

Fiche 1

L'objet du droit du commerce international

- I. Le droit international privé, un droit national
- II. Le droit international privé, un droit supranational
- III. Le droit du commerce international

Définitions

Élément d'extranéité: Élément d'une situation juridique rattaché à un pays étranger.

Catégorie de rattachement: Nature juridique de la situation qui soulève un conflit de lois ou de juridictions.

Conflit de lois: Situation juridique se rattachant à plusieurs États, créant un conflit entre leurs ordres juridiques nationaux respectifs (ici appelés «lois») et exigeant le choix de l'un d'entre eux pour la régir.

Conflit de juridictions: Situation juridique se rattachant à plusieurs États, créant un conflit entre leurs ordres juridictionnels respectifs, exigeant de déterminer le ou les tribunaux compétents pour trancher les litiges.

Règle de conflit: Règle de droit international privé qui donne la solution d'un conflit de lois ou d'un conflit de juridictions.

Droit matériel ou **Droit substantiel:** Règles de droit qui donnent la solution au fond du litige.

Forum shopping: Attitude d'un demandeur consistant à choisir la juridiction devant laquelle il engage son action en fonction des meilleures chances de succès qu'il espère y trouver.

Loi compétente: Droit national désigné par la règle de conflit pour régir un rapport de droit international.

Loi uniforme: Convention internationale contenant le droit matériel applicable.

For: Juridiction devant laquelle a été introduite une instance, qu'elle soit ou non compétente.

Juridiction compétente: Juridiction devant laquelle doit être introduite l'instance en raison de la matière (compétence *ratione materiae* ou compétence d'attribution) ou de son siège (compétence *ratione loci* ou compétence territoriale).

Droit primaire: Ensemble des traités fondateurs, modificatifs et d'adhésion des Communautés européennes et de l'Union européenne.

Droit dérivé: Ensemble des actes contraignants (règlements, directives, décisions) ou non (résolutions, déclarations, recommandations) émanant des institutions de l'Union européenne.

L'élément d'extranéité. L'étudiant qui entreprend des études de droit aborde la discipline comme si le monde s'arrêtait à ses frontières. Il sait bien que chaque État souverain a son propre ordre juridique, mais cette certitude acquise, elle est aussitôt reléguée au profit de l'hypothèse tacite selon laquelle tout se passe à l'intérieur du territoire national, ce qui est pourtant chaque jour moins vrai.

Et si tout ce qu'il a si durement appris devenait inutile? L'auteur du trouble, c'est l'élément d'extranéité. Voici que dans une situation juridique quelque chose vient de l'étranger: l'objet du contrat, sa langue, son lieu de conclusion ou d'exécution, la survenance d'un fait juridique, le lieu où un dommage est subi, la nationalité des personnes impliquées, leur domicile ou leur résidence, le siège d'un registre public, *etc.* et cet élément perturbateur dissipe les repères, sème le doute sur la loi nationale applicable, entraîne parfois l'application d'un droit étranger, qui laisse le juriste désemparé, comme profane à la matière.

Droit international et droit comparé. Le droit international n'a naturellement pas pour vocation, pour y suppléer, d'appréhender le contenu matériel de tous les droits étrangers, le droit comparé lui-même ne l'envisage pas vraiment, qui les a bien pour objet d'étude, mais afin d'en dégager des principes généraux du droit ou de les confronter pour favoriser l'émergence de règles nouvelles supposées préférables aux anciennes, non pour renseigner sur leur expression normative.

Le droit international privé s'intéresse aux relations internationales entre les personnes privées. Mais ce qui le préoccupe, c'est de replacer le juriste sur une terre ferme, un ordre juridique national clairement identifié, c'est du moins ce qui caractérise l'approche conflictualiste de la discipline: **dissoudre l'internationalité (I)**.

À la vérité, ce n'est pas toujours exact. Une autre démarche existe aussi, qui cherche à effacer jusqu'au conflit lui-même en imposant **un ordre juridique uniforme supranational (II)**.

Le droit du commerce international. Quant au droit du commerce international, c'est un puzzle de pièces disjointes dont les contours sont assez mal définis **(III)**.

I. Le droit international privé, un droit national

La souveraineté. La présence d'un élément étranger dans un rapport de droit ne compromet pas la souveraineté des États. Chacun d'eux répond aux problèmes

juridiques qu'il pose avec ses propres instruments, ses lois, ses règlements, ses usages, sa jurisprudence, de sorte qu'au premier regard, le droit *international* privé apparaît comme un droit *national* traitant de situations internationales.

Nationalité et condition des étrangers. C'est naturellement vrai lorsqu'il s'agit de reconnaître aux individus la nationalité, ou de définir la condition des étrangers, les droits qui leur sont reconnus sur le territoire national, les devoirs qui leur sont imposés **(B)**.

Conflits de lois et de juridictions. Mais il en est encore ainsi lorsqu'il s'agit de trancher les conflits de lois ou de juridictions **(A)**.

Des solutions spécifiques. Si la résolution du conflit de lois redonne au droit national compétent la place que lui disputait la dimension internationale, le droit interne retient néanmoins parfois des solutions spécifiques aux situations internationales **(C)**.

A. Un droit des conflits

Conflits de lois et de juridictions. Tout rapport de droit international, et par conséquent, par hypothèse, toute opération du commerce international, pose deux questions :

Parmi les différents droits nationaux des pays ayant un lien avec la situation juridique, quel est celui qui la régit ? C'est la question du conflit de lois.

Les juridictions duquel de ces pays seront compétentes pour trancher les contentieux nés de cette situation juridique ? C'est la question du conflit de juridictions.

Le droit international privé est alors défini comme l'ensemble des règles de droit, appelées règles de conflit, qui permettent de répondre à ces deux questions.

La règle de conflit de juridictions peut toutefois être regardée comme une règle substantielle, puisqu'elle ne renvoie pas à une loi nationale pour décider de la compétence de la juridiction saisie. Mais, de même que la règle de conflit de lois identifie une loi nationale, celle de conflit de juridictions renvoie à une juridiction nationale, elle ne dessaisit pas les juridictions des pays concernés au profit d'un ordre juridictionnel supranational.

Dans les deux cas, il s'agit d'opérer un choix entre deux ordres juridiques nationaux que la relation internationale a mis en conflit, pour appliquer, devant leurs juridictions ordinaires, les mêmes solutions qui auraient été retenues s'il s'était agi d'une situation interne de l'un d'entre eux. Le droit international privé, pour aussi complexe qu'il puisse être, et occuperait-il la meilleure part du débat judiciaire, ne fait jamais que régler le problème de la frontière. Il laisse ensuite le procès, en définitive, à son point initial, la question de fond restant tout entière à trancher.

Des conflits autonomes. Les deux questions posées, celle de la loi et celle de la juridiction compétentes, sont autonomes. Si le dépeçage est parfois admis, qui,

pour une même situation juridique, désigne des droits différents selon la question posée, la règle de conflit de lois désigne en principe un seul droit national selon la catégorie de rattachement (matière contractuelle, matière délictuelle, état des personnes, *etc.*) et les critères de rattachement mis en œuvre.

Mais pour une même catégorie de rattachement, une même situation juridique, la juridiction compétente ne sera pas nécessairement la même selon la partie qui prend l'initiative du procès, selon l'obligation litigieuse, *etc.*, des options sont souvent offertes au demandeur entre les tribunaux de plusieurs pays différents.

Chacun de ces deux conflits obéit à ses propres critères de rattachement, de sorte que la loi compétente ne sera pas toujours celle du juge compétent.

Sous certaines réserves. Cependant, les États fixent librement leurs propres règles de conflit. Le tribunal saisi (appelé le *for*), lorsqu'il s'estimera compétent, appliquera au conflit de lois les règles de conflit de son propre droit international privé, en sorte que la solution du conflit de juridictions exercera indirectement une influence sur celle du conflit de lois, puisque la loi compétente sera désignée par la règle de conflit du *for*.

C'est une des raisons du *forum shopping*. Le demandeur bénéficiant d'une option entre plusieurs juridictions peut comparer les solutions qui seraient apportées selon le choix opéré, et engager son action devant le tribunal devant lequel la loi applicable lui paraîtra la plus favorable.

B. Nationalité et condition des étrangers

Dans la conception française, le droit international privé englobe par ailleurs deux matières étrangères aux questions de conflit de lois et de juridictions: la condition des étrangers et la nationalité.

Cette dernière a été considérée par la Cour de cassation comme une institution de droit public (Cass. 2 févr. 1921, D. 1921.I.1.), et ces deux matières intéressent davantage les rapports entre les États et les personnes privées que ceux de ces dernières entre elles, si bien que cette extension de la matière a pu être critiquée.

Mais elles ne concernent pas les relations entre les États, qui seules intéressent le droit international public. Il s'agit de trancher des questions relatives aux droits des personnes privées tels qu'ils sont affectés par l'existence des frontières, par un monde multinational. C'est donc un droit national intéressant les personnes privées confrontées à l'international. On peut y voir la définition même du droit international privé.

Il est néanmoins d'usage, et pratique, d'opposer les règles de droit international privé aux règles de droit matériel, en assignant aux premières la seule résolution des conflits de lois et de juridictions, aux secondes la résolution des litiges au fond.

C. Des règles nationales spécifiques aux situations internationales

La méthode des règles matérielles. Le principe de la méthode conflictualiste consiste, une fois désignée la loi nationale compétente, à faire omission du caractère international de la situation.

Le droit national tient cependant lui-même compte du caractère international d'un rapport de droit pour appliquer des solutions différentes de celles qu'il applique aux contentieux purement internes. Il pose alors des règles matérielles qui régissent la situation internationale.

Procédure et exécution des jugements. Dans certains cas, il ne saurait en être autrement. Il faut bien que le droit du for dise comment l'on cite à comparaître devant un tribunal national une personne résidant à l'étranger, ou comment l'on met en œuvre les voies d'exécution sur le territoire national pour un jugement rendu par une juridiction étrangère.

Arbitrage. Mais dans d'autres hypothèses, la loi distingue, sinon sans raison, du moins sans nécessité. Le droit français de l'arbitrage, par exemple, comporte des dispositions applicables à l'arbitrage interne (arts. 1442 à 1503 C. proc. civ.), et d'autres à l'arbitrage international (arts. 1504 à 1527 C. proc. civ.).

Des solutions prétoriennes. La jurisprudence apporte aussi sa contribution à ce phénomène. La clause attributive de compétence, qui, aux termes de l'article 48 du code de procédure civile, n'est admise qu'entre commerçants, est néanmoins jugée valable dans les relations internationales entre des parties non commerçantes.

Elle s'appliquera par ailleurs en cas d'appel en garantie, alors qu'en droit interne, l'article 333 du code de procédure civile autorise le défendeur principal à appeler un tiers en intervention forcée devant le tribunal saisi de l'action principale, malgré l'existence d'une clause attribuant la compétence à une autre juridiction.

La clause or, ou valeur-or, n'est admise que dans les relations internationales (Cass. civ., 21 juin 1950, Rev. crit. DIP 1950, 609). Les exemples pourraient être multipliés, mais ils restent marginaux.

II. Le droit international privé, un droit supranational

Un esperanto juridique. On ne saurait pourtant réduire le droit international privé aux seuls efforts visant à ignorer l'internationalité, à résoudre les conflits de lois et de juridictions pour assimiler les situations juridiques internationales aux nationales, pour leur appliquer, sous réserve de rares variantes, les solutions du droit national compétent.

Bien au-delà de simples conventions internationales accordant les États sur des règles de conflit communes, l'idée d'un ordre juridique supranational, d'un *esperanto*

juridique qui dispenserait de recourir aux lois nationales en conflit pour leur substituer des règles matérielles uniformes, se concrétise en effet chaque jour davantage à mesure que les relations internationales, en s'intensifiant, se banalisent.

Ordres juridiques supranationaux, lois uniformes et *lex mercatoria*. Entre l'expérience d'ordres juridiques supranationaux **(A)** et les simples lois uniformes résultant de conventions internationales dans certaines matières **(B)**, on voit se dessiner, plus ou moins nettement selon les observateurs, un véritable droit international qui s'émancipe de la tutelle des nations, la *lex mercatoria* **(C)**.

A. Des ordres juridiques supranationaux

L'OMC. Une tentative remarquable, mais encore embryonnaire, d'ordre juridique supranational, a été, en matière d'harmonisation des tarifs douaniers, la création de l'Organisation mondiale du commerce (OMC, cf. fiche 3).

L'Union européenne. Mais la plus aboutie est incontestablement l'institution des Communautés européennes puis de l'Union européenne. L'ordre juridique communautaire (désormais de « l'Union européenne ») est organisé par des traités qui forment le droit primaire, mais qui ont créé des institutions admises à produire elles-mêmes des règles de droit contraignantes, le droit dérivé, sans recueillir l'accord unanime des États membres, au contraire du principe qui régit les relations internationales entre les États.

Le modèle conçu est comparable à celui des États :

- **Le législatif.** Appelé Conseil des ministres, avec le concours du Parlement, le Conseil exerce le pouvoir législatif, en adoptant soit des règlements, instruments d'intégration qui s'incorporent au droit interne des États membres, y bénéficiant de l'applicabilité directe et de la primauté sur les lois nationales contraires ; soit des directives, instruments d'harmonisation qui imposent aux États membres d'intégrer dans leur droit national un certain nombre de règles communes à tous les États de l'Union.
- **L'exécutif.** C'est la Commission européenne qui exerce le pouvoir exécutif.
- **Le judiciaire.** Il n'y a pas à proprement parler de pouvoir judiciaire, le droit communautaire étant directement appliqué par les juridictions nationales, mais la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) est chargée d'interpréter le droit communautaire, sur question préjudicielle des juridictions nationales, conformément aux dispositions de l'article 267 du TFUE, et de sanctionner les États membres qui ne s'y conforment pas, dans le cadre des actions en manquement engagées contre eux par la Commission, conformément aux articles 258 à 260 du TFUE.
La « Cour de justice » comprend la CJUE et le Tribunal de Première Instance.
- **Le politique.** Le Conseil européen, qui réunit les chefs d'État ou de gouvernement de l'Union et définit les orientations générales et les priorités politiques, a ensuite ajouté une dimension politique à ce qui n'était auparavant qu'un marché commun, et qu'on appelle désormais « marché intérieur ».

La démarche est néanmoins déjà si élaborée, qu'elle s'éloigne de la matière du droit international privé si l'on considère qu'il s'agit bien plutôt d'un processus latent de fédéralisation, qui efface (?) les frontières intérieures, produit une monnaie unique, et dans lequel le terme «étranger» lui-même, consubstantiel au droit international, est réservé aux ressortissants des pays tiers à l'Union européenne, au sein de laquelle est désormais instaurée une citoyenneté européenne qui se superpose à la citoyenneté nationale des ressortissants des États membres.

B. Des lois uniformes

Des instruments uniformes. Par voie de conventions internationales, les États, plus ou moins nombreux selon le cas, ont fixé, dans bien des domaines, des règles de droit international privé au sens de règles de conflit. Mais, pour certaines matières, assez rares quoique non négligeables, ils se sont également accordés sur un régime juridique substantiel commun.

Qui se substituent aux droits nationaux. Dans le champ matériel de ces conventions, aucun des droits nationaux des pays signataires n'est plus compétent, la situation juridique étant directement soumise aux règles de droit matériel uniformes figurant dans la convention elle-même et régissant le fond du litige (on parle cependant aussi parfois de règles uniformes de conflit), comme le ferait un règlement européen, à ceci près que les conventions internationales ne sont pas d'application directe et doivent donc être régulièrement ratifiées par le législateur national pour jouir de la primauté sur les lois internes (art. 55 Constitution).

La terminologie peut en la matière prêter à confusion, puisque l'on parle de règles matérielles *de droit international privé*. Mais ce qu'il faut retenir, c'est que ces conventions opèrent comme des lois uniformes, au sens où elles offrent un régime juridique supranational commun aux États adhérents.

Peu nombreux mais importants. Si elles sont peu nombreuses, certaines d'entre elles occupent une place privilégiée dans la vie des affaires internationales, particulièrement la convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises (CVIM, cf. fiche 8) ou la convention de Genève du 19 mai 1956 relative au contrat de transport international de marchandises par route (dite C.M.R., cf. fiche 9).

D'autres conventions importantes sont entrées en vigueur mais n'ont pas été signées ou ratifiées par la France, comme la convention des Nations unies du 23 novembre 2005 sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (cf. fiche 11), ou la convention de New York du 14 juin 1974 sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (cf. fiche 20).

C. La *lex mercatoria*

Un ordre juridique supranational autonome. On peut encore envisager de s'exonérer non seulement des ordres juridiques nationaux, mais encore des États eux-mêmes, en cherchant la règle de droit applicable aux relations internationales privées dans un ordre juridique supranational autonome, n'émanant d'aucune autorité normative, pas plus nationale qu'intergouvernementale.

Des usages. La source *anationale* du droit international détermine alors son objet. On songe aux usages (cf. fiche 2), si nombreux qu'il serait vain de prétendre en faire l'inventaire, même s'ils comptent quelques « têtes d'affiche », comme les incoterms ou les règles et usances uniformes de la CCI relatives aux crédits documentaires (cf. fiche 12).

Encore faut-il que lorsqu'ils sont invoqués devant les juridictions étatiques leur soit reconnue force obligatoire, ce qui est généralement le cas en matière internationale.

Des sentences. On pense encore aux sentences arbitrales (cf. fiche 22), jurisprudence privée qui détache la matière des États jusque dans son versant juridictionnel, et qui est donc la plus à même de contribuer à l'émergence d'un ordre juridique transnational autonome.

Des PGD. On y compte également les principes généraux du droit, encore que, trouvant leur origine dans la convergence des droits nationaux plutôt que dans leur négation, on ne peut pas vraiment dire qu'ils en soient tout à fait détachés.

Une *lex mercatoria*. Cet ensemble relativement vague de règles, parmi d'autres plus ou moins controversées, forme ce qu'il est convenu d'appeler *lex mercatoria*, la loi des marchands, de sorte qu'il est surtout défini, au-delà de la spécificité de ses sources, par la nature corporative de son contenu : du droit du commerce international.

III. Le droit du commerce international, puzzle de pièces disparates

Du droit international privé. Le commerce international étant, par hypothèse, international, il se caractérise par l'existence d'éléments d'extranéité qui placent au sein des préoccupations premières du droit qui lui est consacré les questions qui forment le droit international privé.

Mais ce dernier concerne toutes les disciplines juridiques, toutes les situations dans lesquelles tout ne se passe pas à l'intérieur des mêmes frontières, qu'il s'agisse de droit commercial comme de droit de la famille (mariage, filiation, succession), de droit du travail, de droit de la consommation, *etc.* et, dans son acception la plus commune, il ne s'intéresse qu'à la résolution des conflits de lois ou de juridictions.

Mais pas seulement. Le droit du commerce international est quant à lui l'ensemble des règles, qu'elles soient de droit international privé ou de droit matériel, qu'elles soient nationales ou internationales, qui régissent les opérations du commerce international, les relations d'affaires qui dépassent le cadre d'un seul pays.