}, (président du tribunal judiciaire) et 873, al. 1^{er}, (président du tribunal de commerce).

²⁰¹ C. pr. exéc., art. L. 131-1.

souveraineté de l'État étranger dans lequel la procédure visée a été ouverte. Cela relève de ce qu'on appelle, en droit international privé, la courtoisie internationale, ou *comity*. Les juges anglais réfutent cet argument en soulignant que l'injonction ne s'adresse pas au juge étranger mais à une partie engagée dans une procédure devant le juge octroyant la mesure, tout en soulignant l'importance de prendre en considération le principe de *comity* avant de prononcer une telle mesure²⁰².

- [571] La Cour de justice de l'Union européenne a néanmoins jugé qu'une injonction *anti-suit* ne peut être utilisée pour faire cesser une procédure entamée dans un autre État membre de l'Union européenne, parce qu'elle serait contraire au principe de confiance mutuelle entre les institutions des États membres et parce que le Règlement Bruxelles I comporte des règles destinées à régler les conflits de juridictions à l'intérieur de l'Union²⁰³. De plus, en matière de faillite, le règlement n° 848/2015 détermine désormais les règles de conflit de juridictions entre les États membres, de telle sorte que, dans une espèce identique à celle jugée dans l'arrêt ci-dessus reproduit, le juge français aurait été compétent pour ouvrir la procédure principale et le juge espagnol, pour ouvrir une procédure secondaire.
- [572] En cinquième lieu, l'injonction *anti-suit* est un instrument utile, dans le contentieux international, pour éviter la multiplication des procédures et protéger la compétence du juge français. Il est regrettable que celui-ci, malgré la reconnaissance de cette pratique par la Cour de cassation, n'en fasse quasiment jamais usage, du moins lorsque la procédure parallèle est ouverte en dehors de l'Union européenne. Dans la concurrence entre systèmes juridiques, la possibilité d'obtenir une injonction *anti-suit* est un avantage compétitif, qui peut inciter les parties, par exemple, à inclure dans un contrat une clause désignant le juge français comme compétent.

3.2.3 Effet en France d'une procédure d'insolvabilité ouverte à l'étranger

- [573] Traditionnellement, selon la jurisprudence, le jugement étranger ouvrant une procédure d'insolvabilité ne produisait d'effet en France qu'après avoir reçu l'exequatur. La jurisprudence admettait seulement que le jugement étranger de faillite fondât l'intérêt du syndic de la faillite à demander son exequatur. La jurisprudence a néanmoins évolué et considère aujourd'hui que l'exequatur est nécessaire seulement pour recourir à des mesures d'exécution forcée en France sur le fondement du jugement de faillite. Le jugement peut produire en France les autres effets prévus par la *lex concursus*, s'ils sont conformes à l'ordre public international selon la conception française :

Mais attendu que si le jugement étranger ne peut permettre de recourir en France à des mesures d'exécution avant la décision d'exequatur, rien n'empêche de prendre en considération certains effets que la loi étrangère de fond attache à la décision déclarée exécutoire en France, sous réserve de la conformité à la conception française de l'ordre public international ; que tel est le cas de l'irrecevabilité d'une demande en paiement et de l'interdiction de pratiquer des saisies et de prendre des mesures conservatoires - solutions également connues du droit français - prévues, en l'espèce, par la loi danoise régissant la faillite

²⁰² *Star Reefers Pool Inc. v. JFC Group* [2012] EWCA Civ 14, n° 25 à 31 (Rix LJ). – *Glencore International AG v. Exter Shipping Ltd* [2002] 2 All ER (Comm) 1, n° 42 et 43 (Rix LJ). – *Deutsche Bank AG v. Highland Crusader Offshore Partners LP* [2010] 1 WLR 1023 at [50] (Toulson LJ).

²⁰³ CJUE, 10 février 2009, *Allianz Spa v. West Tankers Inc (The Front Comor)*, aff. 195-07. – CJUE, 27 avril 2004, *Turner v. Grovit*, aff. C-159/02

déclarée par le jugement du 29 mai 1981, revêtu de l'exequatur ; que le moyen ne peut donc être accueilli²⁰⁴ ;

- [574] Il faut ajouter que l'ouverture d'une procédure collective en France interdit d'y reconnaître un jugement étranger ouvrant une faillite à propos du même débiteur. Inversement, si un jugement rendu dans le pays du siège et ouvrant une procédure collective a reçu l'exequatur en France, alors le juge français s'abstient d'ouvrir une procédure collective.

3.3 REGLES DE CONFLITS DE LOIS

- [575] Il faut identifier les questions relevant de la *lex concursus* (3.3.1) et d'autres lois (3.3.2).

3.3.1 Questions relevant de la *lex concursus*

- [576] Selon le droit international privé français, la loi du pays d'ouverture de la faillite est applicable, en tant que *lex concursus*, à toutes les questions directement liées à la procédure de faillite²⁰⁵, notamment : identification des débiteurs, effet du jugement d'ouverture sur les procédures en cours, arrêt des poursuites individuelles, production des créances, dessaisissement du débiteur, pouvoir des organes de la faillite, revendications²⁰⁶. Cependant, s'agissant des faillites ouvertes à l'étranger, la loi du pays d'ouverture produira ses effets en France dans la mesure où le jugement d'ouverture peut être reconnu et où ils sont conformes à l'ordre public international selon la conception française²⁰⁷.

- [577] S'agissant des procédures collectives ouvertes en France, les principes d'égalité entre les créanciers, d'arrêt des poursuites individuelles et d'interruption des instances en cours sont considérées, par la Cour de cassation, comme d'ordre public interne et international. Une sentence arbitrale²⁰⁸ ou un jugement étranger rendu en contradiction de ces principes ne peut être reconnu en France.

- [578] Dans tout pays ayant accordé l'exequatur au jugement français ouvrant une procédure collective ou le reconnaissant, les questions qui, selon le droit international privé local, relèvent de la *lex concursus*, seront régies par le droit français, sous réserve de sa conformité à l'ordre public international selon la conception locale. Le champ d'application de la *lex concursus* est généralement similaire d'un pays à l'autre, les règles françaises de conflit de lois en la matière n'étant pas particulièrement originale. Il peut néanmoins y avoir de légères différences.

3.3.2 Questions relevant d'autres lois

- [579] En revanche, certaines questions, indirectement liées à la procédure de faillite, relèvent d'autres lois. L'existence d'une créance est déterminée par la loi qui lui est applicable, selon les règles de conflit énoncées par les Règlements Rome I, en matière contractuelle, et Rome II, en matière extracontractuelle. L'existence et le régime d'une sûreté réelle opposée par un créancier à la procédure collective relève de la *lex rei sitae*²⁰⁹, quoique son opposabilité à la masse des créanciers relève de la *lex*

²⁰⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 25 février 1986, *Kleber*, n° 84-14208, *Bull. civ.* 1986, I, n° 38.

²⁰⁵ Cass. civ. 11 mars 1913, DP 1914, I, p. 185.

²⁰⁶ Cass. com., 8 mars 1988, n° 86-17.410.

²⁰⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 25 février 1986, *Kleber*, n° 84-14208, *Bull. civ.* 1986, I, n° 38.

²⁰⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 6 mai 2009, n°08-10.281, *Bull. civ.* 2009, I, n° 86.

²⁰⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 17 novembre 1999, 97-20.624, *Bull. civ.* 1999, I, n° 305.

*concurus*²¹⁰. Évidemment, en cas de liquidation judiciaire, la dissolution d'une société ayant son siège social à l'étranger relève uniquement de la *lex societatis*.

²¹⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 25 février 1986, *Kleber*, n° 84-14208, *Bull. civ.* 1986, I, n° 38.

Lundi 22 avril 2024

1 INTRODUCTION

- [580] Le 1^{er} décembre 2022, le champ pétrolifère de Khemkhâh, au Khemed, a produit ses premiers barils. C'est le gisement le plus important découvert depuis trente ans : il est estimé à trente-huit milliards de barils, dont treize récupérables. Toutefois, il est particulièrement difficile à exploiter. Il est à moitié en mer et à moitié sous terre. Le pétrole est enfoui profondément. Les conditions climatiques sont extrêmes : la température peut atteindre 50°C l'été. Le pétrole est sous pression et contient une proportion importante de sulfure d'hydrogène.
- [581] Afin d'exploiter cette ressource, le gouvernement khémédite a octroyé une concession à KhemedOil, une co-entreprise créée par une société syldave, Skoil Petroleum, et une société San Théodoriennne, Golden Oil, chacune détenant 40% du capital, les 20% restant étant détenu par le Khemed Investment Fund, le fonds souverain du Khemed.
- [582] Le développement des installations nécessaires à l'exploitation a commencé en 2014. Il a fallu construire plusieurs îles artificielles. Le coût du développement, initialement estimé à 57 milliards de dollars est aujourd'hui d'environ 137 milliards de dollars ! Or, selon un contrat conclu entre le gouvernement khémédite, Skoil Petroleum et Golden Oil, ces dernières devaient supporter une partie importante des surcoûts si la production n'atteignait pas 75.000 barils par jour au 28 février 2023. En réalité, cette solution avait été trouvée pour mettre fin à de nombreux désaccords entre les compagnies pétrolières et le gouvernement du Khemed, désaccords liés aux surcoûts et au retard pris par le projet, qui aurait dû aboutir en 2020.
- [583] La production n'a pas atteint le seuil prévu. Le gouvernement khémédite exige que les compagnies étrangères lui versent 30 milliards de dollars pour lui rembourser la part qu'il a assumé dans les surcoûts. Les compagnies étrangères refusent, en expliquant que le retard est dû au comportement du gouvernement khémédite qui, sous l'impulsion de l'émir Ben Kalish Ezab, a imposé de nouvelles normes environnementales très contraignantes ayant nécessité des travaux supplémentaires avant le démarrage de la production.
- [584] Devant le refus des compagnies pétrolières, le gouvernement nationalise KhemedOil en expropriant les parts sociales qu'elles détiennent dans le capital de cette dernière. Lorsque cette nouvelle est connue, le cours de l'action Skoil Petroleum à la Bourse de Klow baisse significativement. Skoil Petroleum subit ainsi un quintuple préjudice :
- Perte des sommes investies sur le site.
 - Perte de la valeur de ses parts sociales dans KhemedOil.
 - Perte des dividendes qu'elles auraient dû toucher pendant des décennies sur l'exploitation du site.
 - Diminution de sa capitalisation boursière.
 - Préjudice immatériel en termes d'image et de réputation.
- [585] Le gouvernement khémédite verse aux actionnaires de KhemedOil une indemnité que Skoil Petroleum juge très insuffisante. Face au refus du gouvernement khémédite de

négocié pour trouver une solution amiable, Skoil Petroleum doit utiliser un recours juridictionnel. Elle pourrait saisir le juge administratif khémédite mais elle craint qu'il ne soit partial, puisqu'il devra trancher entre l'État dont il émane et une société étrangère. Elle ne peut pas saisir le juge syldave, en raison de l'immunité de juridiction de l'État du Khemed. Celui-ci aurait pu y renoncer, dans le contrat conclu avec Skoil Petroleum et Golden Oil et pourrait encore le faire après la naissance du litige, mais il ne l'a pas fait et ne le fera pas : il est hors de question pour lui de se soumettre à la compétence d'une juridiction étatique étrangère. C'est pour cette même raison que le contrat ne contient pas de clause désignant la juridiction d'un État tiers.

- [586] Cependant, à défaut de recours juridictionnel, ce type de litige peut se transformer en différend entre États : l'État syldave risque d'intervenir en exerçant la protection diplomatique au profit de Skoil Petroleum. Cela compliquerait les relations internationales entre États, d'autant que d'autres peuvent s'en mêler, en considérant qu'ils ont des intérêts en jeu. Par exemple, d'autres pays de l'OPEP pourraient décider d'appuyer le gouvernement khémédite.
- [587] Pour éviter tous ces écueils, la meilleure solution est le recours à l'arbitrage. C'est pour cette raison que, de nos jours, ces litiges entre un investisseur étranger et l'État d'accueil de l'investissement sont généralement soumis à l'arbitrage. Les contrats conclus entre eux comportent souvent une clause compromissoire. Cela dit, la plupart du temps, il n'y a pas de contrat entre l'investisseur et l'État d'accueil : la plupart des investissements sont réalisés sans intervention directe de l'État.
- [588] Cela dit, quelles sont les règles substantielles que les arbitres doivent appliquer pour trancher le litige qui leur est soumis ? La question des règles de droit applicables au fond du litige est cruciale. S'agissant d'un litige entre un État et une personne privée, on songe d'abord à le soumettre au droit de l'État d'accueil mais ce pourrait être à son avantage car les dispositions de son droit peuvent protéger ses intérêts. L'investisseur étranger se trouverait soumis à un droit que l'autre litigant, l'État d'accueil, peut modifier à sa guise, puisqu'il en est la source. On pourrait alors songer à soumettre le litige à un autre droit national mais l'État d'accueil pourrait s'y opposer car alors ses intérêts seraient tributaires du droit d'un État étranger, qui peut varier selon la volonté de cet État. Cela serait particulièrement gênant si l'État dont la loi était applicable était l'État d'origine de l'investisseur.
- [589] Il est sans doute préférable de considérer que certains principes internationaux, destinés à assurer l'équité des règles applicables au fond, doivent prévaloir sur le droit national applicable. Toutefois, quelle peut être la source de ces principes ? Sans doute pas le droit international public, puisque celui-ci est conçu pour régir les relations entre États, pas celles entre un État et une personne privée, fût-elle étrangère. Quant à la *lex mercatoria*, elle est destinée à régir des transactions commerciales, pas les rapports entre investisseurs et États d'accueil.
- [590] Pour dépasser la difficulté, on a élaboré un corps de règles spécifiques, dérivés à la fois du droit international public et du droit du commerce international. Ces règles ont pour source les sentences arbitrales rendues depuis un peu plus d'un siècle, qui ont fini par constituer une espèce de jurisprudence, des traités protégeant les investissements et, dans une certaine mesure, la coutume internationale. Ces règles constituent ce qu'il est convenu d'appeler le droit international des investissements. Elles doivent respecter deux impératifs. D'une part, elles doivent protéger les investisseurs en leur assurant un traitement équitable de la part de l'État d'accueil, ce qui est nécessaire pour encourager les investissements internationaux. D'autre part, elles doivent permettre à l'État

d'accueil de rester maître de ses ressources naturelles, de sa législation fiscale, économique et sociale, de préserver sa sécurité, ses intérêts stratégiques et l'intérêt général de sa population.

- [591] L'objet de cette dixième leçon est de présenter, de manière nécessairement synthétique, les principes du droit des investissements. Pour bien appréhender cette branche du droit, il faut d'abord en comprendre l'origine et l'évolution (2), les sources (3) et les enjeux actuels (4). On expliquera ensuite les notions essentielles (5) en droit des investissements et on exposera les standards de protection des investisseurs (6).

2 ORIGINE ET EVOLUTION

- [592] Le droit des investissements trouve sa lointaine origine dans le principe coutumier et conventionnel du droit international public selon lequel chaque État devait assurer aux biens des étrangers une protection équivalente à celle qu'il accordait aux biens de ses ressortissants (2.1). Cette approche traditionnelle a été remise en cause à partir de la seconde moitié du XIXe siècle (2.2), avant l'émergence d'un standard minimal (2.3), lui-même remis en cause dans les années 1960 à 1980 (2.4). Le débat s'apaisa au tournant des années 1990 (2.5).

2.1 PROTECTION DES BIENS DES ETRANGERS COMME DES BIENS DES NATIONAUX

- [593] La protection due par chaque État aux étrangers s'étend aussi à leurs biens. Il semble qu'on trouve cette idée dès le Moyen-Âge. Il existait alors une pratique consistant, pour un État, à accorder à ses citoyens lésés par un État étranger, des lettres de représailles leur permettant de capturer des vaisseaux ennemis²¹¹. Par la suite, cette pratique a évolué vers les lettres de marque et de représailles ou lettres de courses, autorisant les corsaires à capturer les vaisseaux ennemis.
- [594] A partir de la fin du XVIIIe siècle, des traités bilatéraux commencent à protéger la propriété des ressortissants de chaque État partie sur le territoire de l'autre. On peut citer, par exemple, le Traité d'Amitié et de Commerce (*Treaty of Amity and Commerce*) conclu entre les États-Unis et la France, le 6 février 1778, à Paris. Ce traité protégeait surtout la propriété des navires.
- [595] En 1796, John Adams²¹² écrivait qu'il n'y a pas de principe du droit des gens plus fermement établi que celui qui garantit la protection de la propriété des étrangers sur le territoire d'un État ami de celui dont ils sont ressortissants. Jusqu'au début du XXe siècle, la pratique des traités protégeant les biens des ressortissants d'un État sur le territoire de l'autre et, plus généralement, les réflexions des internationalistes s'organisaient autour de ce principe. Il fallait protéger la propriété des étrangers en général, sans viser spécifiquement les investissements. D'ailleurs, cette notion était sans doute encore inconnue du droit international.
- [596] En ce temps-là, les États faisant partie du concert des nations, situés en Europe, en Amérique et, dans une certaine mesure, en Asie, respectaient la propriété privée de leurs propres ressortissants et la protégeaient de manière similaire. Par conséquent, on considérait qu'il suffisait de garantir aux étrangers la même protection que celle accordée aux nationaux. Ainsi, l'article 2(3) du Traité entre la Suisse et les États-Unis de 1850 disposait qu'en cas d'expropriation, les citoyens de l'un des deux États parties

²¹¹ J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8^e éd., Oxford University Press, 2012, p. 611.

²¹² Premier vice-président (1789-1797), puis deuxième président des États-Unis (1797-1801).

résidant sur le territoire de l'autre devaient être traités comme les citoyens de l'État où ils se trouvaient.

2.2 REMISE EN CAUSE DE CETTE APPROCHE TRADITIONNELLE

- [597] Le présupposé selon lequel tous les États respectent la propriété privée de leurs ressortissants selon des standards qu'il suffit d'appliquer aux étrangers a commencé à être mis en question en 1868, par le juriste argentin Carlos Calvo, dans son traité de droit international²¹³. Pour lui, le droit international doit effectivement se borner à garantir l'application aux étrangers des mêmes règles que celles applicables aux nationaux mais cela signifie que tout État a une grande latitude pour réduire cette protection, s'il le fait de la même manière pour ses ressortissants et pour les étrangers. Ceux-ci, s'ils s'estiment lésés, doivent uniquement utiliser les recours locaux prévus par le droit national. Toute intervention d'un État étranger pour protéger les intérêts de ses ressortissants est interdite tant que les recours locaux n'ont pas été épuisés. Cela aboutissait priver la propriété des étrangers d'une véritable protection.
- [598] Cette doctrine s'explique par le contexte : les grandes puissances exportatrices de capital, les pays d'Europe occidentale et les États-Unis, avaient tendance à l'époque à faire usage de la force pour contraindre les États importateurs de capital à respecter la propriété de leurs ressortissants selon leur propres conceptions du droit international. C'est ce qu'on appelle en anglais la *gunboat*²¹⁴ *diplomacy*, qui servaient notamment à recouvrer les créances des ressortissants des grandes puissances sur les États importateurs de capital. Ainsi, au début du XXe siècle, le Royaume-Uni, l'Allemagne et l'Italie avaient bloqué et bombardé des ports en raison de la taille de la dette vénézuélienne.
- [599] Face à cette attitude hégémonique, les États d'Amérique latine ressentaient le besoin d'affirmer leur indépendance. Luis Maria Drago, ministre argentin des affaires étrangères déduisit de la doctrine Calvo le principe selon lequel l'usage de la force pour le recouvrement de créances contre des nations américaines était interdit. Cette doctrine aboutit à la Convention Drago – Porter, signée à La Haye le 18 octobre 1907, et ratifiée par dix-sept États²¹⁵.
- [600] Cette convention permit d'apaiser les relations internationales et la doctrine Calvo resta marginale. Au début du XXe siècle, la conception dominante était que chaque État devait respecter un standard minimum de protection vis-à-vis de la propriété des étrangers, même s'il n'accordait qu'une protection inférieure à ce standard à ses propres nationaux. Cette conception fut exprimée, notamment, par Elihu Root, secrétaire d'État des États-Unis, en 1910 : il considérait qu'il s'agissait d'un principe fondamental du droit international. Cependant, deux événements politiques allaient raviver le débat : la révolution russe (2.2.1) et les nationalisations mexicaines (2.2.2).

2.2.1 Révolution russe

- [601] A la suite de la révolution d'octobre 1917, le nouveau pouvoir soviétique, afin de mettre en œuvre le programme issu de l'idéologie socialiste, nationalisa de nombreux biens et

²¹³ C. Calvos, *Le droit international théorique et pratique*, 2^e éd., Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1870-1872 (deux volumes).

²¹⁴ Cannonière.

²¹⁵ Autriche-Hongrie, Danemark, El Salvador, Allemagne, Royaume-Uni, Mexique, Pays-Bas, Russie, Etats-Unis (le 27 novembre 1909), Nicaragua (16 décembre 1909), Chine (15 janvier 1910), Haïti (2 février 1910), France (7 octobre 1910), Norvège (19 novembre 1910), Guatemala (15 mars 1911), Portugal (13 avril 1911) et Panama (11 novembre 1911).

entreprises appartenant à des étrangers, sans indemnisation. Il justifia ce comportement par le principe du traitement national : il nationalisait de la même manière des biens appartenant aux soviétiques.

- [602] Puis, dans le cadre de la nouvelle politique économique, en 1925, le gouvernement soviétique accorda à Lena Goldfields, une société britannique, une vaste concession minière. Cependant, en 1929, il modifia sa politique économique et retira certains droits à Lena Goldfields, avant de lancer une campagne d'intimidation contre ses employés, qui démissionnèrent en masse, puis d'occuper la mine brutalement : raid militaire en pleine nuit et capture de tous les employés présents.
- [603] Lena-Goldfields se trouvant ainsi privé de sa concession, elle mit en œuvre la clause compromissoire du contrat conclu avec l'État soviétique. Celui-ci rechigna à y participer mais fut condamné à indemniser le concessionnaire à hauteur de 13.000.000 de livres sterling²¹⁶. Il refusa de payer cette somme. Le gouvernement britannique exerça la protection diplomatique et négocia avec son homologue soviétique. Les deux pays souhaitant conclure un traité commercial, un accord fut trouvé en 1934, pour le paiement en vingt ans de 3,000,000 de livres. Une partie des échéances fut réglée, jusqu'en 1940.

2.2.2 Nationalisations mexicaines

- [604] A la fin des années 1930, le Mexique procéda également à des nationalisations d'entreprises détenues par des ressortissants des États-Unis, dans les domaines agricole et pétrolier. A cette occasion, Cordell Hull, secrétaire d'Etat des États-Unis écrivit une lettre restée célèbre dans laquelle il affirma que le droit international permettait à un État d'exproprier un étranger mais exigeait une indemnisation rapide, adéquate et réelle. Le Mexique, pour sa part, s'abrita derrière la doctrine Calvo.
- [605] Après plusieurs années de discussion entre les deux gouvernements et les sociétés concernées, un accord fut trouvé sur un montant d'indemnisation, et l'accord Cooke – Zeavada fut signé le 18 avril 1942. Cette affaire préfigurait les nombreux différends relatifs à des investissements qui devaient opposer par la suite les pays développés et les pays en voie de développement.

2.3 L'EMERGENCE D'UN STANDARD MINIMAL INTERNATIONAL

- [606] Ces différends et les nombreux autres qui apparurent tout au long du XIXe siècle et du XXe siècle conduisirent à la consécration d'un standard minimal international à propos de la protection des étrangers se trouvant sous l'emprise d'un État : ces étrangers sont considérés comme protégés par des règles internationales qui obligent tous les États. Ce standard minimum ne concerne pas seulement la protection des biens mais aussi des intérêts extrapatrimoniaux de la personne : droits procéduraux devant les tribunaux, droits civils, droit de propriété.
- [607] Le contenu exact de ce standard n'est pas forcément très clair car il est précisé au fil du temps, cas par cas mais son existence a été affirmé et reconnu par plusieurs sentences. La sentence *Neer c. Mexique*²¹⁷ a ainsi invoqué le standard minimal pour affirmer que les autorités mexicaines avaient le devoir d'enquêter sur la mort inexplicée d'un

²¹⁶ A. Nussbaum, "The Arbitration Between the Lena Gold-ields, Ltd. And the Soviet Government", (1950) 36 Cornell Law Rev. 31, avec une reproduction des principaux extraits de la sentence. Sentence également publiée dans *The Times*, 3 septembre 1930.

²¹⁷ (1926) 4 RIAA 60.

ressortissant des États-Unis. La CEDH, dans son arrêt *James c. Royaume-Uni*²¹⁸, a jugé que le droit international public contient des principes protégeant spécifiquement les étrangers en cas d'expropriation, qui ne s'appliquent pas aux nationaux. La sentence Pays-Bas – États-Unis relative à la souveraineté sur l'Île de Palmas reconnaissait déjà l'existence d'un tel standard²¹⁹. En ce qui concerne la protection des investissements, toutefois, le contenu du standard minimal est aujourd'hui assez précis, grâce aux nombreuses décisions et traités qui existent en la matière.

- [608] Le standard minimal impose à tout État d'assurer aux étrangers présents sur son sol une protection minimale²²⁰, qui implique une obligation de ne pas faire : ne pas soumettre les étrangers à des traitements brutaux, à des persécutions, à des incarcérations abusives ; et une obligation de faire : protéger l'étranger contre des mauvais traitements de la part des sujets de l'État.

2.4 LA REMISE EN CAUSE DU STANDARD MINIMUM

- [609] La période de 1945 à 1990 fut marquée par de nombreux conflits entre pays développés, exportateurs de capitaux, et pays en voie de développement, nouvellement décolonisés. Les premiers essayaient d'imposer le respect d'un standard minimal, tandis que les seconds estimaient pouvoir prendre toutes mesures économiques, notamment des expropriations de biens détenus par des étrangers, au nom de leur souveraineté et de la nécessité de maîtriser leurs ressources naturelles²²¹.

- [610] Ces discussions eurent lieu, notamment, au sein de l'Organisation des Nations unies. Les États en voie de développement étaient majoritaires dans l'Assemblée générale. En 1962, un compromis fut recherché à travers la résolution AG 1803, qui disposait qu'en cas d'expropriation, une indemnité appropriée devait être versée. En 1974, après le succès obtenu par l'OPEP et l'état d'esprit très indépendant qui animait les États latino-américain, un grand nombre de membres de l'ONU appelèrent à l'instauration d'un nouvel ordre économique mondial.

- [611] Ce mouvement conduisit à l'adoption de plusieurs résolutions, en particulier la résolution AG 3281 qui semblait remettre en cause l'existence d'un standard international puisqu'elle affirmait le droit de chaque État d'exproprier les biens des ressortissants étrangers ; prévoyait le versement d'une compensation appropriée ; précisait que le calcul de cette compensation devait avoir lieu par application des lois nationales et des circonstances considérées comme pertinentes par l'État expropriant ; et que tout litige entre l'étranger exproprié et l'État expropriant devait être résolu par application du droit de l'État expropriant. Cette remise en cause du standard minimal conduisit à une grande insécurité juridique pour les investisseurs.

2.5 APAISEMENT AU TOURNANT DES ANNEES 1990

- [612] Au début des années 1990, un certain nombre de facteurs permirent un apaisement et l'émergence d'un consensus sur l'existence d'un standard minimal international et la nécessité de le respecter. L'effondrement de l'URSS et du bloc soviétique a largement battu en brèche le modèle socialiste de développement économique. De plus, la crise financière majeure en Amérique latine a été considérée comme une conséquence de la

²¹⁸ 21 février 1986, requête n° 8793/79, § 58 à 66.

²¹⁹ Tribunal *ad hoc*, 4 avril 1928, 2 RSA 829.

²²⁰ J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, 10^e éd., Monchrestion, 2012, p. 378.

²²¹ K. Miles, *The origins of International Investment Law – Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 78 à 93.

politique de ces États en matière d'investissements étrangers. A l'ONU, les Etats en voie de développement cessèrent de réclamer le droit d'exproprier en fixant leurs propres conditions.

- [613] Les organisations financières internationales adoptèrent une position très favorable aux investissements internationaux, considérés comme un facteur précieux et puissant de développement car ils permettent l'expansion du commerce mondial et apportent au pays d'accueil un accroissement de la concurrence, des transferts de capitaux, de technologie et de savoir-faire managérial et une ouverture des marchés²²². En 1989, John Williamson²²³ énonça les conditions nécessaires à la croissance économique qu'il résuma par l'expression *Washington Consensus*, pour laisser entendre que tout le monde était désormais d'accord sur ces conditions, qui incluaient l'encouragement et donc la protection des investissements transnationaux. Les années 1980 furent considérées comme une décennie perdue pour le développement économique.
- [614] Désormais, les États importateurs de capitaux cessèrent de s'opposer à l'application du droit international mais au contraire de renforcer la protection des investissements étrangers pour en attirer davantage. Dans les années 1990, le nombre de traités tendant à protéger les investissements explosa. A partir des années 1990, on cessa de discuter de l'existence d'un standard minimal international et de s'interroger sur l'opportunité de signer des traités protégeant les investissements pour s'intéresser plutôt à l'interprétation de ces traités et au contenu exact du standard minimal.

3 SOURCES DU DROIT DES INVESTISSEMENTS

[615] Les sources du droit des investissements sont :

- Les instruments internationaux (3.1).
- La coutume internationale (3.2).
- Les principes généraux du droit (3.3).
- Les actes étatiques (3.4).
- Les sentences arbitrales (3.5).

3.1 LES INSTRUMENTS INTERNATIONAUX

[616] Les instruments internationaux sont, d'abord, des conventions internationales, au premier chef les traités de protection des investissements (3.1.1). Ces traités s'étant multipliés, il y a eu plusieurs projets de traité universel (3.1.2), qui n'ont jamais abouti. En revanche, la Convention de Washington (3.1.3) crée un centre d'arbitrage spécialisé dans les différends relatifs aux investissements, à vocation mondiale. Il faut aussi évoquer les instruments de la CNUDCI (3.1.4) et les instruments européens (3.1.5), de nature variée – ce ne sont pas toujours des conventions internationales.

3.1.1 Les traités de protection des investissements

[617] Les traités de protection des investissements (TPI) constituent la principale source du droit des investissements. La plupart sont bilatéraux mais certains sont multilatéraux. Les traités d'amitié et de commerce des XVIIIe et XIXe siècles en sont les précurseurs, à commencer par le traité franco-américain de 1778. D'autres séries de traités furent

²²² *Guide de la Banque Mondiale sur le traitement des investissements étrangers directs*, 1992.

²²³ Économiste britannique.

conclus par les États-Unis en 1919 et de 1945 à 1960. Ces différents traités sont des traités d'amitié et de navigation qui ne traitent pas des investissements, la notion étant encore inconnue ou peu utilisée à l'époque mais qui comportent des dispositions sur l'indemnisation en cas d'expropriation et qui garantissent le droit aux ressortissants d'un État d'ouvrir une entreprise sur le territoire de l'autre État.

- [618] Les traités de protection des investissements dans leur forme moderne apparurent en 1959, avec le traité bilatéral Allemagne – Pakistan, premier d'une série de traités négociés par l'Allemagne pour protéger les intérêts de ses entreprises à l'étranger. La Suisse, à partir de 1961, et la France, à partir de 1972, en concluant toutes deux un traité avec la Tunisie, adoptèrent la même démarche. Ces traités comportaient des règles de conduite s'imposant aux États parties afin de protéger les investisseurs. Ils comportaient aussi un mécanisme de résolution du litige, non pas directement entre l'investisseur et l'État d'accueil, mais entre les deux États parties, avec la possibilité de saisir la Cour internationale de justice ou un tribunal arbitral *ad hoc*.
- [619] Le traité Italie – Tchad de 1969 est le premier à offrir à l'investisseur un recours à l'arbitrage. Ainsi, à partir du milieu du XXe siècle, les États vont s'efforcer d'éviter systématiquement de transformer les litiges entre investisseurs et États d'accueil en litiges entre États. Ils ne veulent plus exercer la protection diplomatique et prévoient des mécanismes de recours juridictionnels pour les investisseurs.
- [620] Puis les États-Unis rejoignent le mouvement, en concluant, de 1982 à 2011, quarante-sept traités bilatéraux de protection des investissements. Dans la même période, la Chine conclut cent-trente TPI. L'Inde a conclu son premier TBI en 1994 et, en 2011, en avait conclu 83. Le Japon est quelque peu resté en retrait de ce mouvement : en 2011, il n'avait conclu que seize TPI²²⁴.
- [621] Les États émergents ont également conclu de nombreux TPI entre eux, il semble que ces TBI soient aujourd'hui plus nombreux que ceux conclus entre États développés et États en voie de développement. C'est le signe que les pays émergents sont devenus des exportateurs importants de capitaux.
- [622] On estime qu'il existe aujourd'hui plus de 3.000 TPI en vigueur²²⁵. La Commission des Nations Unies pour le commerce et le développement (CNUCED) a créé une base de données très utiles, appelées *Investment Policy Hub*²²⁶, rassemblant la plupart des traités en vigueur et recelant de nombreuses informations sur le droit international des investissements. Elle recense 2.298 traités signés²²⁷.
- [623] Certains États, comme l'Allemagne, la Chine ou la Suisse, ont conclu plus de cent TPI. C'est aussi le cas de la France, qui a signé, au total, au moins cent-quinze TPI²²⁸. Les États qui sont traditionnellement des exportateurs de capitaux importants ont des modèles de TPI, à partir desquels les traités qu'ils concluent sont signés : Canada, États-Unis, France, Suisse, etc. Le Département d'État publie même le modèle américain, datant de 2012, en tant que tel²²⁹, en vantant les mérites²³⁰.

²²⁴ R. Dolzer, C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2e éd., 2012, p. 7.

²²⁵ Dolzer et Schreuer, précité, p. 13.

²²⁶ <https://investmentpolicy.unctad.org/>.

²²⁷ <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>.

²²⁸ Bases de données de la CNUCED : <<https://investmentpolicy.unctad.org/country-navigator/73/france>.

²²⁹ <https://2009-2017.state.gov/documents/organization/188371.pdf>.

²³⁰ <https://www.state.gov/investment-affairs/bilateral-investment-treaties-and-related-agreements/>.

- [624] Depuis une trentaine d'années, les États concluent de plus en plus des traités bilatéraux ou multilatéraux de libre échange (*free trade agreements*) ou de partenariat économique (*economic partnership*) comportant des dispositions protégeant les investissements, similaires à celles des traités bilatéraux. Il y a eu, d'abord, l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) ou North American free Trade Agreement (NAFTA), signé le 17 décembre 1992 par le Canada, les États-Unis et le Mexique, dont le chapitre 11 était consacré aux investissements. Il est désormais remplacé par l'Accord Canada–États-Unis–Mexique (ACEUM) ou United States–Mexico–Canada Agreement (USMCA), qui a supprimé le recours à l'arbitrage pour les investisseurs américains au Canada et réciproquement. Les États-Unis ont conclu d'autres traités créant des zones de libre-échange et comportant des dispositions relatives aux investissements, par exemple le Dominican Republic – Central America – United States Free Trade Agreement (CAFTA), réunissant le Costa Rica, El Salvador, le Guatemala, le Honduras et le Nicaragua²³¹.
- [625] On peut aussi citer un traité sectoriel qui ne concerne pas le commerce en général mais plus précisément l'énergie : le traité sur la Charte de l'énergie. Ouvert à la signature à Lisbonne le 17 décembre 1994, il comprend aussi des dispositions sur les investissements. Les investisseurs peuvent saisir les juridictions internes de l'État d'accueil, le CIRDI, l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm. Cela dit, plusieurs États, dont la France, ont dénoncé ce traité, le jugeant incompatible avec la lutte contre les émissions de CO₂. Un autre exemple intéressant est celui de l'Accord sur la promotion, la protection et la garantie des investissements entre les États membres de l'Organisation de la conférence islamique (OCI)²³², ouvert à la signature le 5 juin 1981 et entré en vigueur le 23 septembre 1986. Une cinquantaine d'États sont membres de l'OCI et donc parties à ce traité.
- [626] L'Union européenne n'est pas restée à l'écart du développement des traités de partenariat économique. Depuis l'entrée en vigueur, le 1^{er} décembre 2009, du traité de Lisbonne, signé le 13 décembre 2007, l'article 207 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne donne compétence à l'Union européenne pour négocier avec les États tiers les traités relatifs aux investissements étrangers directs. La Commission européenne veut remplacer progressivement les traités conclus par les États-membres avec des États tiers par des traités qu'elle négociera elle-même. La protection des investissements s'inscrit dans des traités de partenariat économique de vaste portée, incluant la création de zones de libre-échange, tel l'accord économique et commercial global conclu avec le Canada (CETA) le 30 octobre 2016. La Commission a conclu un accord similaire avec Singapour le 19 octobre 2018 et poursuit des négociations avec plusieurs autres États tiers. Étant donné qu'environ la moitié des TBI en vigueur ont été conclus par au moins un État membre de l'Union européenne²³³, ce mouvement aura des conséquences très importantes.
- [627] En ce qui concerne le mécanisme de règlement des différends impliquant des investisseurs, les traités concluent par l'Union européenne innovent en instituant une juridiction internationale, le Tribunal, composé de ressortissant de l'Union européenne, de l'autre État partie et d'États tiers.

²³¹ <https://www.cbp.gov/trade/free-trade-agreements/cafta-dr>.

²³² <https://www.oic-oci.org/french/conventions/Agreement%20for%20Invest%20in%20OIC%20%20fr.pdf>.

²³³ R. Dolzer, C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 2^e éd., Oxford University Press, 2012, p. 11.

- [628] Cela étant, malgré leur diversité, les dispositions des traités protégeant les investissements sont remarquablement similaires. Ces dispositions sont traditionnellement assez courtes, quoiqu’une certaine tendance à l’inflation s’observe dans les partenariats économiques. Les traités bilatéraux de protection des investissements et les dispositions relatives aux investissements des partenariats économiques ou autres traités multilatéraux se répartissent généralement en trois catégories. On trouve, d’abord, des définitions, notamment celles des notions d’investissement et d’investisseur.
- [629] On trouve, ensuite, des standards de protection substantiels, comprenant des dispositions visant à faciliter les investissements étrangers (*admission of investments*), ainsi que des garanties : traitement juste et équitable (*fair and equitable treatment*), pleine protection et sécurité (*full protection and security*), interdiction des mesures discriminatoires ou arbitraires (*arbitrary and discriminatory treatment*), traitement national (*national treatment*), clause de la nation la plus favorisée (*most-favoured-nation clause*), droits en cas d’expropriation, libre transfert de fonds (*free transfer of funds*).
- [630] On trouve, enfin, des dispositions sur la résolution des différends entre les États parties et, surtout, entre chaque État partie et les investisseurs originaires d’un autre État partie. Généralement, l’investisseur dispose de plusieurs recours : négociation, saisine des juridictions de l’État d’accueil, arbitrage. Souvent, l’investisseur doit rechercher une solution amiable avant de recourir à l’arbitrage. Lire l’Accord entre le gouvernement de la république française et le gouvernement de la république de Colombie sur l’encouragement et la protection réciproques des investissements, signé à Bogota le 10 juillet 2014 (DOC 06).

3.1.2 Les projets de traités universels

- [631] Ces TPI présentent l’inconvénient d’être nombreux, épars et divers, même si leurs dispositions se ressemblent. Très tôt, l’idée d’un traité universel de protection des investissements a été émise. C’est ce que proposa, en 1957, un banquier allemand, Hermann Josef Abs²³⁴, en appelant de ses vœux une Magna Carta pour la protection de la propriété étrangère. Il imaginait un traité multilatéral comportant des standards de protection et instituant un tribunal arbitral permanent pour résoudre les litiges entre investisseurs étrangers et États d’accueil. Abs se rendit compte que ce projet ne pourrait pas voir le jour, les États n’étant pas convaincus et il prépara un projet plus modeste avec un Britannique, Shawcross, qui aboutit au *Abs – Shawcross Draft* en 1959.
- [632] Il existe aussi un projet suisse vit de 1959. L’OCDE prépara à son tour un projet de traité multilatéral sur les investissements en 1964, puis un second en 1967. Toutefois, à l’époque, les États en voie de développement étaient très opposés à l’imposition d’un standard international et tous ces efforts furent voués à l’échec. L’OCDE a de nouveau tenté de préparer un traité multilatéral, à partir de 1995 : projet d’Accord multilatéral sur l’investissement (AMI) ou *Multilateral Agreement on Investment*²³⁵.
- [633] Ces efforts n’ont toutefois pas abouti. Certes, aujourd’hui, les États sont tous favorables à la protection des investissements mais ils veulent garder une certaine marge de manœuvre que leur assure la négociation de traités bilatéraux. A ce sujet, contrairement à ce qu’on pourrait croire, l’Accord sur les Mesures concernant les investissements et

²³⁴ Discours prononcé à l’*International Industrial Development Conference* (San Francisco, 15 octobre 1957).

²³⁵ <http://www1.oecd.org/daf/mai/>.

liées au commerce (MIC) ou *Agreement on Trade related Measures* (TRIMS) n'est pas un traité de protection des investissements. L'objectif est plutôt d'interdire aux États de prendre des mesures concernant les investissements étrangers directs et susceptibles de constituer des barrières au commerce de marchandises.

3.1.3 La convention de Washington

- [634] Pour autant, ces différents projets conduisirent la Banque mondiale à se saisir de la question, au motif que la protection des investissements était de nature à les encourager, ce qui devait favoriser le développement économique. C'est Aron Broches, alors Conseiller général de la Banque, qui prit cette initiative. Constatant qu'il était impossible de trouver un vaste consensus entre les États sur des règles substantielles, Broches suggéra de créer seulement un dispositif de résolution des litiges relatifs aux investissements.
- [635] Cette idée fut couronnée de succès et aboutit à la Convention de Washington du 18 mars 1965, qui crée un centre d'arbitrage spécialisé, le Centre international pour le règlement des litiges relatifs aux investissements (CIRDI) ou *International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID)*. Les États parties à cette convention n'acceptent pas, par la seule adhésion à celle-ci, la compétence du centre. Pour que le CIRDI puisse connaître d'un litige, il faut que l'investisseur et l'État d'accueil ait accepté la compétence du centre.
- [636] Pendant longtemps, les litigants acceptaient le recours au CIRDI à travers la conclusion d'un compromis, postérieurement à l'apparition du litige. Cependant, aujourd'hui, les TPI contiennent généralement une disposition par laquelle les États parties acceptent par avance que les investisseurs ressortissants de l'autre État partie saisissent le CIRDI s'ils s'estiment lésés par une décision de l'État d'accueil contraire aux dispositions du traité. C'est une offre de convention d'arbitrage faite à une vaste catégorie de personnes. Ce type de dispositions a provoqué une multiplication des arbitrages CIRDI à partir de la fin des années 1990.
- [637] Cela dit, les TBI offrent souvent un choix aux investisseurs, entre plusieurs centres d'arbitrage ou un arbitrage *ad hoc* CNUDCI. Certains imposent aux investisseurs d'épuiser les voies de recours juridictionnelles interne avant de saisir le CIRDI. Il existe quelques TBI qui ne permettent pas de saisir le CIRDI mais uniquement de recourir à un autre type d'arbitrage.
- [638] On ne trouve pas, dans la Convention de Washington, de règles substantielles sur la protection des investissements. On trouve cependant, à l'article 25(1), la mention de la notion d'investissement, qui n'est pas définie, mais qui sert à déterminer la compétence du CIRDI :
- La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un État contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre État contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre. Lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement.
- [639] En l'absence de définition dans la Convention, ce sont les sentences statuant sur la compétence du tribunal arbitral qui ont précisé comment il faut entendre ce terme. De plus, lorsque le tribunal arbitral est saisi sur le fondement d'un TPI, il n'est compétent que si le litige porte sur un investissement au sens de la Convention de Washington et au sens du TPI. Autrement dit, les critères de définition dégagés à partir de la Convention de Washington se cumulent avec ceux figurant dans le TPI. Cela dit,

comme les TPI définissent l'investissement de manière très compréhensive, ce n'est normalement pas gênant.

3.1.4 Les instruments de la CNUDCI

- [640] Un certain nombre d'instruments élaborés par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international intéressent le droit de investissements. D'abord, la Convention de New York du 10 juin 1958 peut être invoquées pour le respect des conventions d'arbitrage et l'exécution des sentences en matière d'investissement. Toutefois, elle est inutile pour la reconnaissance et l'exécution, dans les États parties à la Convention de Washington, des sentences rendues sous l'égide du CIRDI, qui y sont exécutoires de plein droit²³⁶. Ensuite, le règlement d'arbitrage CNUDCI est souvent applicable dans ce domaine, les clauses compromissoires et les TPI y faisant référence.
- [641] Enfin, récemment, la CNUDCI s'est efforcée de favoriser la transparence en matière d'arbitrage d'investissement. Elle adopté un règlement sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités. Il s'applique aux arbitrages d'investissement soumis au règlement d'arbitrage CNUDCI fondé sur des traités de protection des investissements conclu le 1^{er} avril 2014 ou après. Par ailleurs, la CNUDCI a pris l'initiative de la Convention de Maurice du 10 décembre 2014 sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, destinée à permettre l'application du règlement sur la transparence aux arbitrages fondés sur des traités de protection des investissements conclu avant le 1er avril 2014, lorsque les États parties à ces TPI ont adhéré à la Convention de Maurice.

3.1.5 Les instruments européens

- [642] Les traités de protection des investissements négociés par l'Union européenne prévoient que l'Union et les États membres peuvent engager leur responsabilité en cas de préjudice causé, en méconnaissance du traité, à un investisseur originaire des autres États parties. Le jour où l'un de ces traités sera invoqué par un investisseur étranger, la question de la répartition de la charge des dommages et intérêts entre l'Union et les États membres se posera. C'est l'objet du règlement (UE) n° 912/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 établissant un cadre pour la gestion de la responsabilité financière liée aux tribunaux de règlement des différends entre investisseurs et États mis en place par les accords internationaux auxquels l'Union européenne est partie²³⁷.
- [643] Parallèlement, sous l'impulsion de la Commission, les États membres ont signé à Bruxelles, le 5 mai 2020, un accord portant extinction des traités bilatéraux d'investissement entre États membres de l'Union européenne. L'objectif est de supprimer ces traités, le droit de l'Union européenne étant considéré comme offrant une protection adéquate aux investissements intra-européens²³⁸. La Cour de justice de l'Union européenne a d'ailleurs décidé, dans un arrêt très contestable dénotant une méconnaissance profonde de la nature et du fonctionnement de l'arbitrage, que le recours à l'arbitrage entre un investisseur d'un État membre et un autre État membre est incompatible avec le droit de l'Union²³⁹.

²³⁶ Convention de Washington, art. 54.

²³⁷ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:32014R0912>.

²³⁸ <https://tinyurl.com/ypvfxyxh>.

²³⁹ CJUE, 6 mars 2018, aff. C-284/16, *Achmea*.

3.2 LA COUTUME INTERNATIONALE

[644] L'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités requiert d'interpréter les traités dans le contexte du droit international. Toute règle pertinente applicable entre les parties doit être prise en compte. Cela inclut les règles coutumières :

1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.
2. Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus :
 - a) tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité ;
 - b) tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité.
3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte :
 - a) de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions ;
 - b) de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité ;
 - c) de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties.
4. Un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties.

[645] Ainsi, l'existence d'un traité de protection des investissements n'exclut pas l'application du droit coutumier. Sont particulièrement pertinentes les règles coutumières concernant l'imputabilité d'un fait à un État pour engager sa responsabilité, la responsabilité internationale des États, l'expropriation et le déni de justice. Les règles sur la nationalité sont parfois invoquées, afin de déterminer la nationalité d'un investisseur. Par ailleurs, certains affirment que la collection des TPI et la convergence de leurs dispositions protégeant les investissements est de nature à définir de nouvelles règles coutumières de droit international. Selon cette théorie, les normes de ces traités seraient aujourd'hui des normes coutumières²⁴⁰.

3.3 LES PRINCIPES GENERAUX DU DROIT

[646] Les principes généraux du droit sont mentionnés par l'article 38 du statut de la Cour internationale de justice :

1. La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique :
 - a. les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les États en litige ;
 - b. la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ;
 - c. les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ;

²⁴⁰ S. Schwebel, « The Reshaping of the International Law of Foreign Investment by Concordant Bilateral Investment Treaties », in S. Charnowitz, D.P. Steger and P. van den Bossche (dir.), *Law in the Service of Human Dignity—Essays in Honour of Florentino Feliciano*, Cambridge University Press, 2005, p. 241.

d. sous réserve de la disposition de l'Article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit.

2. La présente disposition ne porte pas atteinte à la faculté pour la Cour, si les parties sont d'accord, de statuer *ex aequo et bono*.

[647] Les tribunaux arbitraux appliquent les principes généraux du droit en matière d'investissement notamment lorsque les TBI présentent des lacunes, notamment le principe de bonne foi, l'adage *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, l'estoppel, les règles sur la charge de la preuve et le droit d'être entendu.

3.4 LES NORMES ETATIQUES

[648] Différents types de normes émanant des États peuvent s'appliquer en matière d'investissement. D'abord, les investissements sont également soumis à la loi de l'État d'accueil. En cas de litige, le tribunal arbitral doit souvent combiner la loi de l'État d'accueil et le droit international, ce qui est complexe. Généralement, le rapport entre les deux catégories de normes est hiérarchique mais pas nécessairement : par exemple les règles de l'État d'accueil sur l'octroi de sa nationalité peuvent déterminer la compétence du tribunal arbitral. A cet égard, la Convention de Washington comporte un article 42 qui a soulevé beaucoup de problème d'interprétation :

(1) Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'État contractant partie au différend—y compris les règles relatives aux conflits de lois—ainsi que les principes de droit international en la matière.

(2) Le Tribunal ne peut refuser de juger sous prétexte du silence ou de l'obscurité du droit.

(3) Les dispositions des alinéas précédents ne portent pas atteinte à la faculté pour le Tribunal, si les parties en sont d'accord, de statuer *ex aequo et bono*.

[649] Ensuite, parfois, les États prennent des engagements unilatéraux au bénéfice d'un investisseur. Or, la Cour internationale de justice a toujours considéré que les engagements unilatéraux des États les obligent si les personnes auxquelles ils s'adressent peuvent les considérer comme obligatoires. Les tribunaux arbitraux statuant en matière d'investissement peuvent tenir compte de déclarations unilatérales des États.

[650] Enfin, certains États ont adopté des lois qui offrent à tous les investisseurs la faculté de saisir le CIRDI. Par exemple, l'article 8 de la loi albanaise n° 7764 du 2 novembre 1993 dispose :

1. If a foreign investment dispute arises between a foreign investor and either an Albanian private party or an Albanian state enterprise or organization, which cannot be settled amicably, then a foreign investor may choose to submit the dispute for

resolution to any applicable, previously agreed upon dispute settlement procedure. If no dispute settlement procedure has been agreed upon, then a foreign investor may submit the dispute for resolution to an authorized court or arbitrator of the Republic of Albania, according to laws of Albania.

2. If a foreign investment dispute arises between a foreign investor and the state administration of the Republic of Albania, and this disagreement cannot be settled amicably, then a foreign investor may choose to submit the dispute for resolution to an authorized court or arbitrator of the Republic of Albania according to the laws of Albania. In cases when the dispute arises out of, or relates to expropriation, compensation for expropriation, discrimination or transfers according to article 7 of this law, then a foreign investor may submit the dispute for resolution and the

Republic of Albania hereby consents to the submission thereof, to the International Center for Settlement of Investment Disputes ("Center"). established by the Convention on the Settlement of Investment Dispute between States and Citizens of Other States, approved in Washington. D.C., in March 1965.

3. Any award of international arbitration according to this article is final and binding on the parties to the dispute. The Republic of Albania must carry out, without delay, dispositions of any such award and provide for its enforcement within the territory of Albania.

[651] On peut aussi citer l'article 19 de la loi somalienne sur l'investissement de 1990 :

Settlement of Disputes

1) Disputes in respect of the implementation of this law shall be settled:

a. In a manner to be agreed upon with the investor, or in the absence of such agreement;

b. Within the framework of the agreements in force between the Somali Democratic Republic and the investor's home country, or, in the absence of (a) and (b);

c. Within the framework of the Convention for the Settlement of Investment Disputes between the State and the Nationals of Other Countries, to which Somalia has adhered by virtue of Law No. 11 of 1967, when such convention applies.

2) In the absence of agreements or convention as per paragraph 1 of this Article, disputes shall be settled through arbitration. An arbitration board shall be established, comprising one member on behalf of each disputing party and a third member acting as a chairman, to be jointly named by the said two members. In the case that the disputing parties fail to agree on the nomination of the chairman within 30 days of the date of the nomination of the second member, the chairman shall be appointed by the President of the Supreme Court of Somalia. The Arbitration Board shall lay down its rules of procedure unrestricted by the rules contained in the civil and commercial code of procedures, save for the rules which relate to the basic guarantees and principles of litigation. The Board shall see to it that the disputes be expediently resolved. Awards shall be rendered by majority vote, and shall be final and binding on both parties and enforceable as any other final judgment. The Arbitration Board shall decide who shall bear the arbitration costs.

3.5 LES SENTENCES ARBITRALES

[652] Il n'y a pas de règle du précédent en droit des investissements. Les tribunaux arbitraux ne sont pas tenus de se conformer aux solutions précédemment adoptées par d'autres tribunaux arbitraux mais ils s'y réfèrent fréquemment. On peut donc observer que certaines solutions sont adoptées souvent et de manière constante, ce qui peut finir par produire une règle de droit. A titre d'exemple, vous pouvez lire la sentence rendue dans l'affaire *Glencore International c. Colombie*²⁴¹. (DOC07). Cette lecture est facultative et aucune question sur cette sentence ne sera posée à l'examen.

4 ENJEUX ACTUELS DU DROIT DES INVESTISSEMENTS

[653] Aujourd'hui, le droit des investissements est autonome par rapport au droit international public, au droit international économique et au droit du commerce international. C'est un droit qui tente de concilier plusieurs séries d'intérêts contradictoires. Pour l'investisseur, il s'agit de pouvoir mesurer assez précisément le risque qu'il prend en réalisant un investissement dans un État. Pour l'État, il s'agit

²⁴¹ Trib. arb. CIRDI, 27 août 2019, aff. n° ARB/16/6.

d'attirer des investissements, sans pour autant limiter de manière excessive ses pouvoirs régaliens. Du point de vue des populations, il s'agit de favoriser le développement économique. Toutefois, il est très difficile de mesurer l'impact de la protection accordée aux investissements sur ce point. La sécurité juridique n'est qu'un des facteurs pris en compte par les opérateurs économiques lorsqu'ils doivent décider d'investir dans un État ou non.

- [654] Le droit des investissements n'impose quasiment aucune obligation aux investisseurs. Aujourd'hui, un certain nombre de personnes et d'organisations estiment que la protection qui leur est accordée devrait s'accompagner d'obligations, notamment pour garantir la contribution des investisseurs au développement économique et le respect par eux de certains principes : droits de l'homme, protection de l'environnement, exploitation raisonnée des ressources naturelles. Toutefois, il ne faut pas perdre de vue que ce type d'obligations est souvent prévu par la législation de l'État d'accueil, qui s'applique à l'investisseur dans la mesure où elle n'est pas contraire au standard international de protection, ainsi que, le cas échéant, dans le contrat d'État organisant l'investissement.
- [655] Actuellement, les procédures arbitrales relatives à des différends en matière d'investissements se sont multipliées. Les sentences sont de plus en plus nombreuses et certains critiquent leur manque de cohérence. Certains États se plaignent d'être très souvent défendeurs devant des tribunaux arbitraux et d'être systématiquement condamnés. C'est le cas de l'Argentine, à la suite des mesures prises pour faire face à la crise monétaire et économique de 2000-2001.
- [656] Certains États estiment aussi que les règles adoptées en matière de protection des investissements restreignent excessivement leur pouvoir de régulation et leur liberté de réformes économiques, sociales, fiscales et environnementales. Même dans les pays développés, des voix s'élèvent pour dénoncer le recours à l'arbitrage pour résoudre ce type de litiges, parce que cela revient à donner aux arbitres, qui n'ont aucune légitimité démocratique, un très grand pouvoir pour prendre des décisions qui ont des conséquences financières importantes pour les États et leur population. D'ailleurs, depuis les années 2000, les États développés eux-mêmes sont poursuivis par des investisseurs étrangers alors qu'auparavant, les procédures étaient dirigées exclusivement contre des pays en voie de développement.
- [657] Le dispositif actuel de protection des investissements fait donc l'objet de nombreuses critiques. Toutefois, le principe même de cette protection n'est plus remis en cause. Les critiques tendent plutôt à des aménagements du contenu de la protection et des mécanismes de résolution des litiges.

5 PRINCIPALES NOTIONS

- [658] Le droit international des investissements est destiné à protéger certaines catégories de personnes, les investisseurs, relativement aux investissements qu'ils réalisent sur le territoire d'un autre État que leur État d'origine, contre les atteintes que l'État d'accueil est susceptible de porter à leurs intérêts. Parfois, mais pas toujours, l'investissement a été réalisé aux termes d'un contrat conclu entre l'État d'accueil ou l'un de ses démembrés et l'investisseur. Il faut définir chacune des notions qui entrent en jeu :
- L'investisseur bénéficiant de la protection (5.1).
 - L'investissement donnant lieu à protection (5.2).
 - L'atteinte à l'investissement imputable à l'État d'accueil (5.3).

- Le contrat d'État (4).

5.1 INVESTISSEUR

[659] L'investisseur qui réclame la protection du droit international est en général une personne morale de nature commerciale mais pas nécessairement. En tous les cas, les personnes physiques en bénéficient également. Envisageons l'investisseur personne physique (5.1.1) et l'investisseur personne morale (5.1.2).

5.1.1 L'investisseur personne physique

[660] A propos des investisseurs personnes physiques, la question essentielle est celle de leur nationalité. Une personne physique ne peut invoquer un traité de protection des investissements et ne peut utiliser les recours juridictionnels prévus par le traité que si elle a la nationalité de l'un des États contractants. Les traités réservent la protection qu'ils mettent en place aux nationaux de l'autre partie contractante, sans préciser les critères à prendre en compte pour déterminer si une personne a la nationalité de l'un des États²⁴².

[661] Les tribunaux arbitraux internationaux appliquent la loi de chaque État pour déterminer si une personne physique en a la nationalité. D'ailleurs certains TPI font explicitement référence à la loi de chaque État partie pour déterminer si une personne a sa nationalité²⁴³. Un tribunal arbitral international, lorsqu'il applique la loi d'un État pour déterminer si une personne en a la nationalité, tient particulièrement compte des décisions et documents émanant des autorités administratives de l'État intéressé, notamment les certificats de nationalité. Toutefois, le tribunal peut arriver à une conclusion différente de celle des autorités administratives de l'État intéressé s'il estime qu'elles se sont trompées dans l'application de leur loi.

[662] Par exemple, dans l'affaire *Soufraki c. Émirats Arabes Unis*²⁴⁴, le demandeur produisait plusieurs certificats de nationalité italiens mais le tribunal a décidé qu'il avait perdu la nationalité italienne, conformément à la loi italienne, en acquérant la nationalité canadienne. Cet élément était inconnu des autorités italiennes. Le tribunal arbitral souligne qu'il a l'obligation de statuer sur la nationalité du demandeur car sa compétence en dépend.

[663] Une question se pose souvent : est-ce que le tribunal doit vérifier aussi que l'investisseur a un véritable lien avec l'État dont il a la nationalité ? Que la nationalité est effective ? Le caractère effectif de la nationalité est exigé en matière de protection diplomatique. Il faut un lien substantiel entre un individu et l'État qui entend exercer la protection diplomatique à son profit²⁴⁵.

[664] Les règles sont différentes en matière de droit des investissements. En principe, si l'investisseur a la nationalité de l'État avec lequel l'État d'accueil a conclu un TPI, il peut en bénéficier, sans qu'il soit nécessaire de vérifier qu'il s'agit bien de sa nationalité effective²⁴⁶. Le fait que l'investisseur soit résident dans l'État d'accueil est indifférent s'il n'en a pas acquis la nationalité selon la loi de l'État d'accueil²⁴⁷. Cela est vrai même

²⁴² Par ex., v. TPI Colombie – France, art. 1(2)(a) ; : TPI France – Qatar, art. 1(2) et 1(3).

²⁴³ V. TPI Argentine – États-Unis, art. 1(1)(c). – Modèle américain de TPI, art. 1, définition de national : pour les États-Unis, référence au Immigration and Nationality Act.

²⁴⁴ Trib. arb. CIRDI, 7 juillet 2004.

²⁴⁵ CIJ, 6 avril 1955 *Liechtenstein c. Guatemala* (affaire Nottebohm).

²⁴⁶ Trib. arb. CIRDI, 24 septembre 2008, *Micula c. Roumanie*, sentence sur la compétence et la recevabilité.

²⁴⁷ Trib. arb. CIRDI, 6 décembre 2000, *Feldman c. Mexique*, sentence sur la compétence.

dans le cas où le demandeur avait autrefois la nationalité de l'État d'accueil et l'a perdue par application de la loi de cet État, même s'il a gardé des liens étroits avec l'État d'accueil²⁴⁸. Ce principe admet toutefois deux tempéraments.

- [665] D'une part, lorsque le traité exclut de son bénéfice l'investisseur ayant à la fois la nationalité de l'État d'accueil et de l'autre État partie, on s'est demandé si l'exclusion devait jouer uniquement si la nationalité de l'État d'accueil était effective. La réponse est sans doute négative si le traité ne le précise pas. Certains traités limitent expressément l'exclusion aux personnes ayant une double nationalité effective. C'est la cas de l'article 1 du modèle américain de TPI :

"investor of a Party" means a Party or state enterprise thereof, or a national or an enterprise of a Party, that attempts to make, is making, or has made an investment in the territory of the other Party; provided, however, that a natural person who is a dual national shall be deemed to be exclusively a national of the State of his or her dominant and effective nationality.

- [666] L'article 25(2)(a) de la Convention CIRDI exclut les personnes ayant la nationalité de l'État d'accueil :

(2) "Ressortissant d'un autre Etat contractant" signifie :

(a) toute personne physique qui possède la nationalité d'un État contractant autre que l'État partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage ainsi qu'à la date à laquelle la requête a été enregistrée conformément à l'Article 28, alinéa (3), ou à l'Article 36, alinéa (3), à l'exclusion de toute personne qui, à l'une ou à l'autre de ces dates, possède également la nationalité de l'État contractant partie au différend ;

- [667] Peu importe que la nationalité de l'État d'accueil ne soit pas effective, parce qu'il n'y a pas de lien entre l'individu et l'État d'accueil. La convention CIRDI exclut clairement les nationaux de l'État d'accueil²⁴⁹. Cela signifie que si une personne a la nationalité de l'État d'accueil mais que cette nationalité n'est pas effective, le TPI s'appliquerait pour protéger ce binational mais que le CIRDI ne serait pas compétent. Si le TPI ne prévoit pas d'autre recours juridictionnel, l'investisseur ne peut saisir aucun tribunal.

- [668] Cela étant, la Cour d'appel de Paris a eu l'occasion, en statuant sur un recours en annulation contre une sentence, de juger que, lorsqu'un TPI n'exclut pas expressément de son bénéfice les individus ayant la double nationalité de l'État d'accueil et de l'autre État partie, ceux-ci peuvent en bénéficier. La Cour applique ici l'adage *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*²⁵⁰.

- [669] D'autre part, lorsqu'une personne a plusieurs nationalités mais pas celle de l'État d'accueil, ce dernier peut essayer de soutenir que la nationalité de l'autre État partie au TPI n'est pas effective, qu'il n'y a pas de lien entre l'investisseur et l'État qui a signé le traité. En général, les tribunaux arbitraux refusent d'écarter la nationalité de l'État qui a signé le traité comme non effective. Dans l'affaire *Fakes c. Turquie*²⁵¹, le tribunal arbitral a rappelé que l'exigence d'un lien authentique, développée à propos de la protection diplomatique, est inapplicable ici. Le tribunal a cependant réservé la possibilité de la mettre en œuvre dans des circonstances exceptionnelles, telles qu'une

²⁴⁸ Trib. arb. CIRDI, 11 avril 2007, *Siag c. Égypte*, sentence sur la compétence.

²⁴⁹ Trib. arb. CIRDI, 21 octobre 2003, *Champion Trading c. Égypte*.

²⁵⁰ CA Paris, 25 avril 2017, *Venezuela c. A.*, RG n° 15/01040.

²⁵¹ Trib. arb. CIRDI, 14 juillet 2010.

nationalité de complaisance ou une nationalité passée de générations en générations sans aucun lien avec le pays en question.

5.1.2 L'investisseur personne morale

[670] Concernant l'investisseur personne morale, il faut préciser les critères d'identification de sa nationalité (5.1.1). Il faut ensuite se demander s'il peut s'agir d'une personne publique (5.1.2).

5.1.2.1 Critères d'identification de la nationalité

[671] Chaque TPI fixe lui-même les conditions pour qu'une personne morale puisse être considérée comme possédant la nationalité des États parties. Il n'y a pas de renvoi à la loi nationale. On trouve, dans les traités, trois sortes de critères, qui correspondent aux critères habituels de la nationalité en droit international privé des sociétés : lieu d'incorporation²⁵² ; siège social ou lieu où la société est effectivement administrée²⁵³ ; ou nationalité des personnes qui en contrôlent le capital. Cette dernière approche est celle des modèles français et suisse, notamment. Par exemple, le TPI Qatar – Suisse définit ainsi l'investisseur, dans son article 1(1)(b) :

Le terme "investisseur" désigne, en ce qui concerne chaque Partie contractante [...] les entités juridiques, y compris les sociétés, les sociétés enregistrées, les sociétés de personnes ou autres organisations, qui sont constituées conformément à la législation de cette Partie contractante, ainsi que les entités juridiques qui ne sont pas constituées conformément à cette législation, mais qui sont effectivement contrôlées par des nationaux ou par des entités juridiques de cette Partie contractante²⁵⁴.

[672] Ainsi, les traités offrent souvent des critères alternatifs, ou exigent le cumul de deux critères. Les critères peuvent être différents pour chacun des États parties, lorsqu'ils souhaitent que leurs nationalités respectives ne soient pas attribuées selon les mêmes considérations. Il faut donc avant tout se référer au traité applicable, que les tribunaux arbitraux appliquent assez scrupuleusement : ils refusent d'utiliser un critère s'il n'est pas mentionné par le traité.

[673] Le critère du contrôle permet à une société constituée dans l'État d'accueil ou dans un État tiers, mais contrôlée par des ressortissants de l'autre État partie à un TPI, d'en bénéficier. Dans l'affaire *Mobil c. Venezuela*²⁵⁵, l'investissement avait été réalisé, par des sociétés immatriculées aux États-Unis et aux Bahamas mais contrôlées à 100% par des ressortissants néerlandais. Ces sociétés pouvaient invoquer le TPI Pays-Bas – Venezuela, dont l'article I(b) vise les sociétés incorporées dans un État partie mais aussi celle contrôlées directement ou indirectement par un des nationaux d'un État contractant.

[674] Toutefois, l'article 25(2)(b) de la Convention de Washington dispose :

(2) "Ressortissant d'un autre Etat contractant" signifie:

(b) toute personne morale qui possède la nationalité d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à

²⁵² Modèle américain de TBI. V. par ex : traité de libre échange Chili-Etats-Unis du 6 juin 2003, art. 2.1 (<http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/chile-fta/final-text>).

²⁵³ Modèle allemand de TBI, pour la définition de l'investisseur allemand. V. par ex. : TBI Allemagne – Qatar du 14 juin 1996, art. 1(3)(a)(2).

²⁵⁴ TPI Qatar – Suisse du 12 novembre 2001, art. 1(1)(b). – V. aussi TPI Koweït – France du 27 septembre 1989, art. 1(4).

²⁵⁵ TA CIRDI, sentence sur la compétence, 10 juin 2007.

soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage et toute personne morale qui possède la nationalité de l'Etat contractant partie au différend à la même date et que les parties sont convenues, aux fins de la présente Convention, de considérer comme ressortissant d'un autre Etat contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers.

- [675] Ainsi, une société possédant la nationalité de l'État d'accueil ne peut saisir le CIRDI en tant que ressortissante d'un autre État que si l'État d'accueil et la société se sont mis d'accord pour le permettre. Un tel accord peut résulter de la clause compromissoire figurant dans un contrat d'État ou d'un compromis. Il a été également admis que cet accord résulte nécessairement de l'offre d'arbitrage formulée par l'État d'accueil dans un TPI et de la saisine, par une telle société locale, du CIRDI²⁵⁶.
- [676] Toutefois, inversement, si le traité prévoit qu'il s'applique aux sociétés immatriculées dans un État, quelle que soit la nationalité des personnes qui la contrôle, celle-ci est indifférente. Dans l'affaire *Tokios Tokelès c. Ukraine*²⁵⁷, le demandeur était une société immatriculée en Lituanie mais dont le capital appartenait à 99% à des Ukrainiens. L'article 1(2)(b) du TPI Lituanie – Ukraine du 8 février 1994 dispose qu'une personne morale est considérée comme lituanienne dès lors qu'elle est constituée conformément aux lois de Lituanie, sans considération de la nationalité des personnes contrôlant le capital. Le tribunal arbitral a décidé que la demanderesse était une société lituanienne et pouvait invoquer le traité.
- [677] Les tribunaux arbitraux admettent qu'un investisseur constitue une société dans un autre État que son État d'origine, afin de réaliser ensuite un investissement dans un troisième État, en profitant du TPI conclu entre les deux pays. C'est ce qu'on appelle le *nationality planning*. Ce procédé est licite et permet d'obtenir la protection du TBI si la constitution de la société ou le changement de sa nationalité est antérieur à la naissance du litige. Dans l'affaire *Saluka c. République Tchèque*²⁵⁸, la demanderesse était une société constituée aux Pays-Bas qui invoquait le TPI Pays-Bas – Tchéquie, qui protège les personnes morales constituées selon les lois des Pays-Bas²⁵⁹. Il s'agissait d'une coquille vide contrôlée par des Japonais mais le tribunal a décidé qu'elle peut invoquer le traité. De même, le changement de nationalité de la société mère, avant la naissance du litige, pour profiter d'un TPI n'est pas une fraude²⁶⁰. Ici, le changement était antérieur à la naissance du litige.
- [678] En revanche, constituer une société ou changer sa nationalité après la naissance du litige, en vue de bénéficier de la protection d'un traité est considéré comme une fraude et ne permet pas d'atteindre le but recherché. Dans l'affaire *Cementownia c. Turquie*²⁶¹, les parts d'une société turque concessionnaire de travaux publics avaient été vendues à une société polonaise douze jours avant la résiliation du contrat de concession par le gouvernement turc mais celle-ci était prévue car elle était la conséquence de mesures prises depuis des années. La société polonaise ne pouvait réclamer le bénéfice du traité. En outre, le tribunal doutait de la réalité du transfert de parts sociales.

²⁵⁶ Trib. arb. CIRDI, 24 septembre 2008, *Micula c. Roumanie*, sentence sur la compétence et la recevabilité.

²⁵⁷ Trib. arb. CIRDI, 29 avril 2004, sentence sur la compétence.

²⁵⁸ Trib. arb. CNUDCI, 17 mars 2006, sentence partielle.

²⁵⁹ TPI Pays-Bas – République tchèque du 29 avril 1991, art. 1(b)(ii).

²⁶⁰ CIRDI, *Aguas del Tunari c. Bolivie*, 21 octobre 2005, sentence sur la compétence.

²⁶¹ Trib. arb. CIRDI, 17 septembre 2009.

5.1.2.2 Personnes morales de droit public

[679] En principe, pour bénéficier du statut d'investisseur, une personne morale doit être distincte de son État d'origine et exercer une activité de nature privée. La plupart des instruments sont conçus pour protéger les investissements réalisés par des personnes distinctes de leur État d'origine. Le CIRDI n'est pas compétent pour connaître des litiges opposant directement l'État d'accueil et l'État d'origine de l'investissement, comme cela résulte de l'article 25(1) de la Convention de Washington²⁶². Il faut que la personne morale ne puisse pas être considérée comme une émanation de l'État d'origine, auquel cas il lui serait assimilé²⁶³. Est une émanation de l'État d'origine tout organisme qui se comporte comme un agent, comme un instrument de la politique gouvernementale de cet État²⁶⁴.

[680] Cela étant, le fait que l'État d'origine contrôle tout ou partie du capital de l'entité considérée est indifférent²⁶⁵. Ainsi, une banque contrôlée par l'État d'origine, anciennement communiste, qui lui a servi à conduire ses opérations financières internationales et les privatisations des années 1990, n'est pas une émanation de cet État, parce que ses opérations sont commerciales par nature, quel que soit le rôle que l'État lui faisait jouer dans sa politique économique²⁶⁶.

[681] Cependant, certains traités de protection des investissements prévoient expressément que le gouvernement de chaque État partie peut être considéré comme un investisseur. C'est le cas, notamment, de plusieurs TBI conclus par la France et la Suisse. Par exemple, l'article 1(2) du TBI France-Koweït²⁶⁷ dispose :

Le terme « investisseur » désigne tout national de l'un des Etats contractants ou toute personne morale, y compris le Gouvernement d'un Etat contractant, qui investit sur le territoire de l'autre Etat contractant.

[682] On trouve une disposition similaire dans l'article 1(2) du TBI France-Qatar²⁶⁸. De même, selon l'article 1(1)(c) du TBI Qatar-Suisse²⁶⁹ :

Le terme « investisseur » désigne, en ce qui concerne chaque Partie contractante [...] le Gouvernement de cette Partie contractante.

[683] L'article 1(2)(c) du TBI conclu entre la Suisse et le Koweït²⁷⁰ vise à la fois l'Etat du Koweït et ses fonds d'investissement :

Le terme « investisseur » désigne, en ce qui concerne l'Etat du Koweït :

[...]

le Gouvernement de l'Etat du Koweït, lorsqu'il agit, directement ou indirectement, par l'intermédiaire de l'Autorité koweïtienne d'investissement (KIA, Kuwait Investment Authority) ou de ses représentations à l'étranger, ainsi que les fonds

²⁶² En ce sens : Trib. arb. CIRDI, *Emilio Agustin Maffezini c. Espagne*, décision sur la compétence, 25 janvier 2000, aff. n° ARB/97/7, § 74.

²⁶³ M. Audit, « Les fonds souverains sont-ils des investisseurs étrangers comme les autres ? », *D.* 2008, p. 1424.

²⁶⁴ Trib. arb. CIRDI, *Ceskoslovenska Obchodni Banka c. Slovaquie*, première décision sur la compétence, n° ARB/97/4, 24 mai 1999, § 17.

²⁶⁵ *Ibid.*, § 18.

²⁶⁶ *Ibid.*

²⁶⁷ Traité du 27 septembre 1989.

²⁶⁸ Traité du 8 juillet 1996.

²⁶⁹ Traité du 12 novembre 2001.

²⁷⁰ Traité du 31 octobre 1998.

de développement, organismes ou autres institutions étatiques similaires ayant leur siège au Koweït.

[684] En revanche, le gouvernement suisse n'est pas défini par ce traité comme un investisseur.

[685] Néanmoins, le CIRDI est incompétent pour résoudre les litiges entre deux États ou entre un État et l'émanation d'un autre État, lorsqu'elle est un pur instrument de la politique de cet État. Dès lors, le fonds souverain sans personnalité morale ou le fonds qui est une émanation de l'État d'origine devra saisir un tribunal arbitral *ad hoc*. C'est pour cette raison que les TBI qui visent, dans la catégorie des investisseurs, les gouvernements ou leur fonds souverains, prévoient toujours la possibilité de soumettre le litige à un tribunal arbitral *ad hoc* au cas où la saisine du CIRDI serait impossible²⁷¹.

5.2 INVESTISSEMENT

[686] Les traités de protection des investissements protègent les investissements. Selon la Convention de Washington, le CIRDI est compétent à l'égard des litiges relatifs aux investissements. Cette notion d'investissement est donc au cœur du droit des investissements. Or, il existe un certain flou autour de cette notion.

[687] A l'origine, le droit des investissements est conçu pour protéger les investissements étrangers directs, parce qu'ils contribuent au développement économique de l'État d'accueil. Pour les économistes, un investissement étranger direct doit présenter les caractéristiques suivantes :

- Un transfert de fonds.
- Un projet de long terme.
- La recherche d'un revenu régulier.
- La participation de la personne ayant apporté les fonds dans la gestion du projet.
- Un risque financier.

[688] Les traités relatifs aux investissements posent leurs propres définitions, qui diverge de cette approche économique. Il faut expliquer ce que signifie investissement selon les traités de protection des investissements (5.2.1.1) et selon la convention CIRDI (5.2.1.2).

5.2.1.1 *L'investissement au sens des traités de protection des investissements*

[689] Les traités de protection des investissements comportent des définitions très larges de la notion d'investissement, suivie d'une énumération non exhaustive. Ces définitions ne sont pas très précises mais, en général, leur application ne pose pas de difficulté majeure, spécialement lorsque le bien en cause appartient à une des catégories de l'énumération. Elles sont très larges, ce qui permet d'inclure toute sorte de biens dans la catégorie protégée. Il n'est même pas exigé que l'investisseur s'implante durablement : la catégorie des créances inclut des créances résultant d'une transaction commerciale instantanée.

²⁷¹ TBI France – Koweït, art. 11(4) ; TBI France – Qatar, art. 8(3) ; TBI Qatar – Suisse, art. 8(3) ; TBI Koweït-Suisse, art. 10(3).

[690] Quelques traités imposent une définition qui ressemble davantage à la définition économique. Par exemple, le TPI Danemark – Ukraine de 1992 dispose :

For the purpose of this agreement, the term “investment” shall mean every kind of assets connected with economic activities acquired for the purpose of establishing economic relations.

[691] De même, l’article 1(1) du TPI Colombie – France dispose :

1. Le terme « investissement » désigne tous les avoirs tels que les biens ou droits de toute nature incluant en particulier mais non exclusivement :

a) les biens meubles et immeubles, ainsi que tous autres droits réels tels que les hypothèques, usufruits, cautionnements et tous droits analogues ;

b) les actions, primes d’émission et autres formes de participation, même minoritaires ou indirectes, dans des sociétés constituées sur le territoire de l’une des Parties Contractantes ;

c) les obligations, créances et droits à toutes prestations ayant valeur économique ;

d) les droits de propriété intellectuelle, commerciale et industrielle tels que les droits d’auteur, les brevets d’invention, les licences, les marques déposées, les modèles et maquettes industrielles, les procédés techniques, le savoir-faire, les noms commerciaux et la survaleur ;

e) les concessions accordées par la loi ou en vertu d’un contrat, notamment les concessions relatives à la prospection, la culture, l’extraction ou l’exploitation de richesses naturelles.

Il est entendu que les avoirs susmentionnés et couverts par le présent Accord doivent avoir été investis par un investisseur d’une Partie Contractante sur le territoire de l’autre Partie Contractante conformément aux lois et règlements de la Partie Contractante sur le territoire de laquelle l’investissement a été réalisé.

Aucune modification de la forme d’investissement des avoirs n’affecte leur qualification d’investissement, à condition que cette modification ne soit pas contraire à la législation de la Partie Contractante sur le territoire de laquelle l’investissement est réalisé.

Aux fins d’application du présent Accord, le terme investissement ne désigne pas les opérations de dette publique, les transactions commerciales liées à l’importation et à l’exportation de biens et de services ni les crédits destinés à leur financement, ni leurs intérêts.

En application du paragraphe 1 du présent article, un investissement se caractérise au minimum par l’existence :

a) d’un apport de capitaux ou d’autres ressources ;

et

b) d’un risque qui soit au moins partiellement supporté par l’investisseur.

[692] Il faut souligner que, selon la plupart des TPI, les actions et parts sociales sont des investissements protégés. Ainsi, lorsqu’une société locale est victime d’un préjudice imputable à l’État d’accueil, même si elle ne peut invoquer un TPI, ses actionnaires étrangers le peuvent s’ils sont ressortissants d’un État ayant conclu un TPI avec l’État dont émane la société. Beaucoup de sentences ont admis que tout préjudice causé à la société qui diminue la valeur de ses actions porte atteinte aux actionnaires, ce qui leur permet de les considérer comme des investisseurs lésés, y compris s’ils détiennent seulement une minorité du capital²⁷². L’actionnaire peut donc agir en tant

²⁷² Voir par ex. *LG&E c. Argentine*, TA CIRDI, sentence sur la compétence, 30 avril 2004, §50 à 63.

qu'investisseur alors que la société ne le peut pas si elle n'est pas contrôlée par des étrangers.

5.2.2 L'investissement au sens de la convention CIRDI

[693] Lorsqu'un TPI offre à l'investisseur le droit de saisir le CIRDI, le tribunal arbitral que ce dernier aura constitué ne sera compétent que si la demande concerne un investissement au sens de la Convention de Washington et du TPI. L'article 25(1) de la Convention de Washington mentionne l'investissement comme critère de la compétence du CIRDI sans pour autant en donner une définition :

La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un Etat contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre Etat contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre. Lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement.

[694] Ce sont donc les sentences arbitrales qui ont proposé des définitions. Elles révèlent deux tendances. D'abord, il y a les sentences qui imposent des critères stricts de définition des investissements et qui considèrent que si la demande n'est pas en relation directe avec des intérêts qui satisfont à ces critères, le CIRDI ne peut être saisi. Dans l'affaire *Fedax c. Venezuela*²⁷³, le litige concernait des billets à ordre. Le tribunal arbitral a décidé qu'un investissement, au sens de la Convention de Washington, doit satisfaire à cinq critères :

- Une certaine durée.
- Une certaine régularité de profits et de revenus.
- La prise de risques.
- Un engagement substantiel.
- Une contribution substantielle au développement de l'État d'accueil.

[695] La sentence *Salini Costruttori et Italstrade c. Maroc*²⁷⁴ s'inscrit dans la continuité de la sentence *Fedax*, en retenant les mêmes critères, excepté celui de la régularité des profits. Ces critères sont connus comme les critères *Salini*. D'autres sentences, notamment *Société générale c. République dominicaine*²⁷⁵, retiennent seulement trois critères :

- Une certaine durée.
- La prise de risques.
- Un engagement substantiel.

[696] Ces sentences ont éliminé le critère de la contribution au développement de l'État d'accueil, en soulignant que cet objectif est énoncé dans le préambule de la Convention de Washington et dans celui des TPI mais que le préambule n'a pas valeur normative.

[697] A l'inverse, d'autres sentences refusent de considérer que l'investissement, au sens de la Convention de Washington, doit obéir à des critères précis, pour deux raisons. D'une part, la Convention de Washington n'impose pas les critères dégagés par la

²⁷³ Trib. arb. CIRDI, 11 juillet 1997, sentence sur la compétence.

²⁷⁴ Trib. arb. CIRDI, 23 juillet 2001, sentence sur la compétence.

²⁷⁵ Trib. arb. CIRDI, 19 septembre 2008.

sentence *Salini*. D'autre part, si la Convention de Washington ne contient pas de définition de l'investissement, c'est le résultat de la volonté délibérée de ses rédacteurs. De fait, les travaux préparatoires montrent que les rédacteurs voulaient que la catégorie reste ouverte.

- [698] Par exemple, la sentence *Biwater Gauff c. Tanzanie*²⁷⁶ explique que l'investissement consiste en l'apport de personnel et de savoir-faire à un projet d'adduction d'eau. Le tribunal rejette les critères *Salini*, pour les raisons sus-évoquées, en ajoutant que ces critères aboutiraient à l'exclusion de la compétence du CIRDI des projets que les investisseurs et les États d'accueil voulaient y inclure ; et que ces critères ne correspondent pas à la définition très large qui émane de l'ensemble des TPI.

5.3 ATTEINTE A L'INVESTISSEMENT IMPUTABLE A L'ÉTAT D'ACCUEIL

- [699] La question, à propos de l'État d'accueil, est de savoir quels sont les organes et institutions qui sont susceptibles d'engager sa responsabilité. Autrement dit, si un investisseur se plaint d'une atteinte à un de ses investissements, comment savoir si cette atteinte est imputable à l'État ? La réponse est simple : tout organe de l'État peut engager la responsabilité internationale d'un État. Le principe d'unité de l'État veut que même des organes ou des personnes situés à un niveau assez bas de la hiérarchie administrative puisse engager la responsabilité de l'État. L'article 4 du Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, rédigé par la Commission du droit international, dispose :

Comportement des organes de l'État

1. Le comportement de tout organe de l'État est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international, que cet organe exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'État, et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'État.
2. Un organe comprend toute personne ou entité qui a ce statut d'après le droit interne de l'État.

- [700] Les actes des organes de l'État sont imputables à l'État même s'ils sont contraires au droit interne de l'État et même s'ils sont contraires à des instructions qui leur avaient été données. Ainsi, l'article 7 du projet d'articles dispose :

Excès De Pouvoir Ou Comportement Contraire Aux Instructions

Le comportement d'un organe de l'État ou d'une personne ou entité habilitée à l'exercice de prérogatives de puissance publique est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international si cet organe, cette personne ou cette entité agit en cette qualité, même s'il outrepassa sa compétence ou contrevient à ses instructions.

- [701] Du point de vue du droit international, les actes des collectivités territoriales et États fédérés sont imputables à l'État. Selon l'article 25(1) de la Convention CIRDI, si l'État l'accepte, les collectivités territoriales peuvent même être directement parties à un différend soumis au centre :

La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un État contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre État contractant qui sont en

²⁷⁶ Trib. arb. CIRDI, 24 juillet 2008. V. aussi : *Malaysian Historical Salvors c. Malaisie*, TA CIRDI, décision d'annulation, 16 avril 2009 ; *Pantechniki c. Albanie*, TA CIRDI, 30 juillet 2009 ; *RSM c. Grenade*, TA CIRDI, 13 mars 2009.

relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre. Lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement.

- [702] Souvent, les questions relatives aux investissements sont traitées par des établissements publics, sociétés publiques ou autres agences créés pour cela. Lorsque ces organismes sont des personnes morales distinctes de l'État, cela pose problème en termes d'imputabilité de leurs actes à l'État. En principe, les actes des entités distinctes de l'État – hors démembrements territoriaux – ne lui sont pas imputables. Il en va cependant différemment si l'État a créé une société pour échapper frauduleusement à sa responsabilité, si la société exerce des prérogatives de puissance publique ou si elle est étroitement contrôlée par l'État et lui sert à poursuivre certains objectifs. Il faut donc observer le fonctionnement de l'organisme considéré. Il faut lire ici les articles 5 et 8 du projet de la Commission du droit international :

Article 5 - Comportement d'une personne ou d'une entité exerçant des prérogatives de puissance publique

Le comportement d'une personne ou entité qui n'est pas un organe de l'État au titre de l'article 4, mais qui est habilitée par le droit de cet État à exercer des prérogatives de puissance publique, pour autant que, en l'espèce, cette personne ou entité agisse en cette qualité, est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international.

Article 8 - Comportement sous la direction ou le contrôle de l'État

Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes, en adoptant ce comportement, agit en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet État.

5.4 CONTRATS D'ÉTATS

- [703] Les projets les plus importants donnent généralement lieu à un contrat conclu entre, d'une part, l'investisseur et, d'autre part, l'État d'accueil, une collectivité territoriale ou une entreprise publique. En droit international, on appelle contrat d'État les contrats conclus entre une personne publique et une personne privée étrangère, notamment lorsqu'ils ont pour objet un partenariat public privé, une concession de service public ou la réalisation d'une infrastructure majeure.
- [704] Ces contrats posent des questions complexes car ce sont des contrats administratifs internationaux. Du point de vue du droit international privé, il faudrait les aborder comme des contrats entre personnes privées mais du point de vue de l'État d'accueil, ce sont des contrats d'une nature particulière, des contrats administratifs, du moins dans les États où cette notion existe. Certains TPI envisagent les contrats d'États et posent des règles les concernant.
- [705] La principale question se posant à propos d'un contrat d'État est celle de la loi applicable : droit de l'État d'accueil, principes du droit du commerce international ou *lex mercatoria*, principes généraux du droit, usages du secteur économique concerné, règles de droit naturel et d'équité, principes du droit international. Cependant, si un juge étatique est saisi d'un différend relatif à un contrat d'État, la référence à ces principes internationaux a ses limites car, pour les juges étatiques, tout contrat autre qu'un traité entre États doit avoir une base dans un ordre juridique national²⁷⁷.

²⁷⁷ CPJI, 12 juillet 1929, *Affaire des emprunts serbes*, rec. n° 20/21, arrêt n° 14.

- [706] Soumettre le contrat au droit de l'État d'accueil crée une certaine précarité pour la partie privée, puisque son cocontractant, qui maîtrise les évolutions du droit local, peut changer les règles applicables en cours d'exécution du contrat. C'est pourquoi les contrats d'États comportent parfois une clause de stabilisation, stipulant que le contrat ne sera pas affecté par les changements qui pourraient intervenir dans la législation de l'État d'accueil. On trouve aussi des clauses de renégociation en cas de changement législatif ou réglementaire qui affecterait l'équilibre économique du contrat, afin de rétablir cet équilibre.
- [707] Pour terminer sur ce point, il faut se garder d'une confusion. Les investissements étrangers ne sont pas nécessairement réalisés au moyen de contrats d'État. Il existe donc de nombreux litiges en matière d'investissement dans lesquels l'investisseur et l'État d'accueil ne sont pas liés par un contrat.

6 STANDARDS DE PROTECTION

- [708] En droit international des investissements, on appelle standards de protection les droits de l'investisseur garantis par les traités et aussi, parfois, par le droit international général. Ces standards correspondent donc à des règles que l'État doit respecter dans la manière dont il traite les investissements étrangers. Dans l'ensemble, on retrouve les mêmes standards dans tous les traités de protection des investissements, malgré les différences de formulation ou de définitions. Il y a trois principaux standards. Le premier protège l'investisseur en cas d'expropriation (6.1). On trouve aussi le droit à un traitement juste et équitable (6.2), le droit à la pleine protection et sécurité (6.3) et les clauses du traitement national (6.4) et de la nation la plus favorisée (6.5). Certaines autres dispositions, qu'on trouve plus ou moins souvent dans les traités, devront également être évoquées (6.6). Il faut aussi préciser dans quelle mesure l'État peut déroger aux droits de l'investisseur (6.7). Enfin, il faudra évoquer les recours offerts à l'investisseur en cas de violation du traité (6.8) et expliquer comment, en cas de violation du traité ayant causé un préjudice à l'investisseur, celui-ci est réparé (6.9).

6.1 PROTECTION EN CAS D'EXPROPRIATION

- [709] La définition de règles encadrant l'expropriation des biens des étrangers est à l'origine du droit des investissements et cette thématique est toujours au cœur du droit des investissements. En droit international coutumier, il existe un standard minimal pour la protection de la propriété privée détenue par des étrangers. Dans les TPI, les conditions et le régime de l'expropriation sont définis de manière assez précise. Cela dit, le principe fondamental reste le droit d'exproprier reconnu à l'État (6.1.1). L'expropriation peut prendre différentes formes (6.1.2). Elle doit donner lieu à indemnisation (6.1.3).

6.1.1 Le droit d'exproprier

- [710] Le droit pour les États d'exproprier les biens qui se trouvent sur leur territoire est considéré comme un principe fondamental en droit international. Les traités de protection des investissements reconnaissent ce droit²⁷⁸.
- [711] Dans les contrats d'État, le cas échéant, la clause de stabilisation, qui garantit à l'investisseur que la loi applicable à son contrat restera celle en vigueur au moment de la signature du contrat, ne le protège pas contre l'expropriation, sauf engagement

²⁷⁸ V. par ex. TPI France – Qatar, art. 5(2) ; TPBI Argentine – États-Unis, art. IV ; modèle américain, art. 6.

exprès de l'État en ce sens. Il en va de même des États qui garantissent par leur constitution que la loi applicable aux contrats ne sera pas modifiée unilatéralement.

[712] Cela dit, le droit pour l'État d'exproprier un bien appartenant à un investisseur est subordonné à des conditions et l'expropriation doit produire certains effets au profit de l'exproprié. Il y a donc des expropriations licites et des expropriations illicites. Toutefois, même lorsque l'expropriation est illicite, un tribunal arbitral ne l'annulera jamais car les traités et les clauses compromissaires ne donnent pas un tel pouvoir aux arbitres. Ils peuvent seulement réparer le préjudice causé. En outre, que l'expropriation soit licite ou illicite, en général, l'indemnité est la même : l'investisseur a droit à la compensation de la perte subie. Dans certains rares cas, il peut néanmoins démontrer que le comportement de l'État lui a causé un préjudice additionnel à celui consécutif à la perte du bien exproprié.

[713] Quelles sont, en droit des investissements, les conditions de l'expropriation ? D'abord, elle doit être justifiée par l'intérêt public²⁷⁹. En droit international coutumier, ce principe s'est également imposé. Toutefois, la notion d'intérêt public est comprise très largement et il est assez facile pour l'État de faire admettre qu'une telle justification existe. Les sentences arbitrales admettent facilement l'existence d'un intérêt public. Cependant, il faut que l'État explique un minimum en quoi consiste l'intérêt public qu'il invoque. A défaut de toute explication, un tribunal arbitral peut considérer que cette condition n'est pas remplie. Dans l'affaire ADC c. Hongrie, le tribunal a estimé que l'intérêt public justifiant l'expropriation n'était pas démontré :

In the Tribunal's opinion, a treaty requirement for 'public interest' requires some genuine interest of the public. If mere reference to 'public interest' can magically put such interest into existence and therefore satisfy this requirement, then this requirement would be rendered meaningless since the Tribunal can imagine no situation where this requirement would not have been met²⁸⁰.

[714] Ensuite, l'expropriation ne doit pas être discriminatoire. Il ne faut pas que l'investisseur ait été spécifiquement ciblé. D'ailleurs, l'expropriation doit avoir lieu selon une procédure régulière. C'est une exigence qu'on trouve mentionnée explicitement dans certains traités seulement : respect du *due process of law*²⁸¹. Toutefois, en droit international, cette exigence découle nécessairement de celle de *fair and equitable treatment*, de telle sorte qu'on considère que les dispositions de ce type font double emploi. Enfin, l'exproprié doit être indemnisé²⁸².

6.1.2 Les différentes formes d'expropriation

[715] L'expropriation, au sens strict, consiste pour l'État à priver l'investisseur d'un droit de propriété sur un bien, c'est ce qu'on appelle l'expropriation directe (6.1.2.1). Toutefois, aujourd'hui, on observe que les États prennent d'autres mesures qui ne privent pas juridiquement l'investisseur de son titre mais qui, en pratique, lui interdisent de jouir de son bien. C'est ce qu'on appelle l'expropriation indirecte (6.1.2.2). Une dernière forme d'expropriation est à signaler : celle qui porte sur des droits contractuels (6.1.2.3).

²⁷⁹ V. par ex. TPI France – Qatar, art. 5(2) ; TPI Argentine – États-Unis, art. IV ; modèle américain, art. 6.

²⁸⁰ Trib. arb. CIRDI, 2 octobre 2006, §432.

²⁸¹ Par exemple, modèle américain, art. 6(1)(d).

²⁸² V. *infra*.

6.1.2.1 L'expropriation directe

[716] L'expropriation directe consiste, pour l'État, à adopter une mesure par laquelle l'investisseur est privé de son droit de propriété sur un bien. Ce type d'expropriation est devenu relativement rare aujourd'hui car les États craignent d'avoir une mauvaise image auprès des investisseurs étrangers. C'est pourquoi les autres formes d'expropriation se développent.

6.1.2.2 L'expropriation indirecte

[717] Pour éviter de se voir reprocher des expropriations et pour essayer d'échapper aux règles encadrant les expropriations, les États ont de plus en plus tendance à prendre des mesures qui restreignent la jouissance du droit de propriété sur les biens des investisseurs sans les priver formellement de leur titre. Ce genre de mesures constitue ce qu'on appelle l'expropriation indirecte.

[718] Face aux situations où un investisseur n'est pas privé de son titre de propriété mais est privé, partiellement ou totalement, de la jouissance de son bien, la question qui se pose est de savoir s'il peut invoquer les règles du droit international relatives à l'expropriation. Autrement dit, s'agit-il d'une expropriation au sens du droit international ? La question se pose depuis longtemps²⁸³. Le concept d'expropriation indirecte apparaît d'ailleurs dans les projets Abs-Shawcross de 1959 et OCDE de 1967 de conventions multilatérales sur les investissements. La notion est également expressément visée dans les TPI²⁸⁴.

[719] Aujourd'hui, il est admis que certaines mesures affectant la propriété privée d'un investisseur doivent être considérées comme des mesures d'expropriation, même si l'investisseur conserve formellement son titre de propriété. On distingue généralement les mesures d'expropriation indirecte et les mesures de régulation de bonne foi qui peuvent porter préjudice mais ne sont pas indemnisables (*non compensable bona fide governmental regulatory measures*), même si cette distinction a pu être critiquée²⁸⁵. Cela revient à distinguer l'expropriation indirecte et la mesure qui ne prive pas l'investisseur d'un droit de propriété.

[720] Cependant, le critère de distinction entre les deux n'est pas limpide²⁸⁶. L'expropriation indirecte est une mesure à l'effet équivalent à une expropriation directe, c'est-à-dire une véritable privation de propriété. Une mesure réglementaire ne constitue pas une expropriation indirecte si²⁸⁷ :

- Il s'agit d'une mesure qui relève du pouvoir de police de l'État considéré (cela change d'un système juridique à l'autre).

²⁸³ Trib. arb. ad hoc, *Norvège c. Etats-Unis, Norwegian shipowners' claims*, 13 octobre 1922, Recueil des sentences arbitrales, p. 309 (https://legal.un.org/riaa/cases/vol_1/307-346.pdf). - CPIJ, 25 mai 1925, *Allemagne c. Pologne, Case concerning certain German interests in Polish Upper Silesia (The Merits)* (http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1926.05.25_silesia.htm).

²⁸⁴ TPI France – Qatar, art. 5(2). – Modèle américain, art. 6(1), et explications détaillées dans l'annexe B.

²⁸⁵ R. Higgins, *The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law*, Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1982.

²⁸⁶ Sur ce point, voir l'annexe B du modèle américain.

²⁸⁷ V. par ex. Trib. arb. CIRDI, *LG&E Energy c. Argentine*, 3 octobre 2006, sentence sur la responsabilité, §189 à 195. V. aussi Trib. arb. CIRDI *Biwater Gauff c. Tanzanie*, 24 juillet 2008. – Trib. arb. CIRDI, *CME c. République tchèque*, 13 septembre 2001, sentence partielle. – Trib. arb. CIRDI, *Goetz c. Burundi*, 10 février 1999. – Cour EDH : *Sporrong & Lönnroth c. Suède*, 23 septembre 1982. – CPIJ, 12 décembre 1934, *Oscar Chinn, Royaume-Uni c. Belgique*.

- Elle n'est pas destinée à priver l'investisseur de sa propriété.
- Elle n'est pas discriminatoire.
- La mesure correspond à l'intérêt général.
- La mesure est proportionnée au but recherché.
- Durée de la mesure : une mesure éphémère ne saurait constituer une expropriation indirecte.

[721] Les tribunaux arbitraux veillent aussi à sanctionner ce qu'on appelle la *creeping expropriation* : l'État prend une série de mesures qui, prises isolément, ne constituent pas une expropriation indirecte mais dont l'accumulation aboutit à une expropriation indirecte. Par exemple, à force de reports et suspensions du début de l'activité de l'investisseur, de négociations inutiles, l'État peut finir par procéder à une expropriation indirecte²⁸⁸.

6.1.2.3 L'expropriation de droits contractuels

La confiscation de droits acquis, transmis et définis par un contrat est tout autant une faute que la privation d'une propriété tangible²⁸⁹. Ce principe est aujourd'hui bien établi. Les TPI précisent presque tous que les contrats entrent dans la catégorie des investissements. Cela étant, le fait de priver le cocontractant d'une créance contractuelle est une expropriation seulement si l'État a agi en usant de ses prérogatives de puissance publique. La simple résiliation du contrat relève des relations contractuelles. Ainsi, le seul fait de ne pas payer une dette contractuelle ne vaut pas expropriation²⁹⁰.

6.1.3 Droit à une indemnité

[722] Aujourd'hui, le débat s'est apaisé et il est largement admis que l'expropriation ouvre, pour l'investisseur exproprié, le droit de recevoir une indemnité :

- Rapide.
- Effective : c'est-à-dire dans une monnaie librement convertible.
- Adéquate : qui correspond à la perte subie par l'exproprié.

[723] Cependant, les éléments à prendre en compte pour calculer l'indemnité adéquate sont encore discutés. La question est de savoir comment calculer l'indemnité pour qu'elle corresponde véritablement à la perte de l'investisseur. La problématique est la même pour l'évaluation du préjudice consécutif à toute autre violation des TPI²⁹¹.

[724] En cas d'expropriation illicite, la question se pose de savoir si l'indemnité doit être calculée différemment. L'expropriation est contraire au droit international si elle n'était pas justifiée par l'intérêt public, voire si l'État n'a pas promptement versé une indemnité effective et adéquate, ce qui est toujours le cas en matière d'expropriation indirecte.

[725] La question n'est pas tranchée. Certains pensent que non car la perte du bien cause le même préjudice dans tous les cas. Il est sans doute plus réaliste de dire que

²⁸⁸ Trib. arb. CIRDI, *Siemens c. Argentine*, 6 février 2007.

²⁸⁹ US-Venezuela Mixed Claims Commission, 1903, Rudloff case.

²⁹⁰ Trib. arb. CIRDI méca. supp., *Waste Management c. Mexique*, sentence, 30 avril 2004.

²⁹¹ V. *infra*.

l'expropriation illégale, en plus d'obliger l'État à réparer la perte du bien, engage sa responsabilité pour acte illicite. L'indemnité doit alors remettre l'investisseur dans la situation où il se serait trouvé à défaut d'expropriation. A la valeur du bien sur le marché, il faut ajouter tous les profits perdus par l'investisseur. Certaines sentences distinguent clairement la compensation de l'expropriation et l'indemnité pour acte illicite²⁹².

6.2 TRAITEMENT JUSTE ET ÉQUITABLE

[726] La plupart des TPI garantissent à l'investisseur un traitement juste et équitable²⁹³. Il faut préciser le contenu (6.2.1) de ce standard et s'interroger sur son autonomie (6.2.2).

6.2.1 Contenu

[727] D'abord, contrairement à ce qu'on pourrait croire, on ne distingue pas entre traitement juste et traitement équitable. Le standard est toujours appliqué comme un tout. Ce sont les tribunaux arbitraux qui, peu à peu, précisent la notion de TJE, en utilisant deux méthodes : énoncé d'une définition générale et application au cas d'espèce. On trouve les définitions suivantes.

[728] Dans la sentence *Genin c. Estonie*²⁹⁴, le tribunal arbitral a expliqué qu'il y a violation du standard lorsque l'État a commis un acte démontrant un manquement volontaire à un devoir, une insuffisance d'action très en deçà des standards internationaux ou même de la mauvaise foi subjective.

[729] Dans la sentence *Tecmed c. Mexique*²⁹⁵, le tribunal arbitral explique que :

- Les États parties doivent traiter chaque investissement d'une manière qui ne mettent pas en cause les attentes de l'investisseur.
- L'investisseur s'attend à ce que l'État d'accueil se comporte de manière cohérente, dénuée d'ambiguïté et transparente.
- L'investisseur veut pouvoir connaître, dès qu'il investit, toutes les règles qui s'appliqueront à son investissement.
- L'investisseur veut pouvoir connaître, dès qu'il investit, le but des pratiques et politiques administratives applicables.
- L'investisseur doit pouvoir planifier son investissement et se conformer aux règles applicables.
- L'investisseur s'attend à ce que l'État d'accueil ne révoque pas ses décisions relatives à l'investissement sur lesquelles il s'est fondé pour organiser son investissement.
- L'investisseur s'attend à ce que l'État d'accueil utilise les mécanismes juridiques applicables à son investissement conformément au but habituel de ces mécanismes.

²⁹² Trib. arb. CIRDI, *LG&E Energy c. Argentine*, 25 juillet 2007, sentence finale. V. aussi CPIJ, *Chorzów Factory*, 1928.

²⁹³ V. par ex. TPI Colombie – France, art. 4(1).

²⁹⁴ Trib. arb. CIRDI, 25 juin 2001, § 367.

²⁹⁵ Trib. arb. CIRDI, méca. supp., 29 mai 2003.

- [730] Dans la sentence *MTD c. Chili*²⁹⁶, le tribunal arbitral reprend à son compte l'approche de la sentence *Tecmed* en faisant référence aux attentes de l'investisseur. Il ajoute aussi que le standard du traitement juste et équitable inclut la bonne foi, le *due process*, l'absence de discrimination et la proportionnalité. Toutefois, dans la même affaire, le comité *ad hoc* d'annulation a, tout en refusant d'annuler la sentence, observé que le standard ne se définit pas par rapport aux attentes de l'investisseur puisqu'il n'est pas défini par le traité par rapport à ce critère.
- [731] On peut aussi citer la sentence *Waste Management c. Mexique*²⁹⁷. L'État viole le standard du traitement juste et équitable lorsqu'il se comporte de manière arbitraire, grossièrement inéquitable, injuste, ou idiosyncrasique, discriminatoire, en exposant l'investisseur à un préjugé racial ou fondé sur toute autre de ses qualités, ou qui implique une procédure inéquitable (*lack of due process*) aboutissant à un résultat qui offense la bienséance judiciaire. Tel peut-être le cas d'un manque évident de justice naturelle dans une procédure juridictionnelle, ou un manque complet de transparence et d'innocence dans une procédure administrative. Si le comportement de l'État est contraire à des affirmations de ce dernier sur lesquelles l'investisseur s'était légitimement fondé, il faut prendre ne compte cet élément.
- [732] Ces définitions restent assez vagues. On a parfois reproché à ce standard de n'être pas défini par les traités et d'être vague et imprécis²⁹⁸. En réalité, cette imprécision est sans doute voulue par les rédacteurs des traités. Elle permet aux tribunaux arbitraux de sanctionner différents types de comportements. C'est un standard flexible donc efficace, dont les tribunaux arbitraux précisent le sens. Cependant le standard TJE est une règle juridique et son application ne permet pas au tribunal arbitral de statuer en équité si les parties ne le lui ont pas demandé. Le tribunal arbitral ne peut définir le standard de manière idiosyncrasique mais doit se référer au traité, à la pratique des États et aux autres sources du droit international²⁹⁹.
- [733] Pour mieux comprendre ce que recouvre le standard du traitement juste et équitable, il faut étudier quelques exemples d'application. On en prendra deux : stabilité et protection des attentes légitimes de l'investisseurs (6.2.2.1) et respect du procès équitable (6.2.1.2).

6.2.1.1 Stabilité et protection des attentes légitimes de l'investisseur

- [734] Les attentes légitimes de l'investisseur ne peuvent pas être déçues par une modification de la législation de l'État d'accueil ou par de nouvelles décisions relatives à l'investissement. Toutefois, pour qu'une décision de l'État d'accueil méconnaisse les attentes légitimes de l'investisseur, deux conditions doivent être remplies.
- [735] Selon la première condition, il faut que l'attente de l'investisseur soit légitime. L'investisseur peut légitimement former des attentes en se fondant sur :
- Traités que l'État d'accueil a ratifiés.
 - Lois et décrets.
 - Licences et autres décisions administratives.

²⁹⁶ Trib. arb. CIRDI, 25 mai 2004, sentence.

²⁹⁷ Trib. arb. CIRDI méca. supp., *Waste Management c. Mexique*, sentence, 30 avril 2004, §98.

²⁹⁸ Trib. arb. CIRDI, *Total c. Argentine*, 27 décembre 2010, sentence sur la responsabilité, §106 à §109.

²⁹⁹ Trib. arb. CIRDI, *ADF c. États-Unis*, 9 janvier 2003, sentence finale, §591.

- Engagements du pouvoir exécutif.
- Déclarations du pouvoir exécutif, informations données par le pouvoir exécutif (*representations*), qu'elles soient implicites ou explicites. Mais attention, des déclarations politiques générales et vagues ne créent pas d'attente légitime (*Continental Casualty c. Argentine*, CIRDI, sentence 5 septembre 2008, §261).

- [736] L'investisseur est en droit de fonder ses attentes sur la législation de l'État d'accueil telle qu'elle existe au moment où il réalise son investissement. Il ne peut pas soutenir que l'application d'une loi qui existait à ce moment-là est contraire au standard³⁰⁰. Dans l'affaire *LG&E Energy c. Argentine*³⁰¹, le tribunal arbitral considère que l'Argentine a trompé les attentes légitimes de l'investisseur. L'Argentine avait créé un cadre réglementaire attractif pour encourager les investissements. Une garantie clé était le calcul des redevances en dollars US. En remettant cette garantie en cause, l'Argentine a violé le standard du TJE. Dans l'affaire *Eureko c. Pologne*³⁰², l'investisseur a acquis des actions dans le capital d'une société d'assurance privatisée. Il avait une option pour acheter des parts supplémentaires. L'État l'a privé de cette option à la suite d'un changement de sa politique de privatisation. Il y avait violation du standard.
- [737] Toutefois, la protection des attentes légitimes de l'investisseur n'est pas absolue, comme le font remarquer des sentences récentes. Il faut trouver un équilibre entre la protection des attentes légitimes de l'investisseur et le droit de l'État de modifier sa législation pour l'adapter à l'évolution de l'économie. Cette problématique est au cœur de la critique actuelle du droit des investissements, souvent dénoncé comme trop protecteur des investisseurs et trop contraignant pour les États.
- [738] D'où la seconde condition : la violation du traitement juste et à travers la méconnaissance des attentes légitimes de l'investisseur suppose une mesure qui va au-delà du pouvoir législatif et réglementaire de l'État et qui modifie le régime applicable à l'investissement au-delà d'une marge raisonnable.
- [739] Néanmoins, il y a deux cas dans lesquels une mesure qui, en principe, relève du pouvoir législatif et réglementaire de l'État constitue une violation du droit à un traitement juste et équitable dans deux cas de figure. D'une part, si la mesure est discriminatoire et dirigée délibérément contre l'investisseur elle est toujours contraire au standard. D'autre part, si l'État a pris un engagement spécifique de maintenir inchangé le régime applicable à l'investissement, cet engagement doit être respecté mais alors l'obligation de l'État va au-delà du standard du traitement juste et équitable. Il faut néanmoins un engagement spécifique en ce sens, comme l'a souligné le tribunal dans la sentence *EDF c. Roumanie* :

The idea that legitimate expectations, and therefore FET, imply the stability of the legal and business framework, may not be correct if stated in an overly-broad and unqualified formulation. The FET might then mean the virtual freezing of the legal regulation of economic activities, in contrast with the State's normal regulatory power and the evolutionary character of economic life. Except where specific promises or representations are made by the State to the investor, the latter may not rely on a bilateral investment treaty as a kind of insurance policy against the

³⁰⁰ Trib. arb. CIRDI méca. supp., *Mondev c. États-Unis*, 12 octobre 2002.

³⁰¹ Trib. arb. CIRDI, 3 octobre 2006, sentence sur la responsabilité, §134.

³⁰² Trib. arb. *ad hoc*, 19 août 2005, sentence partielle, §231 à 234.

risk of any changes in the host State's legal and economic framework. Such expectation would be neither legitimate nor reasonable³⁰³.

6.2.1.2 *Respect d'une procédure équitable*

[740] Certains traités garantissent expressément aux investisseurs le droit à un procès équitable mais la plupart ne mentionnent pas ce droit, parce qu'il découle, à l'évidence, du droit à un procès équitable. L'article 5(2)(a) du modèle américain de TPI explique ainsi que le droit à un procès équitable résulte du standard TJE et qu'il faut le comprendre selon le sens qu'il a en droit international. Le droit à un procès équitable inclut :

- Le droit d'accès au juge.
- Le droit à un traitement équitable au cours de la procédure.
- Le droit d'obtenir une décision de justice dans un délai raisonnable.
- Le droit à l'exécution de la décision.
- Le droit à une procédure équitable également lorsque l'administration doit prendre une décision à son égard.

[741] Ainsi, le droit à un procès équitable inclut l'interdiction du déni de justice, qui découle du droit international général et qui est commis lorsqu'un État³⁰⁴ prive un étranger de tout recours juridictionnel. Il en va ainsi lorsque la juridiction normalement compétente refuse de connaître de sa demande. Pour qu'il y ait déni de justice il faut que l'investisseur ait épuisé en vain les recours internes. Il peut aussi y avoir violation du droit à un procès équitable si la juridiction tarde trop à rendre sa décision, si la procédure comporte des atteintes graves aux droits élémentaires de l'investisseur ou si la juridiction applique la loi d'une manière clairement et délibérément erronée au préjudice de l'étranger. En matière de violation au droit à un procès équitable, on peut aussi citer l'affaire *Loewen c. États-Unis*³⁰⁵.

[742] L'État d'accueil ne doit pas appliquer à l'investisseur des mesures constituant une contrainte illégitime ou du harcèlement. Bien entendu, dans l'exercice normal de ses pouvoirs régaliens, l'État peut prendre des mesures contraignantes à l'égard de l'investisseur. La contrainte devient illégitime si elle est injustifiée, disproportionnée, dirigée contre l'investisseur spécifiquement ou destinée à le faire consentir à une modification du contrat conclu avec l'État sans que cela ne soit justifiée objectivement.

[743] Dans l'affaire *Pope & Talbot c. Canada*,³⁰⁶ une société américaine possédait une filiale au Canada qui produisait des rondins de bois (trunks débités) et les exportaient aux États-Unis. A la suite d'un accord entre les États-Unis et le Canada limitant les exportations de ce produit, un régulateur canadien a déclenché une procédure de vérification de l'activité de la filiale de P&T qui était très agressive. Le tribunal arbitral a reconnu la violation du droit à un traitement juste et équitable.

[744] Dans l'affaire *Desert Line c. Yemen*,³⁰⁷ l'investisseur étranger a été chargé de construire des routes au Yémen. A la suite d'un différend avec les pouvoirs publics locaux, il est menacé de violences et certains de ses employés sont arrêtés. Un arbitrage au Yémen aboutit à une sentence qui accorde une indemnité à l'investisseur mais il est contraint

³⁰³ Trib. arb. CIRDI, 8 octobre 2009, §217.

³⁰⁴ Trib. arb. CIRDI méca. supp., *Azinian c. Mexique*, 1^{er} novembre 1999.

³⁰⁵ Trib. arb. CIRDI, méca. supp., 26 juin 2003.

³⁰⁶ Trib. arb. *ad hoc* CNUDCI, 10 avril 2011, sentence sur le fond.

³⁰⁷ Trib. arb. CIRDI, 6 février 2008, sentence, §151 à §194.

d'accepter une somme beaucoup plus faible par une transaction subséquente. Le tribunal arbitral CIRDI considère que le consentement de l'investisseur à cette transaction a été obtenu par la violence et que le standard TJE n'a pas été respecté.

6.2.1.3 Interdiction des mesures arbitraires ou discriminatoires

[745] L'interdiction des mesures arbitraires ou discriminatoires n'est pas prévue explicitement dans tous les traités. On ne la trouve pas dans le TBI France – Qatar, ni dans le modèle américain³⁰⁸. Peu importe, cependant : les mesures arbitraires ou discriminatoires sont contraires au standard du TJE et, donc, toujours interdites. On distingue généralement les mesures arbitraires (a) et les mesures discriminatoires (b).

a Mesures arbitraires

[746] On trouve, dans les sentences, trois approches différentes de la notion de mesure arbitraire. Parfois, le tribunal arbitral estime qu'il faut se référer au sens commun de l'adjectif arbitraire et qu'une mesure arbitraire est toute mesure discrétionnaire de l'État d'accueil, qui n'est pas fondée sur la raison³⁰⁹. Par exemple, dans la sentence *LG&E Energy c. Argentine*, le tribunal arbitral a expliqué :

It is apparent from the Bilateral Treaty that Argentina and the United States wanted to prohibit themselves from implementing measures that affect the investments of nationals of the other Party without engaging in a rational decision-making process. Such process would include a consideration of the effect of a measure on foreign investments and a balance of the interests of the State with any burden imposed on such investments. Certainly a State that fails to base its actions on reasoned judgment, and uses abusive arguments instead, would not 'stimulate the flow of private capital'³¹⁰.

[747] D'autres sentences expliquent qu'est arbitraire toute mesure contraire à l'état de droit³¹¹. Enfin, certaines sentences estiment qu'il faut comparer la mesure incriminée et les mesures que prendraient les autres États dans les mêmes circonstances. Ainsi, la restructuration judiciaire d'une usine qui produisait de l'acier en feuille n'est pas arbitraire si tous les États auraient pris ce type de mesures³¹². La volonté de l'État de nuire à l'investisseur a été considérée comme indispensable par certaines sentences et non indispensable par d'autres, qui estiment que les effets d'une mesure et les circonstances qui entourent son adoption peuvent suffire à la rendre discriminatoire.

[748] Par exemples, sont arbitraires une mesure qui cause un dommage à l'investisseur sans aucun but légitime ; une mesure qui n'est pas fondée sur un standard juridique mais sur la discrétion de l'État, sur des préjugés ou sur des préférences personnelles ; une mesure prise pour des raisons qui sont différentes de celles avancées par l'organe qui a pris la décision ; une mesure prise en méconnaissance délibérée des règles de bonne procédure. Le manquement par l'État à un contrat d'État n'est pas en soi une mesure arbitraire. Il faut qu'il utilise ses pouvoirs régaliens et que les circonstances rendent le manquement arbitraire³¹³.

³⁰⁸ L'article 5(4) concerne un cas de figure très spécifique.

³⁰⁹ Trib. arb. CIRDI, *El Paso c. Argentine*, 31 octobre 2011.

³¹⁰ Trib. arb. CIRDI, *LG&E Energy c. Argentine*, 3 octobre 2006, sentence sur la responsabilité, §158.

³¹¹ CIJ, 20 juillet 1989, *Electronica Sicula (ELSI), États-Unis c. Italie*: 'it is a willful disregard of due process of law, an act which shocks or at least surprises, a sense of judicial propriety'.

³¹² Trib. arb. CIRDI, *Noble Ventures c. Roumanie*, 12 octobre 2005, sentence finale.

³¹³ Trib. arb. CIRDI, *AES c. Hongrie*, 23 septembre 2010.

b Mesures discriminatoires

- [749] Les mesures discriminatoires sont celles qui visent l'investisseur en raison de l'une de ses qualités personnelles. Cela dit, si l'investisseur est visé en raison de sa nationalité, on applique plutôt le standard du traitement national ou de la nation la plus favorisée. En revanche, l'interdiction des mesures discriminatoires sera invoquée en cas de discrimination fondée sur une autre qualité de l'investisseur. Le respect du droit national ne suffit pas à écarter toute discrimination. Parfois, c'est le droit national qui est discriminatoire.
- [750] Deux problèmes se posent ici. D'une part, la base de comparaison : pour savoir si une mesure est discriminatoire, il faut comparer le traitement réservé à l'investisseur à celui appliqué à d'autres acteurs économiques. Parfois, les opérateurs ayant une activité similaire sont inexistant ou très peu nombreux, ce qui oblige à élargir la base de comparaison. D'autre part, l'intention discriminatoire est-elle nécessaire pour qu'il y ait violation ? Certaines sentences répondent que oui. D'autres indiquent que la mesure est discriminatoire lorsque telle est son effet ou l'intention de l'État (*LG&E Energy*, sentence sur la responsabilité).

6.2.2 Autonomie

- [751] On peut s'interroger sur l'autonomie du standard du un traitement juste et équitable à un traitement par rapport aux autres standards de protection des investisseurs contenus dans les traités (6.2.2.1) mais aussi par rapport au droit international coutumier (6.2.2.2).

6.2.2.1 Autonomie par rapport aux autres standards de protection contenus dans les traités

- [752] Certains ont soutenu que le standard TJE ne serait pas autonome par rapport aux autres standards définis dans les TPI. Le standard du TJE n'est qu'une catégorie générale qui réunit tous les autres standards. Autrement dit, il n'aurait pas d'existence autonome, ne devrait pas être appliqué en tant que tel. Il serait respecté dès lors que tous les autres standards sont respectés³¹⁴. Ce n'est toutefois pas l'approche dominante. La doctrine et la majorité des tribunaux arbitraux considèrent que le standard du TJE est autonome et s'applique distinctement des autres. Pourtant, certains traités comportent des principes qui semblent se rattacher au droit à un traitement juste et équitable, notamment l'interdiction des mesures discriminatoires³¹⁵.

6.2.2.2 Autonomie par rapport au droit international coutumier

- [753] On s'interroge parfois sur l'autonomie du standard du droit à un traitement juste et équitable par rapport au standard minimal du droit international coutumier. Ce standard mentionné dans le TPI renvoie-t-il purement et simplement au standard minimum du droit international coutumier ? Ou est-il autonome et possède-t-il une définition propre, de telle sorte qu'il pourra être invoqué par l'investisseur même dans des cas où le droit international coutumier a été respecté ?
- [754] En réalité, la réponse dépend des traités, il faut les lire attentivement. Certains traités indiquent que le standard TJE doit être appliqué selon son sens en droit coutumier

³¹⁴ V. Trib. arb. CIRDI, *Noble Ventures c. Roumanie*, sentence finale, 12 octobre 2005, §182. - Trib. arb. CIRDI, *Lemire c. Ukraine*, 14 janvier 2010 sentence sur la compétence, §259, 385. – Trib. arb. CIRDI, *Impregilo c. Argentine*, 21 juin 2011, §333, 334.

³¹⁵ V. par ex. TPI Argentine – États-Unis, art. II(2)(b).

international. En ce cas, il n'est pas autonome. Il en est ainsi du modèle américain de TPI. Les derniers traités conclus par la France vont dans le même sens³¹⁶.

[755] D'autres traités imposent un traitement juste et équitable, sans autre précision. C'est le cas des traités signés par l'Allemagne, les Pays-Bas, la Suède, la Suisse. Dans ce cas, le standard est considéré comme autonome. On trouve aussi des traités qui disent que ce standard s'ajoute aux règles du droit international. Traité Argentine – États-Unis, art. II(2) : l'investisseur doit se voir appliquer un traitement juste et équitable, qui ne doit pas être inférieur à celui prévu par le droit international. Cela signifie que le standard TJE est plus élevé que le standard minimum du droit international³¹⁷.

[756] Le modèle français est ambigu sur ce point. Par exemple, l'article 3 du TPI France – Qatar dispose :

Chacune des Parties contractantes s'engage à assurer un traitement juste et équitable conformément aux principes du droit international, aux investissements des investisseurs de l'autre Partie réalisés sur son territoire et dans sa zone maritime en conformité avec sa législation et à faire en sorte que l'exercice du droit ainsi reconnu ne soit entravé ni en droit, ni en fait.

[757] Les derniers traités conclus par la France restent ambigus³¹⁸. Dans la sentence *Vivendi c. Argentine*³¹⁹, le tribunal a appliqué la même formule, qui figure dans le traité entre la France et l'Argentine. Cette formule ne signifie pas que le standard du TJE se limite à ce que le droit international impose. Elle signifie seulement que le standard du TJE doit être conforme au droit international. Ce serait un plancher et non un plafond. De toute façon, le texte se réfère au droit international en général et pas seulement au standard minimal.

[758] Quoiqu'il en soit, l'application récurrente et extensive du standard TJE dans des cas où il est lié par un traité au standard minimal du droit international a sans doute abouti à renforcer ce dernier, à le rendre plus contraignant pour les États. Autrement dit, il se peut que le standard TJE, au sens des TBI, soit le même que le standard minimal en droit international. La sentence *Chemtura c. Canada*³²⁰, appliquant l'article 1105 de l'ALENA, admet que le standard TJE doit être défini par référence au droit international mais il précise qu'il faut tenir compte de l'évolution du standard minimum du droit international sous l'effet des TBI. La sentence *Merrill & Ring Forestry c. Canada*³²¹ va plus loin et affirme que le standard TJE est aujourd'hui intégré dans le droit coutumier international, comme le démontre son usage systématique dans les traités et son respect dans la pratique des États.

[759] Inversement, la sentence *Glamis Gold c. États-Unis*³²² est peu exigeante pour l'État. Le standard du TJE est défini par le droit international coutumier. Il appartient au demandeur de prouver que le droit international a changé sur ce point. Cette preuve n'est pas rapportée. Donc il faut appliquer le standard minimum tel que défini par la sentence *Neer c. Mexique*³²³. Or ce standard est très restrictif : il faut un outrage à la bonne foi, un manquement volontaire à un devoir, ou une insuffisance de l'action

³¹⁶ V. TPI Colombie – France, ; art. 4(1).

³¹⁷ Trib. arb. CIRDI, *Azurix c. Argentine*, 13 juillet 2006, §361.

³¹⁸ V. TPI Colombie – France, ; art. 4(1).

³¹⁹ CIRDI, 20 août 2007, §745.

³²⁰ Trib. arb. *ad hoc* CNUDCI, 2 août 2010, §121 et 236.

³²¹ Trib. arb. *ad hoc* CNUDCI, sentence, 2 août 2010, §210.

³²² Trib. arb. *ad hoc* CNUDCI, 8 juin 2009.

³²³ Trib. arb. *ad hoc*, *Neer c. Mexique*, 1926, 4 RIAA 60.

gouvernementale tellement contraire au droit international que n'importe quelle personne impartiale reconnaîtrait immédiatement son insuffisance.

6.3 PLEINE PROTECTION ET SECURITE

- [760] La plupart des traités prévoient que l'État d'accueil doit assurer aux investissements réalisés par les ressortissants de l'autre État partie une protection pleine et entière (*full protection and security*). La formule varie parfois. Dans le modèle français, on trouve généralement les mots protection et sécurité pleines et entières.
- [761] Certains traités indiquent que ce standard doit être compris tel qu'il est défini en droit international général³²⁴. Lorsque ce n'est pas le cas, on considère généralement qu'il est plus exigeant pour l'État que ce qu'impose le droit international général. Ce standard peut aussi se recouper avec l'exigence d'un traitement juste et équitable. La sentence *Wena Hotels c. Égypte*³²⁵ explique que la pleine protection et sécurité n'est qu'un élément du traitement juste et équitable. Au contraire, la sentence *Azurix c. Argentine*³²⁶ considère que les deux standards sont bien distincts.
- [762] Le droit à une protection et sécurité pleines et entières impose à l'État de protéger l'investissement contre des dommages causés par des tiers – délinquants, bandes armées, insurgés, émeutiers, par des agents de l'État. Certaines sentences estiment aussi que les décisions des agences publiques de régulation qui déstabilisent le régime de l'investisseur sont contraires à ce standard mais ce n'est pas la position dominante³²⁷.
- [763] Cela étant, toute atteinte à la sécurité de l'investissement n'engage pas forcément la responsabilité de l'État. En ce qui concerne les atteintes émanant de tiers, l'État n'est pas responsable s'il a pris toutes les mesures possibles pour les empêcher ou les faire cesser. En toute logique, il a ici une obligation de moyen. Cependant, le manque de ressource n'est pas une excuse pour l'État qui n'a pas pris les mesures nécessaires. La pleine protection et sécurité suppose de prendre toutes les mesures de nature à prévenir les dommages et de sanctionner les responsables de dommages³²⁸. Concernant les atteintes émanant d'agents de l'État, elles peuvent être légitimes et imposées par le rôle de l'État.
- [764] On peut évoquer quelques affaires célèbres d'affaires où le standard de la pleine protection et sécurité a été appliqué. Dans la sentence *AAPL c. Sri Lanka*³²⁹, le tribunal arbitral a considéré que le Sri Lanka avait violé le standard. Son armée avait envahi et détruit la ferme d'élevage de crevettes de l'investisseur, une société de Hong Kong, au cours d'une opération contre les rebelles, les Tigres tamouls. Cet acte était injustifié et excessif. Dans l'affaire *AMT c. Zaire*³³⁰, des éléments des forces armées s'étaient livrés à des pillages. La violation du standard a été reconnue.
- [765] On peut aussi évoquer l'arrêt de la Cour internationale de justice rendu dans l'affaire *iElectronica Sicula (ELSI)*³³¹. La Cour applique le traité d'amitié, de navigation et de commerce États-Unis – Italie prévoyant « *the most constant protection and security* ». L'usine de l'investisseur a été occupée par des salariés en grève. Le gouvernement

³²⁴ Modèle américain, art. 5

³²⁵ Trib. arb. CIRDI, 8 décembre 2000.

³²⁶ Trib. arb. CIRDI, 14 juillet 2006.

³²⁷ Trib. arb. CIRDI, *Suez c. Argentine*, 30 juillet 2010, sentences sur la compétence.

³²⁸ Trib. arb. CIRDI, *Parkerings c. Lituanie*, 11 septembre 2007.

³²⁹ Trib. arb. CIRDI, 27 juin 1990, sentence.

³³⁰ Trib. arb. CIRDI, sentence, 21 février 1997.

³³¹ CIJ, 20 juillet 1989, *États-Unis c. Italie*.

italien a pris les mesures qu'il pouvait prendre et l'investisseur n'a pas subi de préjudice. Le maire de Palerme avait aussi réquisitionné l'usine, qui devait fermer, pour six mois. Il a fallu seize mois pour qu'une juridiction accorde une indemnité à l'investisseur pour la réquisition. Ce n'est pas un délai excessif. Il n'y a pas de violation du standard PSPE. On voit ici que le respect du standard de pleine protection et sécurité implique aussi le respect du droit à une procédure équitable. Le standard recoupe celui du traitement juste et équitable.

6.4 CLAUSE DU TRAITEMENT NATIONAL

- [766] La clause sur le traitement national est présente dans tous les TBI. Elle prévoit que l'investisseur doit recevoir un traitement non moins favorable que les investisseurs nationaux³³². Elle ne signifie pas que l'investisseur étranger doit être traité de la même manière que les nationaux : il peut être avantagé mais il ne peut pas être désavantagé. Le traitement national n'est pas imposé par le standard minimal du droit international coutumier : la clause a donc une utilité indiscutable.
- [767] L'application de la clause du traitement national est moins simple qu'il n'y paraît. Elle soulève quatre séries de questions.
- [768] En premier lieu, pour déterminer si un investisseur a été traité de manière moins favorable qu'un national, encore faut-il établir la base de comparaison. On peut discuter pour savoir si la comparaison est faite avec un national se trouvant dans la même situation que l'investisseur.
- [769] En deuxième lieu, il faut vérifier s'il y a eu traitement différencié de l'investisseur étranger. La charge de la preuve d'un traitement moins favorable repose sur l'investisseur³³³. La différence est sanctionnée même si elle n'est pas *de jure* fondée sur la nationalité, pour peu que, *de facto*, elle aboutisse à une différence de traitement au détriment des investisseurs étrangers³³⁴. L'intention discriminatoire n'est pas nécessaire, c'est l'effet concret d'une mesure de l'État d'accueil qui compte³³⁵.
- [770] Toutefois, il faut que la mesure incriminée aboutisse à un traitement différent des seuls investisseurs étrangers. Par exemple, l'exigence d'utiliser de l'acier produit dans l'État d'accueil pour les marchés publics s'appliquent autant aux producteurs locaux qu'aux investisseurs étrangers même si elle peut être un peu plus contraignante pour les investisseurs étrangers. Cette règle ne viole pas le principe du traitement national³³⁶.
- [771] En troisième lieu, il faut vérifier que la différence de traitement n'est pas justifiée. Bien que les clauses de traitement national des TPI ne le précisent pas, elles sont généralement interprétées comme réservant implicitement le cas où une différence de traitement est justifiée : celle-ci n'engage alors pas la responsabilité internationale de l'État d'accueil. Ainsi, la différence de traitement peut-être justifiée par la protection de la création culturelle locale³³⁷ ou le caractère illégal de l'activité exercée par

³³² V. par ex. TPI Colombie – France, art. 5(1). – Modèle américain, art. 3(1).

³³³ Trib. arb. *ad hoc* CNUDCI, *Thunderbird c. Mexique*, 26 janvier 2006.

³³⁴ Trib. arb. CIRDI méca. supp., *Corn Products c. Mexique*, 15 janvier 2008, décision sur la responsabilité ; Trib. arb. *ad hoc* CNUDCI, *Lauder c. République tchèque*, 3 septembre 2001.

³³⁵ Trib. arb. CIRDI, *Siemens c. Argentine*, 6 février 2007.

³³⁶ Trib. arb. CIRDI méca. supp., *ADF c. États-Unis*, 9 janvier 2003.

³³⁷ Trib. arb. *ad hoc* CNUDCI, *SD Myers c. Canada*, CNUDCI, 13 novembre 2000, première sentence partielle.

l'investisseur – ici les jeux – même si la loi nationale n'est pas appliquée de manière systématique³³⁸.

- [772] En quatrième lieu, faut-il appliquer les critères développés par les sentences appliquant les accords de l'OMC, qui contiennent aussi une clause de la nation la plus favorisée ? Jusqu'en 2004, les sentences appliquant les TPI considéraient que la jurisprudence arbitrale développée à propos des accords de l'OMC était pertinente. Cette approche a été contestée par deux sentences. Selon la sentence *Occidental c. Ecuador*³³⁹, les accords de l'OMC parlent du commerce de produits similaires et pas d'investisseurs placés dans les mêmes circonstances que les nationaux et leur interprétation ne doit pas avoir d'effet sur l'interprétation d'un TBI. Selon la sentence *Methanex c. États-Unis*³⁴⁰, l'ALENA n'utilisait pas les mêmes formules que les accords de l'OMC et leur interprétation n'avait pas à être prise en compte pour appliquer la clause de la nation la plus favorisée figurant dans cet accord.

6.5 CLAUSE DE LA NATION LA PLUS FAVORISEE

- [773] La clause de la nation la plus favorisée se retrouve dans la plupart des TPI. Comme la clause de traitement national, elle est utile car ce principe ne découle pas dans le standard minimal. Selon cette clause, chaque État partie traite les investisseurs de l'autre partie d'une manière non moins favorable que celle réservée aux investisseurs des États tiers³⁴¹. Parfois cette exigence est formulée en même temps que celle du traitement national. Par exemple, l'article 4 du TPI France – Qatar dispose :

Chaque Partie contractante applique, sur son territoire et dans sa zone maritime, aux investisseurs de l'autre Partie, en ce qui concerne leurs investissements et activités liées à ces investissements, un traitement non moins favorable que celui accordé à ses investisseurs, ou le traitement accordé aux investisseurs de la nation la plus favorisée, si celui-ci est plus avantageux. A ce titre les nationaux autorisés à travailler sur le territoire et dans la zone maritime de l'une des Parties contractantes doivent pouvoir bénéficier des facilités matérielles appropriées pour l'exercice de leurs activités professionnelles.

Ce traitement ne s'étend toutefois pas aux privilèges qu'une Partie contractante accorde aux investisseurs d'un État tiers, en vertu de sa participation ou de son association à une zone de libre-échange, une union douanière, un marché commun ou toute autre forme d'organisation économique régionale.

Les dispositions de cet article ne s'appliquent pas aux questions fiscales.

- [774] Cet article exclut expressément du champ d'application de la clause les avantages réservés aux investisseurs provenant des États membres d'une association économique régionale dont l'État partie est également membre. Concernant la France, il s'agit de ne pas accorder aux investisseurs extérieurs à l'Union européenne et à l'Espace économique européen les mêmes avantages que ceux dont bénéficient les investisseurs originaires des États membres de ces zones d'intégration économique.
- [775] Dans le contexte des TPI, la clause de la nation la plus favorisée pose deux questions. En premier lieu, dit-elle permettre à un investisseur de profiter de tous les avantages accordés aux investisseurs d'un autre État que son État d'origine ? Ou seulement des avantages accordés aux investisseurs d'un autre État d'origine à propos de questions traitées par le TPI signé par l'État d'accueil et son État d'origine ? En effet, les TPI

³³⁸ Trib. arb. *ad hoc* CNUDCI, *Thunderbird c. Mexique*, 26 janvier 2006.

³³⁹ Trib. arb. *ad hoc* CNUDCI, 1^{er} juillet 2004.

³⁴⁰ Trib. arb. *ad hoc* CNUDCI, 3 août 2005.

³⁴¹ V. modèle américain, art. 4.

sont des traités bilatéraux conclus entre deux États et longuement négociés. Lorsqu'ils n'ouvrent pas du tout certains droits aux investisseurs des États parties, cela est délibéré. Faut-il permettre à ces investisseurs de profiter de droits ouverts à d'autres ?

[776] Cette question a été peu traitée par les sentences qui ont dû statuer dans des cas où l'investisseur réclamait l'application d'un droit ouvert par le traité applicable mais selon des modalités plus avantageuses prévues par un autre TPI. Dans l'affaire *Impregilo c. Pakistan*³⁴², l'investisseur était italien. Le TPI Italie – Pakistan comporte une clause de la nation la plus favorisée, au nom de laquelle l'investisseur réclamait l'application de la clause-parapluie³⁴³ du TPI Pakistan - Suisse. Le tribunal arbitral n'a pas pris nettement partie sur la possibilité d'appliquer ainsi la clause-parapluie d'un autre traité à travers une clause de la nation la plus favorisée car cette clause parapluie ne pouvait bénéficier à un investisseur en cas de violation d'un contrat qui n'engage pas l'État d'accueil lui-même. Or, ici, l'investisseur avait conclu un contrat, non avec l'État pakistanais, mais avec une agence publique dotée de la personnalité morale, la Pakistan Water and Power Development Authority.

[777] En second lieu, l'investisseur peut-il utiliser la clause de la nation la plus favorisée pour profiter de droits procéduraux ouverts par un autre TPI ? Parfois, la clause dit explicitement qu'elle s'applique ou ne s'applique pas aux droits procéduraux mais la plupart du temps, elle reste silencieuse sur ce point. Les sentences divergent. Par exemple, le TPI Argentine – Espagne permet à l'investisseur de saisir un tribunal arbitral seulement dix-huit mois après la saisine des juridictions de l'État d'accueil s'il n'est pas satisfait du résultat.

[778] Dans l'affaire *Emilio Agustin Maffezini c. Espagne*³⁴⁴, le demandeur a invoqué la clause de la nation la plus favorisée et le TPI Chili – Espagne qui ne comporte pas cette restriction. Le tribunal arbitral accepte. Inversement, dans l'affaire *Plama c. Bulgarie*³⁴⁵, le tribunal arbitral a estimé que la clause NPF ne peut aboutir à donner compétence au CIRDI si le TPI directement applicable ne permet pas de saisir ce centre. En fait, les tribunaux arbitraux sont réticents à ouvrir un recours juridictionnel à travers la clause NPF mais acceptent plus facilement de faciliter un recours déjà ouvert par le TBI directement applicable.

6.6 AUTRES DISPOSITIONS

[779] Les traités de protection des investissements garantissent un certain nombre d'autres droits aux investisseurs.

6.6.1 Admission de l'investissement

[780] Il n'existe aucun principe du droit international obligeant un État à accepter les investissements réalisés par les ressortissants d'autres États. Au contraire, la souveraineté des États les autorise à décider librement si et dans quelle mesure ils acceptent les investissements étrangers.

[781] Sur ce point, il existe deux sortes de TPI. Certains accordent un droit général aux investisseurs de l'autre partie contractante pour investir sur place et qui comportent des

³⁴² Trib. arb. CIRDI, ARB/03/3, 22 avril 2005, sentence sur la compétence.

³⁴³ Sur cette notion, v. *infra*.

³⁴⁴ Trib. arb. CIRDI, 25 janvier 2000, décision sur la compétence.

³⁴⁵ CIRDI, 8 février 2005, sentence sur la compétence.

dispositions destinées à empêcher les restrictions, notamment l'interdiction d'imposer des contraintes (*performance requirements*) à l'investisseur³⁴⁶.

[782] D'autres TPI conservent le droit pour l'État d'accueil d'accepter unilatéralement ou non un investissement mais posent des garanties pour les investissements que l'État d'accueil a acceptés. Modèle européen de TPI. Par exemple, l'article 3 du TPI Colombie – France précise que chaque partie encourage les investissements réalisés par les ressortissants de l'autre partie, ce qui n'est pas très contraignant.

[783] Dans ces traités, la clause de traitement national ne s'applique qu'une fois l'investissement réalisé et à condition qu'il ait été mis en place conformément au droit national. Il n'y a pas de droit à l'investissement : l'État d'accueil peut poser des restrictions, le TBI ne lui imposant qu'une obligation générale et imprécise d'encourager ou de faciliter les investissements des ressortissants de l'autre État partie.

[784] Quoi qu'il en soit, les différends sur les entraves aux investissements sont des différends interétatiques. Un opérateur économique qui n'a pas pu investir ne peut pas faire état d'une atteinte à un investissement et ne peut utiliser les recours qui sont offerts aux investisseurs. En outre, les investissements qui ne respectent pas la législation de l'État d'accueil ne sont pas couverts par la protection offerte par le traité, même lorsque le traité de protection ne le dit pas explicitement³⁴⁷.

[785] En France, la loi subordonne certains investissements à une autorisation de l'État. L'article L. 151-3 du Code monétaire et financier dispose :

I. – Sont soumis à autorisation préalable du ministre chargé de l'économie les investissements étrangers dans une activité en France qui, même à titre occasionnel, participe à l'exercice de l'autorité publique ou relève de l'un des domaines suivants :

a) Activités de nature à porter atteinte à l'ordre public, à la sécurité publique ou aux intérêts de la défense nationale ;

b) Activités de recherche, de production ou de commercialisation d'armes, de munitions, de poudres et substances explosives.

Un décret en Conseil d'État définit la nature des activités ci-dessus et des investissements soumis à autorisation.

II. – L'autorisation donnée peut être assortie le cas échéant de conditions visant à assurer que l'investissement projeté ne portera pas atteinte aux intérêts nationaux visés au I.

Le décret mentionné au I précise la nature et les modalités de révision des conditions dont peut être assortie l'autorisation.

[786] L'article R. 151-3 précise :

Les activités mentionnées au I de l'article L. 151-3 sont les suivantes :

I.-Activités de nature à porter atteinte aux intérêts de la défense nationale, participant à l'exercice de l'autorité publique ou de nature à porter atteinte à l'ordre public et à la sécurité publique :

1° Les activités, comprenant celles mentionnées à l'article L. 2332-1 du code de la défense, relatives aux armes, munitions, poudres et substances explosives

³⁴⁶ V. modèle américain art. 3(1) : droit à l'investissement à travers le traitement national. Modèle canadien également.

³⁴⁷ Trib. arb. CIRDI, *Plama c. Bulgarie*, 27 août 2008.

destinées à des fins militaires ou aux matériels de guerre et assimilés relevant du titre III ou du titre V du livre III de la deuxième partie du code de la défense ;

2° Les activités relatives aux biens et technologies à double usage énumérés à l'annexe IV du règlement (UE) 2021/821 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2021 instituant un régime de l'Union de contrôle des exportations, du courtage, de l'assistance technique, du transit et des transferts en ce qui concerne les biens à double usage ;

3° Les activités exercées par les entités dépositaires de secret de la défense nationale ;

4° Les activités exercées dans le secteur de la sécurité des systèmes d'information, y compris en qualité de sous-traitant, au profit d'un opérateur mentionné aux articles L. 1332-1 ou L. 1332-2 du code de la défense ;

5° Les activités exercées par les entités ayant conclu un contrat, soit directement, soit par sous-traitance, au profit du ministère de la défense pour la réalisation d'un bien ou d'un service relevant d'une activité mentionnée aux points 1° à 3° ou au 6° ;

6° Les activités relatives aux moyens et prestations de cryptologie mentionnés aux paragraphes III et IV de l'article 30 et I de l'article 31 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique ;

7° Les activités relatives aux matériels ou dispositifs techniques de nature à permettre l'interception des correspondances ou conçus pour la détection à distance des conversations ou la captation de données informatiques, définis à l'article 226-3 du code pénal ;

8° Les activités relatives aux prestations de services réalisées par les centres d'évaluation agréés dans les conditions prévues au décret n° 2002-535 du 18 avril 2002 relatif à l'évaluation et à la certification de la sécurité offerte par les produits et les systèmes des technologies de l'information ;

9° Les activités relatives aux jeux d'argent, à l'exception des casinos ;

10° Les activités relatives aux moyens destinés à faire face à l'utilisation illicite d'agents pathogènes ou toxiques ou à prévenir les conséquences sanitaires d'une telle utilisation ;

11° Les activités de traitement, de transmission ou de stockage de données dont la compromission ou la divulgation est de nature à porter atteinte à l'exercice des activités mentionnées aux 1° à 10° du présent I ou au II.

II.-Activités de nature à porter atteinte aux intérêts de la défense nationale, participant à l'exercice de l'autorité publique ou de nature à porter atteinte à l'ordre public et à la sécurité publique, lorsqu'elles portent sur des infrastructures, biens ou services essentiels pour garantir :

1° L'intégrité, la sécurité ou la continuité de l'approvisionnement en énergie ;

2° L'intégrité, la sécurité ou la continuité de l'approvisionnement en eau ;

3° L'intégrité, la sécurité ou la continuité de l'exploitation des réseaux et des services de transport ;

4° L'intégrité, la sécurité ou la continuité des opérations spatiales mentionnées au 3° de l'article 1er de la loi n° 2008-518 du 3 juin 2008 relative aux opérations spatiales ;

5° L'intégrité, la sécurité ou la continuité de l'exploitation des réseaux et des services de communications électroniques ;

6° L'exercice des missions de la police nationale, de la gendarmerie nationale, des services de sécurité civile, de sécurité des établissements pénitentiaires ainsi que l'exercice des missions de sécurité publique de la douane et de celles des sociétés agréées de sécurité privée ;

7° L'intégrité, la sécurité ou la continuité de l'exploitation d'un établissement, d'une installation ou d'un ouvrage d'importance vitale au sens des articles L. 1332-1 et L. 1332-2 du code de la défense ;

8° La protection de la santé publique ;

9° La production, la transformation ou la distribution de produits agricoles énumérés à l'annexe I du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, lorsque celles-ci contribuent aux objectifs de sécurité alimentaire nationale mentionnés aux 1°, 17° et 18° du I de l'article L. 1 du code rural et de la pêche maritime ;

10° L'édition, l'impression ou la distribution des publications de presse d'information politique et générale, au sens de l'article 4 de la loi n° 47-585 du 2 avril 1947 relative au statut des entreprises de groupage et de distribution des journaux et publications périodiques, et des services de presse en ligne d'information politique et générale au sens de l'article 1er de la loi n° 86-897 du 1er août 1986 portant réforme du régime juridique de la presse ;

11° L'intégrité, la sécurité ou la continuité de l'extraction, de la transformation et du recyclage de matières premières critiques.

III.-Activités de nature à porter atteinte aux intérêts de la défense nationale, participant à l'exercice de l'autorité publique ou de nature à porter atteinte à l'ordre public et à la sécurité publique, lorsqu'elles sont destinées à être mises en œuvre dans l'une des activités mentionnées aux I ou II :

1° Les activités de recherche et développement portant sur des technologies critiques, dont la liste est définie par arrêté du ministre chargé de l'économie ;

2° Les activités de recherche et développement sur des biens et technologies à double usage énumérés à l'annexe I du règlement (UE) du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2021 précité.

6.6.2 Accès au territoire de l'État d'accueil

[787] Les TPI prévoient généralement que chaque État partie facilite l'entrée et le séjour sur son territoire des ressortissants de l'autre État partie pour réaliser ou administrer un investissement. Cependant, les droits ainsi accordés varient d'un traité à l'autre. Généralement, les États ne s'engagent pas fermement à accepter l'entrée et le séjour des ressortissants de l'autre État partie. Il ne s'agit pas d'établir un droit à la libre circulation. Par exemple, l'annexe du TPI France – Qatar, qui rattache à l'article 3 (traitement juste et équitable) la question du mouvement des personnes, précise :

b) Les Parties contractantes examineront avec bienveillance, dans le cadre de leur législation interne, les demandes d'entrée et d'autorisation de séjour, de travail et de circulation introduites par des nationaux d'une Partie contractante, au titre d'un investissement réalisé sur le territoire ou dans la zone maritime de l'autre Partie contractante.

[788] On peut lire aussi l'article II(3) du TPI Argentine – États-Unis :

Subject to the laws relating to the entry and sojourn of aliens, nationals of either Party shall be permitted to enter and to remain in the territory of the other Party for the purpose of establishing, developing, administering or advising on the operation of an investment to which they, or a company of the first Party that employs them, have committed or are in the process of committing a substantial amount of capital or other resources.

6.6.3 Libre transfert

[789] L'investisseur a besoin de pouvoir transférer des fonds vers l'État d'accueil depuis l'extérieur, notamment pour financer l'investissement ; et depuis l'État d'accueil vers l'extérieur, pour rapatrier ses profits ou les fonds provenant de la cession de

l'investissement. De son côté l'État d'accueil souhaite contrôler les mouvements de capitaux et le change de sa monnaie contre des devises extérieures. Ces intérêts contradictoires sont résolus par les TPI de manière différente. Les TPI s'efforcent de concilier ces objectifs contradictoires. On y trouve toujours une clause garantissant aux investisseurs le libre transfert des capitaux au taux de change en vigueur³⁴⁸, avec, parfois, un certain nombre de restrictions³⁴⁹.

6.6.4 Préservation des droits que l'investisseur détient par ailleurs

[790] La finalité des traités de protection des investissements est d'améliorer la situation des investisseurs. Par conséquent, il faut éviter que leur application aboutisse à priver les investisseurs de droits qu'ils détiennent par ailleurs. Certains TPI comportent une disposition en ce sens mais, à défaut, il est unanimement admis qu'un TPI doit être interprété de manière à ne pas porter atteinte aux droits que les investisseurs détiennent par ailleurs.

6.6.5 Clause parapluie

[791] La clause parapluie, ou *umbrella clause* en anglais, est une disposition qu'on trouve dans certains traités de protection des investissements et qui garantit le respect, par chaque État partie, des obligations auxquelles il a consenti au bénéfice d'un investisseur ressortissant de l'autre État partie. L'expression vient de l'idée que ces clauses placent les obligations de l'État envers l'investisseur sous le parapluie protecteur du traité. On appelle aussi parfois ces dispositions *observance of undertakings clause*.

[792] Il existe de nombreux exemples de ce type de clauses, y compris dans le traité Allemagne Pakistan de 1959, le plus ancien des TBI. On peut citer les exemples suivants :

TPI Argentine – États-Unis, art. II(2)(c) :

Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments.

TBI Pakistan – Suisse du 11 juillet 1995), art. 11 :

Chacune des Parties Contractantes assure à tout moment le respect des engagements assumés par elle à l'égard des investissements des investisseurs de l'autre Partie Contractante.

Traité sur la Charte de l'énergie, art. 10(1) :

Chaque partie contractante respecte les obligations qu'elle a contractées vis-à-vis d'un investisseur ou à l'égard des investissements d'un investisseur d'une autre partie contractante.

TPI France – Hong Kong du 30 novembre 1995, art. III :

Sans préjudice des dispositions du présent Accord, chaque Partie contractante respecte les engagements particuliers qu'elle a pu contracter à l'égard des investissements réalisés par des investisseurs de l'autre partie contractante, y compris les dispositions plus favorables que celles du présent Accord.

[793] Certaines clauses peuvent faire penser à des clauses parapluies mais n'en sont pas. Il faut éviter la confusion. Par exemple, l'article 10 du TPI France – Qatar dispose :

³⁴⁸ V. par ex. TPI France – Qatar, art. 6.

³⁴⁹ Modèle américain, art. 7, voir §4.

Les investissements ayant fait l'objet d'un engagement particulier de l'une des Parties contractantes à l'égard des investisseurs de l'autre Partie contractante sont régis, sans préjudice des dispositions du présent Accord, par les termes de cet engagement dans la mesure où celui-ci comporte des dispositions plus favorables que celles qui sont prévues par le présent Accord.

- [794] La clause parapluie est née des controverses relatives à la nature et au régime du contrat conclu par un État avec une personne privée ressortissante d'un autre État. Si on le soumet au droit national de l'État d'accueil, c'est dangereux pour l'investisseur. Pour autant, l'État d'accueil ne peut accepter que le contrat soit soumis à un autre droit national que le sien. Enfin, le contrat ne peut être soumis exclusivement à des principes internationaux car tout contrat qui n'est pas un traité entre États doit être soumis à un droit national³⁵⁰ ou, du moins, à un régime de droit des contrats. De plus, un tribunal arbitral constitué en application d'un traité de protection des investissements ne peut examiner que les demandes fondées sur ce traité (*treaty claims*) et pas celles fondées sur le contrat (*contract claims*).
- [795] Pour dépasser cette impasse, on a préconisé d'internationaliser les contrats d'État en les plaçant sous l'empire du droit international public ou, du moins, de règles issues de traités entre États. Le contrat internationalisé n'est plus soumis au droit national mais uniquement au régime défini par le traité international. La clause parapluie a été précisément conçue pour internationaliser les contrats d'investissement.
- [796] Traditionnellement, on comprenait la clause parapluie comme signifiant de considérer que toute violation d'un contrat d'investissement par l'État d'accueil est une violation du TPI et comme permettant au tribunal arbitral constitué en vertu du traité de sanctionner aussi la violation du contrat (*contract claims*)³⁵¹. Néanmoins, l'internationalisation du contrat n'est pas complète car celui-ci reste soumis à un droit national qui peut être appliqué par les autres juridictions : tribunal arbitral désigné par le contrat, juridiction nationale.
- [797] Toutefois, à partir de 2003, cette interprétation a été remise en cause par plusieurs sentences, de telle sorte que le sens de la clause est aujourd'hui incertain. La sentence exemplaire de cette approche restrictive a été rendue dans l'affaire *SGS c. Pakistan*³⁵². Le tribunal arbitral a refusé de sanctionner la violation d'un contrat d'État par le gouvernement pakistanais, nonobstant la clause parapluie applicable. Il a considéré que l'interprétation extensive limite la souveraineté de l'État d'accueil, en incluant le moindre engagement de l'État d'accueil, y compris à travers les lois ou règlements qu'il adopte, ce qui risque de conduire à une avalanche de recours arbitraux. De plus, l'interprétation extensive rendrait toutes les autres dispositions du traité superflues. Enfin, si l'investisseur peut saisir le tribunal arbitral CIRDI de toute demande relative à la violation du contrat, il a le choix entre la juridiction prévue par le traité et celle prévue par le contrat, alors que l'État d'accueil n'a pas ce choix.
- [798] L'inconvénient de cette interprétation restrictive est qu'elle semble priver la clause-parapluie de son effet. Dans l'affaire *SGS c. Pakistan*, le tribunal arbitral a soutenu le contraire, en expliquant que, malgré l'interprétation qu'il proposait, la clause interdit à

³⁵⁰ CPJI, 12 juillet 1929, *affaire des emprunts serbes*.

³⁵¹ V. par ex. Trib. arb. CIRDI, *Noble Ventures c. Roumanie*, 12 octobre 2005, sentence finale, §182. - Trib. arb. *ad hoc*, *Eureko c. Pologne*, 19 août 2005 sentence partielle.

³⁵² Trib. arb. CIRDI, 6 août 2003, *Société générale de surveillance c. Pakistan*, aff. ARB/01/13, n^{os} 11 à 16, sentence sur la compétence, orig. anglais : (2003) 42 *ILM* 1290 ; *ICSID Rev.* 2003.301 (18) ; *ICSID Rep.* 2005.406 (8); trad. française (extraits) : *JDI* 2004.257.

l'État d'accueil d'adopter des lois qui lui permettraient de ne pas exécuter ses obligations et lui impose de respecter la clause compromissive figurant dans le contrat d'investissement. En cas de manquement à ces deux obligations, il y aurait violation du TPI.

6.7 DEROGATIONS POSSIBLES

[799] Les situations de crise, telles que guerre civile, guerre internationale, révolution, émeute, catastrophe naturelle, crise économique très grave, pandémie, peuvent conduire l'État à prendre des mesures contraires à un TPI et à causer ainsi un préjudice aux investisseurs étrangers. L'État a intérêt à se réserver une certaine liberté d'action sur ce point, tandis que l'investisseur souhaite au contraire que la protection offerte par le traité soit maintenue même dans ce type de circonstances, voire spécialement dans ce type de circonstances, que les investisseurs étrangers redoutent.

[800] La plupart des traités ne permettent expressément aucune dérogation en cas de circonstances exceptionnelles mais il est unanimement admis que le silence du TBI doit conduire à appliquer les principes coutumiers du droit international, exprimés dans le *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite* de la Commission du droit international des Nations Unies. Les articles 23 à 25 traitent de ces situations exceptionnelles, appelées force majeure, détresse et état de nécessité :

Article 23

Force majeure

1. L'illicéité du fait d'un État non conforme à une obligation internationale de cet État est exclue si ce fait est dû à la force majeure, consistant en la survenance d'une force irrésistible ou d'un événement extérieur imprévu qui échappe au contrôle de l'État et fait qu'il est matériellement impossible, étant donné les circonstances, d'exécuter l'obligation.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas :

- a) Si la situation de force majeure est due, soit uniquement soit en conjonction avec d'autres facteurs, au comportement de l'État qui l'invoque ; ou
- b) Si l'État a assumé le risque que survienne une telle situation.

Article 24

Détresse

1. L'illicéité du fait d'un État non conforme à une obligation internationale de cet État est exclue si l'auteur dudit fait n'a raisonnablement pas d'autre moyen, dans une situation de détresse, de sauver sa propre vie ou celle de personnes qu'il a la charge de protéger.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas :

- a) Si la situation de détresse est due, soit uniquement soit en conjonction avec d'autres facteurs, au comportement de l'État qui l'invoque ; ou
- b) Si ledit fait est susceptible de créer un péril comparable ou plus grave.

Article 25

État de nécessité

1. L'État ne peut invoquer l'état de nécessité comme cause d'exclusion de l'illicéité d'un fait non conforme à l'une de ses obligations internationales que si ce fait :

- a) Constitue pour l'État le seul moyen de protéger un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent ; et

b) Ne porte pas gravement atteinte à un intérêt essentiel de l'État ou des États à l'égard desquels l'obligation existe ou de la communauté internationale dans son ensemble.

2. En tout cas, l'état de nécessité ne peut être invoqué par l'État comme cause d'exclusion de l'illicéité :

a) Si l'obligation internationale en question exclut la possibilité d'invoquer l'état de nécessité ; ou

b) Si l'État a contribué à la survenance de cette situation.

[801] L'état de nécessité n'est pas défini, seules ses limites étant posées par l'article 25. En droit international coutumier, la théorie de la force majeure et de l'état de nécessité a été développée notamment à propos des troubles sociaux dans les pays d'Amérique du Sud au XIXe siècle et dans la première moitié du XXe siècle. L'État ne pourra invoquer la force majeure ou l'État de nécessité que s'il a mis en œuvre tous les moyens possibles pour protéger l'investissement. Toutefois, c'est à l'investisseur de démontrer que l'État aurait pu mobiliser des ressources qu'il n'a pas mobilisées.

[802] Dans l'affaire *AAPL c. Sri Lanka*³⁵³, l'armée du Sri Lanka a détruit l'usine de l'investisseur au cours d'une opération dirigée contre la rébellion. Le tribunal arbitral a estimé que l'État ne pouvait pas invoquer l'état de nécessité parce qu'il n'avait pas mis en œuvre tous les moyens disponibles pour protéger l'investissement. Il aurait dû, notamment, s'efforcer de négocier avec les rebelles pour éviter d'avoir à lancer cette opération militaire.

[803] Certains TPI comportent des dispositions sur ce type de situation. Lorsque c'est le cas et sauf affirmation expresse contraire, on estime que ces dispositions ne peuvent aboutir à une protection des investissements moindre que celle qui résulte du droit coutumier. Par exemple, l'article XI du TPI Argentine – États-Unis dispose :

This Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the Protection of its own essential security interests.

[804] Plusieurs sentences ont eu à appliquer ce texte. La plupart ont considéré qu'il devait être interprété d'une manière qui reflète le droit coutumier international³⁵⁴. Toutefois, dans l'affaire *CMS c. Argentine*, le comité d'annulation a expliqué que l'article XI est une disposition autonome qui ne doit pas être interprétée à la lumière du droit coutumier. De plus, c'est un article qui fixe une condition d'application : si la situation visée est vérifiée, les droits prévus par le TPI ne s'appliquent plus³⁵⁵.

[805] On peut également citer l'article 18 du modèle américain :

Article 18: Essential Security

Nothing in this Treaty shall be construed:

1. to require a Party to furnish or allow access to any information the disclosure of which it determines to be contrary to its essential security interests; or

2. to preclude a Party from applying measures that it considers necessary for the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of

³⁵³ CIRDI, sentence, 27 juin 1990.

³⁵⁴ Trib. arb. CIRDI, *CMS c. Argentine*, 12 mai 2005. – Trib. arb. CIRDI, *Sempra c. Argentine*, 28 septembre 2007. – Trib. arb. CIRDI, *Enron c. Argentine*, 22 mai 2007, sentence finale.

³⁵⁵ Com. *ad hoc* CIRDI, 25 septembre 2007.

international peace or security, or the protection of its own essential security interests.

- [806] D'autres clauses prévoient qu'en cas de mesures exceptionnelles, l'investisseur étranger doit bénéficier de compensations non moins favorables à celles accordées aux nationaux par l'État³⁵⁶.
- [807] Cela étant, les tribunaux arbitraux se montrent assez sévères vis-à-vis des États et admettent rarement l'existence d'un état de nécessité. Elles divergent sur les conséquences de l'état de nécessité, fût-il avéré. Selon la sentence *CMS c. Argentine*³⁵⁷, même si l'état de nécessité était reconnu, il ne dispenserait pas l'État d'indemniser l'investisseur pour le dommage subi. La seule conséquence de l'état de nécessité est que les mesures prises ne sont pas internationalement illicites. Et dès que l'état de nécessité a cessé, l'État doit recommencer à respecter le TPI. Au contraire, selon la sentence *LG&E Energy c. Argentine*³⁵⁸, l'état de nécessité dispense l'État d'accueil de toute obligation d'indemniser l'investisseur pour le préjudice causé par les mesures imposées par la situation.

6.8 RECOURS DE L'INVESTISSEUR EN CAS DE VIOLATION DU TRAITE

- [808] La plupart des traités de protection des investissements ouvrent à l'investisseur un certain nombre de recours pour le cas où il s'estimerait victime d'une violation par l'État du traité. Souvent, il doit d'abord rechercher une solution amiable. Si cette démarche n'aboutit pas, il a généralement la possibilité de saisir la juridiction compétente de l'État d'accueil ou de mettre en œuvre un arbitrage international. La clause permet souvent à l'investisseur d'opter pour différents types d'arbitrages : CIRDI, ad hoc avec application du règlement CNUDCI, voire saisine d'autres centres d'arbitrages. A titre d'exemples, on pourra lire l'article 17 du TPI Colombie – France.
- [809] Parfois, l'investisseur doit épuiser les voies de recours internes avant de pouvoir recourir à l'arbitrage. On trouve aussi des dispositions qui interdisent à l'investisseur de recourir à l'arbitrage s'il a saisi le juge local, et vice-versa. Cette disposition, qui fait application de l'adage *electa una via, non datur recursus ad alteram*, est appelée *fork-in-the-road clause*.
- [810] S'agissant des dispositions des TPI autorisant l'investisseur à saisir le CIRDI, on s'est longtemps demandé si elles étaient suffisantes pour fonder la compétence du centre qui, selon l'article 25(1), suppose un accord par écrit des deux parties. La sentence *AAPL c. Sri Lanka*³⁵⁹ a définitivement résolu la question. Le traité contient une offre écrite de convention d'arbitrage CIRDI formulée par chaque État partie au profit des investisseurs de l'autre État partie. Lorsqu'un investisseur saisit le CIRDI, il accepte, par écrit, cette offre et une convention d'arbitrage désignant le CIRDI est conclue. On dit que le consentement à l'arbitrage est différé. Le même raisonnement est d'ailleurs transposable aux dispositions des traités autorisant d'autres formes d'arbitrages.
- [811] La multiplication des TPI autorisant les investisseurs à saisir le CIRDI a largement contribué à l'essor de l'arbitrage CIRDI et de l'arbitrage d'investissement en général. Aujourd'hui, la plupart des arbitrages en matière d'investissement oppose un État et un

³⁵⁶ Not. les traités signés par l'Allemagne. V. aussi TPI France – Qatar, art. 5(3).

³⁵⁷ Trib. arb. CIRDI, *CMS c. Argentine*, 12 mai 2005.

³⁵⁸ Trib. arb. CIRDI, *LG&E c. Argentine*, 30 avril 2004, sentence sur la compétence.

³⁵⁹ Trib. arb. CIRDI, 27 juin 1990, sentence.

investisseur qui n'étaient pas liés par un contrat. L'investisseur invoque simplement des mesures prises par l'État d'accueil qu'il estime contraires au traité³⁶⁰.

6.9 REPARATION DU PREJUDICE

[812] Lorsque le tribunal arbitral juge qu'une mesure est contraire à un TBI, il doit condamner l'État à réparer le préjudice causé par cette mesure. La réparation peut prendre les formes suivantes :

- Restitution (*restitution*) : l'État doit restituer à l'investisseur la chose dont il l'a privé.
- Exécution forcée (*satisfaction*).
- Indemnisation (monetary compensation).

[813] La mesure la plus fréquente est l'indemnisation car la restitution n'est presque jamais possible. En matière d'expropriation, même si elle est illicite, on considère que l'État ne peut être condamné à la restitution. L'exécution forcée est parfois ordonnée lorsque le tribunal arbitral international accepte d'examiner un *contract claim* mais il s'agit la plupart du temps de l'exécution d'une obligation monétaire : paiement de dette contractuelle.

[814] L'indemnisation doit réparer le dommage subi c'est-à-dire remettre autant que possible l'investisseur dans la situation où il aurait été sans l'acte illicite. Lorsqu'un tribunal arbitral constate qu'un État a méconnu ses obligations conventionnelles et que cette méconnaissance a causé un préjudice à un investisseur, il accorde à ce dernier une indemnité destinée à réparer le préjudice subi. Cependant, les éléments à prendre en compte pour calculer l'indemnité adéquate ne sont pas toujours évidents. La question est de savoir comment calculer l'indemnité pour qu'elle corresponde véritablement à la perte de l'investisseur.

[815] Lorsque cela est possible, le tribunal arbitral évalue la perte subie à parti des prix du marché. Cela est particulièrement pertinent pour les biens expropriés. Par ailleurs, pour évaluer un bien exproprié ou des droits perdus, il faut se placer juste avant l'expropriation, pour ne pas tenir compte de la variation de valeur du bien dû à l'expropriation.

[816] Cependant, il n'y a pas forcément de marché de référence. Par exemple, la perte de la propriété ou de la concession d'un aéroport international dans un État où il n'y en a qu'un ne peut pas être évaluée par référence au prix du marché, parce qu'il n'y a pas de marché pour un bien de ce type.

[817] On peut rechercher d'autres références : valeur du foncier, valeur des droits dans les bilans de la société victime de la violation du traité, etc. Une méthode est aujourd'hui très répandue, celle du *Discounted cash flow* :

- On fait une estimation des revenus futurs que le bien aurait générés s'il n'avait pas été exproprié.
- On applique à ses revenus un facteur pour les diminuer en tenant compte du risque, du temps (de l'argent dans le futur a moins de valeur que dans le présent) et éventuellement du coût d'un emprunt.

³⁶⁰ Sur ce développement, v. J. Paulsson, « Arbitration Without Privity », (1995) 10 *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 232.

- On additionne les revenus futurs hypothétiques ainsi modulés.
- On obtient la net present value (NPV).

[818] Le *discounted cash flow* se calcule selon la formule suivante, où CF_n est le revenu hypothétique pour une année n et r , le taux de réduction qui tient compte du risque et du coût du capital. :

$$DCF = \frac{CF_1}{(1+r)^1} + \frac{CF_2}{(1+r)^2} + \dots + \frac{CF_n}{(1+r)^n}$$

[819] Si le bien n'était pas susceptible de produire des revenus ultérieurement, on tient compte de la valeur de liquidation des différents éléments qui composent l'investissement. C'est bien moins avantageux.

[820] A l'indemnité de base, on applique un taux d'intérêt, décompté à partir de la date où le préjudice a été infligé, pour compenser le retard dans le versement de l'indemnité. Le taux est le taux légal en vigueur dans un pays ou un taux interbancaire.

Lundi 29 avril 2024

[821] Le droit peut être utilisé de différentes manières comme arme dans la guerre économique :

- Instrument d'influence culturelle ou de *soft power* : S. Jahel, « Le rayonnement de la culture juridique française dans les pays arabes du Moyen- Orient », *D.* 2013, p. 849 (DOC 07).
- Instrument de contrôle des investissements étrangers et de sécurisation des intérêts essentiels d'un pays : lire les observations suivantes :

Le nouveau contexte sanitaire et géopolitique conduit les entreprises à diversifier et réorganiser leurs chaînes de valeur et les États à repenser la sécurité des circuits d'approvisionnement essentiels. La loi japonaise dite « *de promotion de mesures économiques et de la sécurité globale* » fournit un exemple caractéristique de cette nouvelle donne de la globalisation. Ce texte, adopté par la Diète le 11 mai 2022 et promulgué le 18 mai, doit entrer en vigueur de façon progressive jusqu'en mai 2024. Le Japon disposait déjà en ce domaine d'un arsenal législatif complexe incluant un dispositif de contrôle des exportations, une loi relative aux investissements étrangers et diverses dispositions spéciales limitant les investissements extérieurs dans des secteurs essentiels comme la radio, les télécommunications, les transports ou le secteur minier. La spécificité de la loi de 2022 est d'envisager la sécurité économique dans un sens large en pensant d'abord les circuits économiques sans se limiter à la seule question de la protection des secrets industriels. Le texte vise tout d'abord à garantir un approvisionnement stable en produits critiques « *essentiels à la survie de la population ou dont dépendent la vie ou les activités économiques de l'ensemble de la population* » (art. 7). Pour ces produits, qui devront être définis par décret, les entreprises concernées devront préparer un plan afin de garantir la stabilité du réseau de production et pourront bénéficier, en contrepartie, d'un soutien public. La loi encadre ensuite les « *services d'infrastructure critiques* » dans le secteur de l'énergie, de l'approvisionnement en eau, des transports, des télécommunications, de la finance et des services de paiement (art. 50). Les entreprises désignées par décret devront alors déclarer les opérations d'installations ou de maintenance des infrastructures l'administration pouvant s'opposer si elle estime qu'elles présentent un risque important (art. 52). La loi prévoit, en outre, de soutenir la recherche et le développement de technologies avancées dans des secteurs à définir comme l'espace, les technologies quantiques, l'intelligence artificielle, les biotechnologies. Enfin ce texte entend protéger les brevets sensibles afin d'éviter qu'ils ne soient cédés à des pays tiers s'il y a risque d'atteinte à la sécurité de l'État et des citoyens. En définitive, ce texte est important non seulement en ce qu'il éclaire le nouveau paradigme économique mondial mais aussi parce qu'il devrait avoir un impact pour les entreprises françaises liées avec le Japon³⁶¹.

- Instrument d'influence à travers de grands projets d'infrastructures, réalisés au moyen de contrats et de financements internationaux : lire L. Kuo et N. Kommenda, « What is China's Belt and Road Initiative? », *The Guardian*, 30 juillet 2018, en ligne: <https://www.theguardian.com/cities/ng-interactive/2018/jul/30/what-china-belt-road-initiative-silk-road-explainer> ; et

³⁶¹ G. Bourdeaux, *JCP G* 2022, doct. 1004, n° 3.

J. Douglas, « China Reboots Its Belt and Road Initiative », *Wall Street Journal*, 16 oct. 2023 (DOC 08).

- Instrument de contrôle et de pression sur des entreprises étrangères à travers l'application extraterritoriale de certaines lois destinées à lutter contre la corruption, la fraude fiscale, le blanchiment d'argent ou d'autres comportements délictuels : lire R. Gauvain et al., « Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale », rapport au premier ministre, 26 juin 2019, lire surtout les pages 1 à 45 (DOC 09).
- Sanctions de l'UE contre la Russie à la suite de l'invasion de l'Ukraine, site Internet de l'Union européenne (DOC 10).

BIBLIOGRAPHIE SELECTIVE

OUVRAGES GENERAUX

M. Audit, S. Bollée, P. Callé, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, 3e éd., Lextenso, 2019

J. Béguin[†], M. Menjuq et al., *Droit du commerce international*, 3e éd., Lexis Nexis, 2019 (partie sur l'arbitrage par C. Seraglini et D. Mouralis)

O. Cachard, *Droit du commerce international*, 3e éd., LGDJ, 2018 (4e éd. A paraître le 30 avril 2024)

J.-M. Jacquet, P. Delebecque, S. Corneloup, *Droit du commerce international*, Dalloz, coll. Précis, 4e éd., 2021

H. Kenfack, *Droit du commerce international*, 8e éd., Dalloz, coll. Mementos, 2023

J.-B. Racine, F. Siiriainen, *Droit du commerce international*, 3e éd., Dalloz, coll. Cours, 2018 (4e éd. à paraître en 2023)

M.J. Trebilcock et J. Trachtman, *Advanced Introduction to International Trade Law*, Edward Elgar Publishing, 2020

ENCYCLOPEDIES

Juris-Classeur droit international (Lexis Nexis)

Juris-Classeur Transports (Lexis Nexis)

Lamy Contrats internationaux

Répertoire Dalloz de droit international

OUVRAGES SPECIAUX

Droit des contrats internationaux

M.-E. Ancel, P. Deumir, M. Laazouzi, *Droit des contrats internationaux*, 2e éd., Sirey, 2019

Droit des investissements

R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 3e éd., Oxford University Press, 2022

Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2012

Z. Douglas, dir., *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice*, Oxford University Press, 2014

K. Miles, *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*, Cambridge University Press, 2013 (éd. brochée 2015)

A. de Nanteuil, *Droit international de l'investissement*, 3e éd., Pédone, 2020

A. Reinisch et C. Schreuer, *International Protection of Investments: The Substantive Standards*, Cambridge University Press, 2020

S. Robert-Cuendet, *Droit des investissements internationaux : Perspectives croisées*, Bruylant, 2017

Droit des transports

M. Bernadet, I. Bon-Garcin, P. Delebecque, *Droit des transports*, 2e éd., Dalloz, coll. Précis, 2018

P. Bonassies, O. Scapel, C. Bloch, *Traité de droit maritime*, 4^e éd., Lexis Nexis, 2022

P. Delebecque, *Droit maritime*, 14^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2020

B. Havel et G.S. Sanchez, *The Principles and Practice of International Aviation Law*, Cambridge University Press, 2014

Revues

Revue de Droit des Affaires Internationales ou *International Business Law Journal*, Sweet & Maxwell, bimestrielle

Journal du droit international ou *Clunet*, Lexis Nexis, trimestrielle

Revue critique de droit international privé, Dalloz, trimestrielle

Sites Internet

Banque mondiale : <https://www.worldbank.org/en/home>

Commission européenne, ressources relatives au commerce extérieur :
https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/trade-non-eu-countries_fr

Organisation mondiale du commerce : <https://www.wto.org/indexfr.htm>

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international :
<https://uncitral.un.org/fr>

Commission des Nations Unies sur le commerce et le développement : <https://unctad.org/fr>

TABLE DES MATIERES

LEÇON 1 - Introduction générale	2
1 Objet du cours	2
2 Notion de droit du commerce international.....	2
3 Sources du droit du commerce international.....	5
3.1 Règles applicables aux rapports commerciaux	6
3.1.1 Méthode du conflit de lois.....	6
3.1.2 Méthode de la règle matérielle	6
3.1.2.1 Règle matérielle de source étatique.....	7
3.1.2.2 Règle matérielle de source interétatique	7
3.1.2.3 Règle matérielle de source transnationale.....	7
3.1.3 Rôle de l'ordre public.....	9
3.2 Règles applicables aux relations commerciales entre États	10
3.3 Règles protégeant les investissements étrangers directs	10
4 Institutions majeures du commerce international.....	10
5 Enjeux de la matière	12
6 Méthode et évaluation	13
7 Contenu du cours.....	14
LEÇON 2 - Mondialisation	15
1 Introduction	15
2 Développement du libre-Echange au niveau mondial.....	17
2.1 Membres de l'organisation mondiale du commerce	19
2.2 Les accords de l'OMC.....	19
2.2.1 Commerce des marchandises	20
2.2.2 Commerce des services	21
2.2.3 Accords sur la propriété intellectuelle.....	22
2.3 Le règlement des différends	23
2.3.1 Première étape : les consultations	23
2.3.2 Deuxième étape : le groupe spécial.....	23
2.3.3 Troisième étape : exécution de la décision.....	24
3 Développement du libre-Echange au niveau régional.....	24
3.1 Zones multilatérales	25
3.1.1 Europe	25
3.1.2 Zone d'influence russe	25
3.1.3 Accords Union européenne – ACP	25

3.1.4	Afrique	25
3.1.4.1	L'Union africaine	25
3.1.4.2	La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples	26
3.1.4.3	La Communauté économique africaine.....	26
3.1.4.4	La zone franc	27
3.1.4.5	Les associations régionales africaines non intégrées dans la Communauté économique africaine	29
3.1.5	Proche-Orient	29
3.1.6	Asie.....	29
3.1.7	Amériques	30
3.2	Zones bilatérales.....	31
3.2.1	Zones d'échanges préférentiels	31
3.2.2	Zones de libre échange	31
3.2.3	Union économique et politique	32
3.2.4	Marché unique.....	32
3.2.5	Unions douanières	32
LEÇON 3 - Opérateurs du commerce international.....		33
1	Introduction	33
2	Les opérateurs privés.....	33
2.1	Les sociétés	33
2.1.1	Constitution	33
2.1.1.1	Sociétés constituées en France	33
2.1.1.2	Sociétés constituées à l'étranger	35
2.1.2	Nationalité de la société	36
2.1.2.1	Enjeu de l'attribution de la nationalité	36
2.1.2.2	Conditions d'attribution de la nationalité.....	37
2.1.3	Fonctionnement de la société	37
2.1.4	Création d'un établissement dans un pays différent du siège social	38
2.1.5	Transfert du siège social.....	38
2.1.5.1	Transfert du siège social à l'intérieur de l'Union européenne	38
2.1.5.2	Transfert du siège social entre la France et un État tiers à l'Union européenne	39
2.2	Les groupements de sociétés	40
2.3	Les associations.....	40
2.4	Les personnes physiques	40
3	Les opérateurs publics.....	41
3.1	Immunité de juridiction.....	41

3.2	Immunité d'exécution	42
LEÇON 4 - Droit commun des contrats internationaux.....		48
1	Introduction	48
2	Règles de conflits de lois.....	48
3	Règles applicables au fond.....	51
4	Contenu des contrats du commerce international	51
LEÇON 5 - Vente internationale de marchandises		54
1	Introduction	54
2	Règles de conflit de lois	55
2.1	Détermination par le juge des règles de droit applicables.....	56
2.1.1	Règles de conflit énoncées par la Convention de La Haye	56
2.1.2	Autres règles de conflits applicables à titre résiduel	56
2.2	Détermination par le tribunal arbitral des règles de droit applicables.....	58
3	Règles substantielles	58
3.1	Les règles matérielles issues de la Convention de Vienne.....	58
3.1.1	Champ d'application	58
3.1.1.1	Champ d'application matériel	58
3.1.1.2	Champ d'application territorial	59
3.1.2	Forme et preuve de la vente	60
3.1.3	La formation du contrat de vente	60
3.1.4	Les obligations des parties	60
3.1.4.1	Les obligations du vendeur et les remèdes dont dispose l'acquéreur en cas d'inexécution.....	60
3.1.4.2	Les obligations de l'acquéreur et les remèdes dont dispose le vendeur en cas d'inexécution.....	61
3.1.5	Le transfert des risques.....	61
3.1.6	Dispositions communes aux obligations du vendeur et de l'acquéreur	62
3.2	Les règles matérielles issues de la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises.....	62
3.3	Les règles matérielles issues des Incoterms	62
LEÇON 6 - Transport international de marchandises		65
1	Introduction	65
2	Règles de droit applicables.....	66
3	Transport terrestre	67
3.1	Transport routier.....	67
3.2	Transport ferroviaire	70
4	Transport maritime.....	72
4.1	Contrat de transport maritime	72

4.2	Autres contrats ayant pour finalité le transport maritime de marchandises	75
5	Transport aérien.....	76
LEÇON 7 - Autres contrats du commerce international		79
1	Introduction	79
2	Les contrats portant sur des biens incorporels	79
3	Les contrats d'intermédiaire et de distribution.....	80
4	Les contrats de construction.....	80
LEÇON 8 - Facilitation et Sécurisation du commerce international		81
1	Introduction	81
2	Paiement.....	81
2.1	Devise.....	81
2.2	Virement international.....	82
2.3	Monnaie électronique et cryptomonnaie	83
2.4	Effets de commerce	84
3	Financement	84
3.1	Crédit fournisseur	84
3.2	Crédit acheteur	85
3.3	Eurocrédit	86
3.4	Affacturation internationale.....	86
3.5	Crédit-bail international	87
4	Garanties.....	87
4.1	Crédit documentaire	88
4.2	Garantie autonome	89
4.3	Cautionnement	92
4.4	Clauses contractuelles	93
5	Assurance	93
5.1	Polices d'assurances couvrant les risques du commerce international	93
5.2	Règles de conflits en matière d'assurance.....	97
5.2.1	Règles de conflits de juridictions	97
5.2.1.1	Règles européennes de conflits de juridictions	97
5.2.1.2	Règles françaises de conflits de juridictions	98
5.2.1.3	Accords d'élection de for en matière d'assurance	98
5.2.2	Règles de conflits de lois.....	100
5.2.3	Définition des grands risques	101
LEÇON 9 - Faillite internationale.....		104
1	Introduction	104
2	Droit européen.....	106

2.1	Règles générales énoncées par le règlement	106
2.1.1	Champ d'application	106
2.1.1.1	Champ d'application matériel	106
2.1.1.2	Champ d'application dans l'espace.....	107
2.1.1.3	Champ d'application dans le temps	108
2.1.2	Règles de conflits de juridictions	109
2.1.3	Règles de conflits de lois.....	112
2.1.3.1	Principe : loi du pays d'ouverture	112
2.1.3.2	Exceptions : application ponctuelle d'autres lois ou de règles matérielles 114	
2.1.4	Mission du praticien de l'insolvabilité.....	117
2.1.5	Publicité des décisions relatives aux procédures d'insolvabilité	119
2.1.6	Procédure d'insolvabilité secondaires.....	122
2.1.7	Production des créances	131
2.1.8	Groupes de sociétés.....	133
2.2	Règles spécifiques à certaines entreprises.....	141
3	Droit français.....	142
3.1	Champ d'application du droit international privé français.....	142
3.2	Règles de conflits de juridictions	142
3.2.1	Compétence du juge français	143
3.2.2	Effet à l'étranger de la procédure d'insolvabilité ouverte en France	143
3.2.3	Effet en France d'une procédure d'insolvabilité ouverte à l'étranger.....	146
3.3	Règles de conflits de lois.....	147
3.3.1	Questions relevant de la <i>lex concursus</i>	147
3.3.2	Questions relevant d'autres lois	147
	LEÇON 10 - Droit international des investissements	149
1	Introduction	149
2	Origine et évolution.....	151
2.1	Protection des biens des étrangers comme des biens des nationaux	151
2.2	Remise en cause de cette approche traditionnelle	152
2.2.1	Révolution russe.....	152
2.2.2	Nationalisations mexicaines.....	153
2.3	L'émergence d'un standard minimal international	153
2.4	La remise en cause du standard minimum	154
2.5	Apaisement au tournant des années 1990	154
3	Sources du droit des investissements	155
3.1	Les instruments internationaux	155

3.1.1	Les traités de protection des investissements.....	155
3.1.2	Les projets de traités universels	158
3.1.3	La convention de Washington.....	159
3.1.4	Les instruments de la CNUDCI	160
3.1.5	Les instruments européens	160
3.2	La coutume internationale.....	161
3.3	Les principes généraux du droit	161
3.4	Les normes étatiques	162
3.5	Les sentences arbitrales.....	163
4	Enjeux actuels du droit des investissements	163
5	Principales notions	164
5.1	Investisseur.....	165
5.1.1	L'investisseur personne physique	165
5.1.2	L'investisseur personne morale.....	167
5.1.2.1	Critères d'identification de la nationalité	167
5.1.2.2	Personnes morales de droit public.....	169
5.2	Investissement	170
5.2.1.1	L'investissement au sens des traités de protection des investissements	170
5.2.2	L'investissement au sens de la convention CIRDI.....	172
5.3	Atteinte à l'investissement imputable à l'État d'accueil.....	173
5.4	Contrats d'États	174
6	Standards de protection	175
6.1	Protection en cas d'expropriation.....	175
6.1.1	Le droit d'exproprier	175
6.1.2	Les différentes formes d'expropriation	176
6.1.2.1	L'expropriation directe.....	177
6.1.2.2	L'expropriation indirecte.....	177
6.1.2.3	L'expropriation de droits contractuels	178
6.1.3	Droit à une indemnité.....	178
6.2	Traitement juste et équitable	179
6.2.1	Contenu	179
6.2.1.1	Stabilité et protection des attentes légitimes de l'investisseur	180
6.2.1.2	Respect d'une procédure équitable	182
6.2.1.3	Interdiction des mesures arbitraires ou discriminatoires.....	183
a	Mesures arbitraires	183
b	Mesures discriminatoires.....	184
6.2.2	Autonomie.....	184

6.2.2.1	Autonomie par rapport aux autres standards de protection contenus dans les traités	184
6.2.2.2	Autonomie par rapport au droit international coutumier	184
6.3	Pleine protection et sécurité	186
6.4	Clause du traitement national	187
6.5	Clause de la nation la plus favorisée	188
6.6	Autres dispositions	189
6.6.1	Admission de l'investissement	189
6.6.2	Accès au territoire de l'État d'accueil	192
6.6.3	Libre transfert	192
6.6.4	Préservation des droits que l'investisseur détient par ailleurs	193
6.6.5	Clause parapluie	193
6.7	Dérogations possibles	195
6.8	Recours de l'investisseur en cas de violation du traité	197
6.9	Réparation du préjudice	198
LEÇON 11	- Commerce international et guerre économique	200
Bibliographie sélective		202
Ouvrages généraux		202
Encyclopedies		202
Ouvrages spéciaux		202
Table des matieres		204