

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

LES INCOTERMS DE LA CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE ET LES TERMES
DE VENTE DU CODE DE COMMERCE UNIFORME (*UCC-A2*): ÉTUDE ET ANALYSE

MÉMOIRE
PRÉSENTÉ
COMME EXIGENCE PARTIELLE
DE LA MAÎTRISE EN DROIT

PAR
ANTOINE HELOU

Février 2006

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL
Service des bibliothèques

Avertissement

La diffusion de ce mémoire se fait dans le respect des droits de son auteur, qui a signé le formulaire *Autorisation de reproduire et de diffuser un travail de recherche de cycles supérieurs* (SDU-522 – Rév.01-2006). Cette autorisation stipule que «conformément à l'article 11 du Règlement no 8 des études de cycles supérieurs, [l'auteur] concède à l'Université du Québec à Montréal une licence non exclusive d'utilisation et de publication de la totalité ou d'une partie importante de [son] travail de recherche pour des fins pédagogiques et non commerciales. Plus précisément, [l'auteur] autorise l'Université du Québec à Montréal à reproduire, diffuser, prêter, distribuer ou vendre des copies de [son] travail de recherche à des fins non commerciales sur quelque support que ce soit, y compris l'Internet. Cette licence et cette autorisation n'entraînent pas une renonciation de [la] part [de l'auteur] à [ses] droits moraux ni à [ses] droits de propriété intellectuelle. Sauf entente contraire, [l'auteur] conserve la liberté de diffuser et de commercialiser ou non ce travail dont [il] possède un exemplaire.»

REMERCIEMENTS

Je dois cette recherche à :

M. Philippe Fortin, qui m'a proposé le sujet de ce travail, introduit au Code de commerce uniforme, guidé de ses conseils et de son expérience, et sans lequel je n'aurais pu mener à bien cette étude,

Me. Ann E. Mickey à Washington D.C. pour avoir mis à ma disposition ainsi que pour m'avoir envoyé tous les documents relatifs à l'affaire *Bharat Salt Refineries, Ltd v. Allied International Marketing Corporation*, déposés auprès du " *United States District Court for the Eastern District of Virginia*",

Carmen mon épouse, pour son appui inconditionnel.

Je voudrais remercier également

les instances et personnes rattachées au programme de maîtrise en droit, pour leur délicate approche,

Mme Simone Moutamara, Assistante à la gestion du programme de maîtrise en droit, pour ses multiples attentions,

l'équipe de la bibliothèque des sciences juridiques, en particulier, Mme Liette Moreault et M. Jean-Paul Reid, pour leur disponibilité et leur soutien dans les techniques de recherches juridiques.

TABLE DES MATIÈRES

LISTE DES TABLEAUX.....	ix
LISTE DES ABRÉVIATIONS.....	xi
RÉSUMÉ.....	xiii
CHAPITRE INTRODUCTIF.....	1
A- Le cadre de l'étude.....	2
B- Le lien causal entre les dispositions du Code et l'application de l'usage international, le coeur du sujet.....	4
C- Schéma de ce qui pourrait être la transaction internationale parfaite.....	5
1- Configuration d'une opération de vente internationale de marchandises, Le déclenchement de la phase contractuelle.....	6
2- Les différentes étapes de la phase contractuelle.....	6
D- Deux institutions différentes: Démonstration basée sur un cas emprunté à la jurisprudence américaine.....	12
1- Le cas <i>Bharat Salt Refineries Ltd. v. Allied International Marketing Corporation</i> , Civil Action No 99 CV 1079-A, US District Court for the Eastern District of Virginia, January 7, 2000. (voir app. B.1, p.130).....	12
a- Les stipulations de la lettre de crédit, ouverte par l'acheteur résidant aux États-Unis, dont fait référence la décision du tribunal.....	13
b- La décision du tribunal.....	13
Dans les faits.....	13
Dans les allégations des parties comme mentionnées dans la décision du tribunal.....	13
Dans les termes de la sentence.....	14
c- Observations supplémentaires relatives au cas sus-mentionné.....	15
Le cheminement de ce travail.....	17
PREMIÈRE PARTIE	
LES TERMES DE VENTE, UNE PRATIQUE CONTRACTUELLE DE LA VENTE INTERNATIONALE.....	18

CHAPITRE I	
DÉFINITION ET RÔLE DES TERMES DE VENTE DANS LE CONTRAT DE VENTE INTERNATIONALE DE MARCHANDISES.....	19
SECTION I	
LES TERMES DE VENTE DE LA CCI.....	20
1.1.1 Les quatre familles des Incoterms 2000.....	21
1.1.2 La définition de chacun des treizes Incoterms.....	22
1.1.3 La division des responsabilités respectives des parties en dix obligations.....	23
SECTION II	
LES TERMES DE VENTE L'ARTICLE 2 DU CODE DE COMMERCE UNIFORME.....	24
1.2.1 Le Code de commerce uniforme (<i>Uniform Commercial Code-UCC</i>).....	24
1.2.2 L' <i>Article 2</i> du Code de commerce uniforme portant sur le contrat de vente de marchandises (<i>UCC-Article 2 Sales</i>).....	25
1.2.3 Quelques particularités techniques propres aux <i>Sections</i> du Code.....	26
1.2.4 Les dispositions des <i>Sections</i> 2-319 à 2-324 de l' <i>Article 2</i> du Code portant sur les termes de vente.....	26
CHAPITRE II	
LE DOUBLE ENJEU DU DROIT ET DE L'USAG DANS L'APPLICATION DES TERMES DE VENTE.....	33
SECTION I	
LES INCOTERMS DANS LE CONTRAT DE VENTE INTERNATIONAL DE MARCHANDISES.....	33
2.1.1 La nature juridique des Incoterms.....	33
2.1.2 Les Incoterms dans le contrat de vente internationale de marchandise.....	35
2.1.3 La question des obligations non réglées par les Incoterms.....	36
2.1.4 Les lois applicables aux contrats et obligations inhérents à l'exécution du contrat de vente, que les Incoterms ne réglementent pas.....	38

SECTION II

LES DISPOSITIONS DE L'ARTICLE 2 : UNE PORTE D'ACCÈS À L'APPLICATION DES USAGES DE COMMERCE À CARACTÈRE INTERNATIONAL, LES INCOTERMS.....	39
--	----

2.2.1 Les fondements de la construction doctrinale.....	40
2.2.2 Les usages , le Code et La Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises.....	43
2.2.3 Le pouvoir des parties de choisir la loi applicable au contrat: les dispositions de la <i>Section</i> 1-105.....	44

DEUXIÈME PARTIE

LES OBLIGATIONS RÉGLEMENTÉES PAR LES INCOTERMS ET PAR LES DISPOSITIONS DES TERMES DE LIVRAISON DE L'ARTICLE 2 DU CODE, LES ASPECTS JURIDIQUES ET TECHNIQUES.....	50
--	----

CHAPITRE I

L'ÉTUDE COMPARATIVE DES TROIS OBLIGATIONS PRINCIPALES CONSTITUENT DE CHAQUE TERME DE VENTE, LA LIVRAISON, LE TRANSFERT DE RISQUE, CONFORMITÉ DE MARCHANDISE OPÉRANT PAIEMENT.....	51
---	----

SECTION I

LA LIVRAISON ET LE TRANSFERT DE RISQUE DANS LES INCOTERMS ET LES TERMES DE LIVRAISON DU CODE.....	51
1.1.1 L'analyse du fondement juridique de la notion de "livraison" dans les Incoterms.....	54
1.1.2 L'analyse du fondement juridique de la notion "transfert de risque" dans les Incoterms....	56
1.1.3 La livraison et le transfert de risque dans le Code, conditions d'approche.....	60
1.1.4 La livraison dans Le Code.....	63
1.1.5.Le transfert de risque.....	71

SECTION II

LES OBLIGATIONS RESPECTIVES DES PARTIES RELATIVEMENT AU PAIEMENT DU PRIX ET LA CONFORMITÉ DE LA MARCHANDISE AU CONTRAT.....76

1.2.1 La conformité de la marchandise, objet de l'obligation A1 des Incoterms.....76

Le paiement du prix, objet de l'obligation B1 des Incoterms

Les Incoterms et les modalités de paiement les plus usuelles.

1.2.2 La conformité de la marchandise dans l'Article 2.....78

Le paiement du prix dans les termes de vente du Code

CHAPITRE II

LES AUTRES OBLIGATIONS INHÉRENTES AUX TERMES DE VENTE ET QUI SONT À CONNOTATION JURIDIQUE ET OPÉRATIONNELLE.....83

SECTION I

LES OBLIGATIONS RESPECTIVES DES PARTIES RELATIVEMENT À L'OBTENTION DES LICENCES ET AUTORISATIONS, ET À L'ACCOMPLISSEMENT DES FORMALITÉS DOUANIÈRES.....83

2.1.1 Le rôle des obligations A2 et B2 des Incoterms.....83

2.1.2 La répartition des obligations relatives à l'obtention des licences, des autorisations et à l'accomplissement des formalités douanières à l'export et à l'import dans les termes de livraison de l'Article 2 du Code.....85

SECTION II

LES OBLIGATIONS RESPECTIVES DES PARTIES RELATIVEMENT AU TRANSPORT ET À L'ASSURANCE.....96

2.2.1 Les Incoterms et le contrat de transport.....96

2.2.2 Le Code et les obligations de transport et d'assurance.....100

SECTION III

LES OBLIGATIONS RESPECTIVES DES PARTIES RELATIVEMENT À LA RÉPARTITION DES FRAIS.....104

2.3.1 La répartition des frais dans les Incoterms.....104

2.3.2 La répartition des frais dans le Code.....	107
--	-----

SECTION IV

LES OBLIGATIONS RESPECTIVES DES PARTIES RELATIVEMENT À L'ENVOI D'UN AVIS.....	108
---	-----

2.4.1 L'obligation de donner un avis à l'autre partie dans les Incoterms.....	108
---	-----

2.4.2 L'obligation de donner un avis à l'autre partie dans le Code.....	111
---	-----

SECTION V LES OBLIGATIONS RESPECTIVES DES PARTIES RELATIVEMENT À LA PREUVE DE LA LIVRAISON.....	112
---	-----

2.5.1 La preuve de la livraison dans les Incoterms.....	112
---	-----

2.5.2 La preuve de la livraison dans les termes du Code.....	115
--	-----

SECTION VI

LES OBLIGATIONS RESPECTIVES DES PARTIES RELATIVEMENT À LA VERIFICATION, L'EMBALLAGE, LE MARQUAGE ET À L'INSPECTION DE LA MARCHANDISE.....	117
---	-----

2.6.1 La vérification le conditionnement et l'inspection de la marchandise dans les Incoterms.....	118
--	-----

2.6.2 La vérification le conditionnement et l'inspection de la marchandise dans le Code.....	119
--	-----

SECTION VII

LES OBLIGATIONS RESPECTIVES DES PARTIES RELATIVEMENT AUX COÛTS POUR SERVICE ET ASSISTANCE.....	121
--	-----

2.7.1 Les obligations relatives aux coûts pour service et assistance dans les Incoterms.....	121
--	-----

2.7.2 Les frais divers et les termes de vente de l'A2.....	121
--	-----

CONCLUSION.....	122
-----------------	-----

Appendice I.....	125
------------------	-----

Appendice II.....	130
-------------------	-----

Bibliographie.....	137
--------------------	-----

Annexe I

Le Code de Commerce Uniforme de l'État de Tennessee

Les Sections 47-2-319; 47-2-323; 47-2-325; 47-2-401 du Code de Commerce Uniforme de l'État de Tennessee

Annexe II

Uniform Laws Annotated: Uniform Commercial Code, Article 2

Les Sections 1-102; 1-105; 1-201; 1-205; 2-301; 2-401; 2-319; 2-320; 2-321; 2-322; 2-323; 2-401; 2-501; 2-503; 2-504; 2-509 de l'Article 1 et de l'Article du Code de Commerce Uniforme

LISTE DES TABLEAUX

Chapitre Introductif

Tableau I.1	Lettre de l'acheteur demandant la facture pro forma.....	p.8
Tableau I.2	Facture pro forma adressé par le vendeur.....	p.9
Tableau I.3	Lettre d'ordre de commande adressée par l'acheteur.....	p.10
Tableau I.4	Lettre de crédit confirmée irrévocable.....	p.11

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE I

Tableau 1.1	Les quatre groupes des Incoterms.....	p.21
Tableau 1.2	Les définitions des termes de vente.....	p.22
Tableau 1.3	Les obligations respectives du vendeur et de l'acheteur.....	p.23
Tableau 1.4	Les termes de vente de l'Article 2 Code.....	p.29
Tableau 1.5	Variation dans les vente C.I.F. ou C.& F. : Paiement à l'arrivée, Poids net débarqué, Qualité délivrée.....	p.30
Tableau 1.6	Répartition des Incoterms et des termes de l'A2 en fonction des deux contrats à expédition et à destination.....	p.31

CHAPITRE II

Tableau 2.1	Les quatre catégories d'obligations réglementées par les Incoterms.....	p.36
-------------	---	------

DEUXIÈME PARTIE

CHAPITRE I

Tableau 1.1	Les obligations respectives des parties réparties en 10 articles.....	p.51
Tableau 1.2	L'obligation de livraison dans les Incoterms.....	p.55
Tableau 1.3	La livraison dans les contrats à expédition, l'application de la §2-504.....	p.68
Tableau 1.4	La livraison dans les contrats à destination, l'application de la §2-503.....	p.70
Tableau 1.5	Les Sections 2-509(1)(a) et 2-504.....	p.73
Tableau 1.6	Le transfert de risque et les termes de vente à expédition.....	p.74

Tableau 1.7	Les Sections 2-509(1)(b) et 2-503.....	p.75
Tableau 1.8	Le transfert de risque et les termes de vente à destination.....	p.75
Tableau 1.9	Conditions générales commune aux Incoterms et aux termes de vente de l'A2.....	p.75
Tableau 1.10	Les modes de paiement conditionnés par l'obtention et la livraison d'un document par le vendeur.....	p.82

CHAPITRE II

Tableau 2.1	La répartition des obligations relativement au dédouanement, licence, formalités et autorisations dans les termes de vente de l'Article 2.....	p.95
Tableau 2.2	La répartition des obligations relativement au dédouanement, licence, formalités et autorisations dans les <i>Incoterms</i>	p.95
Tableau 2.3	Le transport et l'assurance dans les contrats à expédition et à destination.....	p.103
Tableau 2.4	Le transport et l'assurance dans les <i>Incoterms</i>	p.103
Tableau 2.5	La répartition des Coûts dans les <i>Incoterms</i>	p.106
Tableau 2.6	Distribution des frais.....	p.107
Tableau 2.7	De l'avis à donner à l'autre partie-les obligations A7 et B7 des <i>Incoterms</i>	p.110
Tableau 2.8	L'obligation d'adresser un avis dans les termes du Code.....	p.111
Tableau 2.9	La preuve de la livraison dans les <i>Incoterms</i>	p.115
Tableau 2.10	Preuve de livraison dans les termes du Code.....	p.117

LISTE DES ABBRÉVIATIONS, ET ACRONYMES

Am. Bus. L. J.....	American Business Law Journal
Am. J. Comp. L.....	American Journal of Comparative Law
Ark.L.Rev.....	Arkansas Law Review
Bus. Law.....	Business Lawyer
Bus L. Rev.....	Business Law Review
CCI.....	Chambre de Commerce International
Chi J. Int'l L.....	Chicago Journal of International Law
Colum. L. Rev.....	Columbia Law Review
Corn Int'l L J.....	Cornell International Law Journal
Del. L. Rev.....	Delaware Law Review
Harv Int'l L J.....	Harvard International Law Journal
Int'l Bus. Law.....	International Business Lawyer
Int'l Law.....	International Lawyer
Int'l Tax & Bus.Law.....	International Tax & Business Lawyer
J. Int'l L.....	Journal of International Law
La Convention.....	<i>Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Conclue à Vienne le 11 Avril 1980)</i>
Loy. L. Rev.....	Loyola Law Review
Md L Rev.....	Maryland Law Review
U. Miami Inter-Am. L. Rev.....	University of Miami Inter-American Law Review
Nw. U. L J.....	Northwestern University Law Journal
N.Y. Int'l L. Rev.....	New York International Law Review
N.Y.U.L. Rev.....	New York University Law Review
Pac. Int'l L. Rev.....	Pace International Law Review
Tex.Int'l L.J.....	Texas International Law Journal
Tul.L Rev.....	Tulane Law Review
UCC.....	Uniform Commercial Code

U Det. L. Rev..... University of Detoit Law Review

U. Ill. L.F.....University Of Illinois Law Forum

U Pen L. Rev.....University of Pennsylvania Law Review

U. Pitt. L. Rev.....University of Pittsburgh Law Review

Va. J. Int'l L.....Virginia Journal of International Law

RÉSUMÉ

La conclusion d'un contrat de vente internationale de marchandises est basée sur le principe de la liberté contractuelle. À cet effet, les lois nationales permettent aux parties de choisir les règles de droit ou encore l'usage international applicable à leur contrat.

Il est courant dans ce genre d'activité mercantile pour les contractants d'insérer un Incoterm, contrat de vente-type élaboré par la Chambre de commerce internationale, connu aussi par terme de vente, dans leur transaction en vue de réglementer leurs obligations respectives surtout celles portant sur la livraison de la marchandise, le transfert des risques ainsi que sur la répartition des frais et des coûts.

Cependant, la pratique montre que lorsqu'une des parties au contrat réside aux États-Unis, et que la référence à l'Incoterm n'est pas précise et explicite, les contractants risquent de voir appliquer à leur contrat, par le juge du for américain, l'un des termes de vente énumérés par l'*Article 2* du Code de commerce uniforme; loi à caractère permissif, réglementant la vente des marchandises, d'application interne aux États-Unis et disposant surtout de termes de vente avec des acronymes similaires aux Incoterms mais d'affectation différente.

Cependant, la qualification d'usage international des Incoterms, le principe de la liberté contractuelle, la notion du choix de la loi applicable, la construction du Code favorisant l'interprétation des contrats en fonction de la volonté des parties et surtout des usages du commerce, les courants doctrinaux et la jurisprudence, l'étude détaillée des différentes obligations réglementées par les Incoterms et par les deux contrats à expédition et à destination dont dispose l'*Article 2*, doteront notre travail de tout le matériel nécessaire qui nous permettrait à la fin de cette étude de bien tracer les limites entre les deux institutions.

Le commerce international est une république sans territoire, sans gouvernement et sans pouvoir législatif.

Dr.Hans De Vries.¹

CHAPITRE INTRODUCTIF.

La majorité des ouvrages juridiques spécialisés dans le domaine du commerce international invitent à l'extrême prudence lors du recours aux *Incoterms*² à l'occasion de la conclusion d'un contrat de vente internationale de marchandises, vu le risque de confusion que présente leur usage imprécis avec les termes de livraison du Code uniforme de commerce,³ lorsque l'un des deux contractants est domicilié aux États-Unis⁴

¹ - Frédéric Eisemann, *Usages de la vente commerciale internationale, Incoterms: Aujourd'hui et demain*, Paris, Editions Jupiter, 1980, page 17.

² - Incoterms 2000, New York, ICC Publishing Corporation, ICC Publication No. 560, 1999.

³ - Uniform Laws Annotated, Uniform Commercial Code, Vol.2, St.Paul Minn.,West Publishing, 1989, updated 2003, en ligne à: <http://www.nccusl.org/nccusl/default.asp>; <http://lawschool.westlaw.com>; <http://www.law.upenn.edu/blj/ulc/ulc.htm>; <http://web.lexis.com/lawschoolreg/ca>; UCC2@aol.com.

⁴ - Pierre-Alain Gourion, Georges Peyrard, *Droit international du commerce*, 3ème éd., Paris, L.G.D.J. 2001, "La mention précise de l'Incoterm est absolument nécessaire lorsqu'une des parties a son établissement aux USA, puisque dans le Code commercial uniforme on fait référence à des termes dont le sens est différent, et qui sont de plus assez mal adaptés...", page 131.

- Jean Thieffry et Chantal Granier, *La vente internationale*, 2e éd. , Paris, Centre français du commerce extérieur, 1992, page 115, "Il est impérativement recommandé d'ajouter la mention "Incoterm" après le sigle en stipulant par exemple "FOB Incoterm".Sinon le terme utilisé pourrait être compris différemment et notamment selon le Code de Commerce Uniforme américain".

- Ralph H. Folsom, Michael Wallace Gordon, John A. Spanogle,Jr., "International Business Transactions", Second Edition, West Group, St. Paul, Minn.,2001, pp. 90 et 120, "...A current UCC term may not be applicable to a transaction covered by an Incoterm commercial term with a corresponding name. This difference of definitions creates many conflicts and confusions";

"If, however, U.S. law governs the contract and the parties have not expressly incorporated an *Incoterm*, it must be decided whether the UCC's definitions of trade govern or whether *Incoterms* are applicable as a usage of trade."

- Clayton P. Gillette and Steven D.Walt, "Sales Law Domestic and International", New York, Foundation Press, 2002, pp. 270-271 "... Other terms are used to shift the risk of loss at the seller's place of business, so that an "FOB, seller's place of business" term, possible under the UCC, would be an anomaly under Incoterms", page 271; "Under the current version of the UCC, several shipping terms are specifically defined to coincide with the risk of loss terms of section 2-509. As we will see, these terms may be inconsistent with their counterparts in international sales";

- IHawkland UCC Series § 2-319:7, "Article 2 Sales, Part 3., General Obligation and Construction of Contract", "American Employment of Qualified F.O.B. Terms contrasted with European Use": " In Europe and many other countries... special trade terms have been developed...this should be a matter of concern for American businesspeople in negotiating international sales contracts. It may be wise for them to use an Incoterm that express European practice..."; lire dans le même sens, IHawkland UCC Series § 2-319:2 "Confusion of Meaning of Mercantile Terms caused by Multiple Definitions", en ligne à: <http://lawschool.westlaw.com>.

Notons que La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises⁵ ne renferme aucune disposition relative aux termes de vente.⁶ Par conséquent, on ne s'y réfère qu'incidentellement lorsque le sujet l'exige, comme par exemple en traitant des usages de commerce.⁷ Partant de cette plate-forme, nous allons situer dans ce chapitre introductif le cadre de notre travail, exposer notre problématique, et indiquer par la suite le cheminement qui nous permettra de répondre aux questions soulevées tout au long de cette étude.

A-LE CADRE DE L'ÉTUDE

À la base de notre travail réside l'institution juridique du contrat de vente. Cet instrument d'échange de marchandises par excellence au niveau national se trouve, lorsqu'utilisé à un niveau international, nanti de dimensions plus complexes et plus enchevêtrées.⁸

C'est ainsi que ce contrat nommé,⁹ dont les composantes principales sont le prix, la livraison, et le transfert des risques, une fois utilisé dans un contexte supranational, embrasse de nouvelles proportions, à savoir: la présence des parties sur deux territoires différents, les lois nationales de chacun des deux contractants,¹⁰ les aléas que présente l'opération de transport extra frontalier,¹¹ la subtilité attachée aux deux obligations de livraison et de transfert de risque lors de l'exécution d'un contrat international, la référence à des institutions et des procédés juridico-commerciaux spécialisés comme celui de l'assurance, du crédit documentaire, du connaissement, de la facturation, et surtout du recours des parties aux termes de vente (F.O.B., C.I.F...)¹² pour définir l'étendue de leurs obligations respectives.

⁵ - *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises* (Conclue à Vienne le 11 Avril 1980), *Treaties Series, Treaties and International Agreements Registered or Filed and Recorded with the Secretariat of the United Nations*, Volume 1489, 1988, I. No. 25567, page 180; Guide to the CISG: <http://www.jura.uni-freiburg.de/ipri/cisg>. For an update on recent signatories voir, United Nations Treaties, en ligne à: <http://www.un.org/Depts/Treaty>; <http://www.cisg.law.pace.edu>.

⁶ - Harold J. Berman & Monica Ladd, "Risk of Loss or Damage in Documentary Transactions Under the Convention on the International Sale of Goods", *Cornell International Law Journal*, 21 CNL I L J 423, en ligne à: <http://lawschool.westlaw.com>

⁷ - U.C.C. § 1-205(2).

⁸ - Day & Griffin, "The Law of International Sales", 3rd Edition, Butterworths, LexisNexis, 2003, page 2

⁹ - L'article 1708 C.c.Q.: "La vente est le contrat par lequel une personne, le vendeur, transfère la propriété d'un bien à une autre personne, l'acheteur, moyennant un prix en argent que cette dernière s'oblige à payer...", *Code civil du Québec, Québec*, 10^{ème} éd., 2002-2003, page 568; Signalons que "le législateur québécois a retenu, dans le cadre de la réforme du Code civil, la qualification contractuelle de la vente", dans, Claude Emanuelli, *Droit International Privé Québécois*, Wilson & Lafleur Lté, 2001, pp. 266-267; Sur les contrats nommés voir aussi, Didier Lluellas, *Droit Québécois des obligations*, Volume 1, Les Éditions Thémis, Inc, 1998, page 60.

¹⁰ - Philippe Khan, *La vente commerciale internationale*, Paris, Librairie Sirey, 1961, pp. 2-3.

¹¹ - Day & Griffin, *op.cit.* note 8, page 2.

¹² - Robert Bradgate & Fidelma White, "Commercial Law, Legal Practice Course Guide", Oxford University Press, 2004, page 237.

En outre, ce genre de transactions revêt un caractère encore plus délicat et nuancé, voire conflictuel, lorsque l'un des contractants réside aux États-Unis, et que les parties stipulent dans leur contrat le recours à un terme de vente, en manquant de préciser si ce dernier est un *Incoterm* ou s'il relève des termes de vente cités par l'*Article 2* du Code Uniforme de Commerce; loi réglementant la vente des marchandises à l'échelle nationale américaine.

À cet égard, les règles d'interprétation des termes de vente citées par le Code ne sont pas toujours identiques à celles des *Incoterms* correspondants¹³ malgré la similarité de l'acronyme. Ainsi, lorsque les règles de conflit le justifient, le juge du for américain saisi n'hésitera pas à appliquer, comme nous le verrons, les termes de vente du Code au détriment des attentes contractuelles des parties exprimées par l'*Incoterm* inséré dans leur contrat.¹⁴ Par conséquent, non seulement les retombées pécuniaires sont parfois désastreuses pour l'une des parties, surtout si le nouveau terme appliqué change les conditions relatives à la livraison de la marchandise ou au transfert des risques, et même l'objectif du choix du terme perd sa raison d'être. C'est que lorsque les parties choisissent un terme de vente à leur contrat, en fonction du principe de la liberté contractuelle,¹⁵ elles cherchent à définir l'étendue de leurs engagements respectifs,¹⁶ et à protéger surtout leur intérêt des aléas reliés à l'exécution.¹⁷

Signalons enfin que le contexte juridique, évoqué dans les lignes précédentes, évolue constamment, en raison du dynamisme qui caractérise la nature économique du rapport contractuel qu'il gère. Par ailleurs, le pragmatisme distinguant l'activité commerciale internationale, la nature permissive des textes de loi concernés, et l'inclination des tribunaux surtout américains, contribuent à asseoir le rôle des usages de commerce dans l'interprétation des stipulations contractuelles,¹⁸ et à consolider la liberté

¹³ - John Spanogle, "Incoterms and UCC Article 2- Conflicts and Confusion", 31 Int'l Lawyer 111(1997), en ligne à: <http://lawschool.westlaw.com>; Alain Frécon, "Practical Considerations in Drafting F.O.B. Terms in International Sales", 3 Int'l Tax & Bus.Law 349 (1986).

¹⁴ - "*Bharat Salt Refineries Ltd v. Allied International Marketing Corporation*", Civil Action No. 99 CV 1079-A, US District Court for the Eastern District of Virginia, January 7, 2000.

¹⁵ - Larry A. DiMatteo, "The Law of International Business Transaction", Thomson, 2003, page 107; Folsom, Gordon, Spanogle, *op.cit.* note 4, page 14; Emanuelli, *op.cit.* note 9, page 267; Jean-Michel Jacquet, Philippe Delebecque, *Droit du Commerce International*, 2ème Édition, Paris, Dalloz, 2000, page 119; Vincent Heuzé, *La vente internationale de marchandises*, Droit uniforme, Paris, GLN Jolie, 1992, page 14;

¹⁶ - Gourion, Peyrard, *op.cit.* note 4, page 128

¹⁷ - Jan Ramberg, "ICC Guide to Incoterms 2000, The Essential Understanding and Practical Use", ICC. Publishing, Inc., ICC No. 620, New York, 1999, page 10.

¹⁸ - Folsom, Gordon, Spanogle, *op.cit.* note 4, pp. 13 et suiv. ;

- Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI), 33 Session New York 12 juin -7 juillet 2000. Les *Incoterms* de la CCI-Rapport du Secrétaire général I, Lettre datée du 28 février 2000, A/CN.9/479, en ligne à: <http://www.uncitral.org/french/sessions/unc-33/acnf9-479-f.pdf>;

Sur le concept d'usage de commerce voir: I Hawklund Uniform Commercial Code Series § 1-205:4, en ligne à: <http://lawschool.westlaw.com>;

des contractants dans le choix de la loi applicable à leur contrat.¹⁹ Il est évident que les usages de commerce qui intéressent particulièrement notre sujet sont les *Incoterms*²⁰.

B- LE LIEN CAUSAL ENTRE LES DISPOSITIONS DU CODE ET L'APPLICATION DE L'USAGE INTERNATIONAL, LE COEUR DU SUJET.

Comment peut-on justifier le rapport entre le Code, loi américaine d'application interne, et les *Incoterms* de la CCI?

Le Code est basé sur le principe de la liberté contractuelle.²¹ Son objectif est de permettre un développement continu des pratiques de commerce²² par l'intermédiaire, entre autres, de l'usage.²³

Les dispositions de cette loi sont de caractère supplétif,²⁴ et par conséquent les parties sont libres de choisir l'usage -local ou international-²⁵ qui gouverne leur contrat.²⁶ Puisque les *Incoterms* sont un usage international, rien n'empêche qu'ils soient la loi des contractants;²⁷ ainsi les parties peuvent écarter l'application des termes de vente énumérés par l'*Article 2* et insérer dans leur contrat le terme de vente de leur choix.²⁸

À noter que les tribunaux américains soutiennent que lorsque la référence aux *Incoterms* est expresse, ces derniers supplantent les dispositions du Code.²⁹ Nous retournerons dans le cours du travail sur les détails de ces questions de droit qui sont la raison d'être de ce mémoire.

¹⁹ - Folsom, Gordon, Spanogle, *op.cit.* note 4, pp.13 et suiv.

²⁰ - "Incoterms may also supply the content of a trade term used by parties to an international sales contract on the ground that Incoterms are codifications of international custom", dans, Spanogle, Winship, *op.cit.* note 20, page 167;

- "Alternatively, if it is not expressly incorporated in the contract, Incoterms could be made an implicit term of the contract as part of international custom", dans, Folsom, Gordon, Spanogle, *op.cit.* note 4, page 72

²¹ - UCC §1-102(3)(4); James J. White and Robert S. Summers, "Uniform Commercial Code", 5th Edition, Hornbook Series, West Group, St. Paul, Minn., 2000, pp. 109-110; 1 WS-UCC § 3-2, en ligne à: <http://lawschool.westlaw.com>;

²² - UCC § 1-102(2)(b); Bradford Stone, "Uniform Commercial Code in a Nutshell", 4th Edition, West Publishing Co., St. Paul, Minn, 1995, Introduction, Page XIII.

²³ - UCC §1-205(2).

²⁴ - UCC §1-102(3).

²⁵ - Robert A. Weaver, Practising Law Institute, Export Practice: "Customs and International Trade Law": "...Incoterms may be incorporated into the contract...as an international custom of the trade...", en ligne à: <http://lawschool.westlaw.com>.

²⁶ - Spanogle, Winship, *op.cit.* note 20, page 167.

²⁷ - UCC § 1-205(2); Folsom, Gordon, Spanogle, *op.cit.* note 4, page 73.

²⁸ - Spanogle, Winship, *op.cit.* note 20, page 167.

²⁹ - "*Phillips Puerto Rico Core, Inc., v. Tradax Petroleum Ltd.*", 782 F.2d. 314 (2d. Cir. 1985), dans cette affaire le juge Mansfield écrit: "The agreement incorporated the ICC 1980 Incoterms, a set of standardized terms for international commercial contracts...", dans Spanogle, Winship, *op.cit.* note 20, page 167.

Signalons enfin que la tendance doctrinale actuelle, prévalant aux États-Unis, relativement aux termes de vente cités par l'*Article 2*, pousse vers une réforme mettant davantage l'accent sur les pratiques et les usages du commerce ainsi que sur l'ultime prise en considération de la volonté des parties.³⁰

C- SCHÉMA DE CE QUI POURRAIT ÊTRE LA TRANSACTION INTERNATIONALE PARFAITE.

Nous présentons sous ce titre un montage complet d'une opération de vente internationale de marchandises avec insertion d'un terme de vente; laquelle nous permettra de nous familiariser avec les différentes étapes et mécanismes juridiques rencontrés habituellement dans ce genre de transactions.

Pour le faire, nous détaillerons les phases d'une vente documentaire, depuis les négociations des parties jusqu'à la livraison de la marchandise. Nous aurons l'occasion de nous arrêter devant certaines pratiques construites à partir des usages et coutumes des gens du métier, comme par exemple: le connaissance et certainement les termes de vente qui sont le point d'intérêt principal de notre travail. La présence d'un élément extra-frontalier dans ce genre de transactions, a poussé la communauté des commerçants à développer la procédure de la vente documentaire.³¹ Considérée comme l'instrument offrant le plus de sécurité au vendeur pour obtenir le prix de sa marchandise et à l'acheteur pour prendre la livraison,³² la vente documentaire³³ est aussi une sorte de palliatif à un manque de confiance éventuel pouvant exister entre deux contractants séparés par de grandes distances et qui, le plus souvent, ne se connaissent pas.³⁴

³⁰ - J. Murray, Jr., & H.M.Flechtner, "The Summer 1999 Draft of Revised Article 2 of the UCC: What hath NCCUSL Rejected?", (1999) 19 The Journal of Law and Commerce, page 1, en ligne à, <http://lawschool.westlaw.com>; dans le même sens, Daniel E. Murray, "Risk of Loss of Goods in Transit", (1991) 93 University of Miami Inter-Américan Law Review, page 8, en ligne à: <http://lawschool.westlaw.com>

³¹ - DiMatteo, *op.cit.* note 15, page 243; "Le crédit documentaire est l'engagement d'une banque de payer un montant déterminé au fournisseur d'une marchandise ou d'une prestation, contre remise, dans un délai fixé, des documents conformes prouvant que la marchandise a été expédiée ou la prestation effectuée", Union de Banques Suisses, dans, Denis Chevalier, *Le crédit documentaire et les autres sécurités de paiement*, Collaboration du Centre Français du Commerce Extérieur, Paris, Editions Foucher, 1990, page 26. À noter que les publications de la CCI, fournissent la meilleure exposition de la procédure de fonctionnement du crédit documentaire, dans, Charles Del Busto, "Documentary Credits: UCP 500 and 400 Compared (1993 Revision)", New York, ICC Publishing Corporation; ICC Uniform Customs and Practice for Documentary Credits (UCP 500), dans, Sale of Goods, *op.cit.* note 74, Full Text, Appendix 2, page 877 (Article 2-Meaning of Credit); Sur l'historique des règles et usances uniformes voir, Eric Caprioli, *Le crédit documentaire: Évolution et Perspectives*, Paris, LITEC, 1992, page 139 et s.; Katherine A. Barski, Letters of Credit: "A Comparison of Article 5 of the Uniform Commercial Code and the Uniform Customs and Practice for Documentary Credits", (1995-1996) Loy. L. Rev. 735, en ligne à: www.HeinOnline.com;

³² - *Ibidem*

³³ - Spanogle, Winship, *op.cit.* note 20, page 29. Un inconvénient de la vente documentaire réside dans l'incapacité de l'acheteur de contrôler la marchandise avant le paiement. Pour parer à cette situation les importateurs ont recours à la procédure de "l'inspection avant expédition".

³⁴ - DiMatteo, *op.cit.* note 15, page 243.

1- CONFIGURATION D'UNE OPÉRATION DE VENTE INTERNATIONALE DE MARCHANDISES, DÉCLENCHEMENT DE LA PHASE CONTRACTUELLE.

L'enjeu de cette opération commerciale est mené par deux acteurs principaux:³⁵

- Le vendeur ou l'exportateur;
- L'acheteur ou l'importateur.

Les deux parties entament des négociations similaires, dans leur technicité, à celles suivies dans la conclusion des contrats au niveau national.³⁶ Durant cette phase, les contractants traitent des clauses relatives à l'aspect international de la vente. Nous pensons surtout aux deux éléments suivants:

- Le premier: l'élection du terme de vente (F.O.B., C.I.F., C.& F.,...). En fonction de ce choix, plusieurs éléments importants, portant sur les modalités de l'exécution du contrat, seront définis, à savoir: la livraison; le mode de transport incluant parfois le transbordement³⁷ et la consolidation,³⁸ le transfert des risques; les modalités de la police d'assurance; l'obtention d'un connaissance dans les ventes maritimes...
- Le second: le choix de l'instrument de paiement international; par exemple, lorsque le vendeur et l'acheteur s'accordent dans le contrat de vente sur le paiement par lettre de crédit.³⁹

2- LES DIFFÉRENTES ÉTAPES DE LA PHASE CONTRACTUELLE

La vente documentaire est conclue en suivant la procédure suivante:

- 1- L'acheteur demande par une lettre adressée au vendeur de lui faire parvenir une offre sous forme d'une facture pro forma.⁴⁰ Normalement l'acheteur indique dans sa lettre le terme de vente qu'il souhaite insérer dans le contrat. – Tableau No.1
- 2- Le vendeur prépare une facture pro forma et l'adresse à l'acheteur.⁴¹ – Tableau No.2
- 3- Suite à la réception de la facture pro forma, l'acheteur envoie au vendeur un ordre d'achat.⁴² – Tableau No.3
- 4- Le vendeur adresse à l'acheteur une lettre de confirmation de l'ordre d'achat.⁴³

³⁵ - Day & Griffen, *op.cit.* note 8, page 3.

³⁶ - *Idem*, *op.cit.* note 8, page 1

³⁷ - "Transporter la cargaison d'un bateau... d'un véhicule dans un autre bateau ou un autre véhicule", dans, Le Larousse de poche 2004, Paris, Larousse, 2003, page 824

³⁸ - "combiner à l'intérieur d'une seule unité", dans, "Oxford Dictionary of Current English", 3rd Edition, New York, Oxford University Press, page 186.

³⁹ - Schmitthoff's Export Trade, "The Law and Practice of International Trade", London, Sweet & Maxwell, 2000, page 69.

⁴⁰ - DiMatteo, *op.cit.* note 12, page 246.

⁴¹ - *Ibidem*

5- L'acheteur demande à sa banque (banque émettrice) l'émission d'une lettre de crédit, le plus souvent irrévocable.⁴⁴

6- La banque émettrice envoie la lettre de crédit à sa banque de correspondance (appelée banque notificatrice) dans le pays du vendeur. Habituellement, cette dernière confirme la lettre de crédit suite à la demande expresse de la banque émettrice.⁴⁵ L'avantage de la confirmation est de permettre au vendeur d'être payé dans son propre pays. – Tableau No.4

7- La banque notificatrice informe le vendeur de la réception de la lettre de crédit.⁴⁶

8- Le vendeur procède à la livraison de la marchandise au transporteur et, le cas échéant, obtient un connaissement.⁴⁷

9- Le vendeur livre à la banque notificatrice les documents exigés par la lettre de crédit: facture, police d'assurance, reçu du paiement des primes, un connaissement, un certificat d'inspection...⁴⁸

10- La banque notificatrice expédie les documents -conformes à la lettre de crédit-, à la banque émettrice(banque de l'acheteur). Cette dernière notifie l'acheteur de sa réception des documents.⁴⁹

11- L'acheteur paie à sa banque (banque émettrice) la valeur de la marchandise et le coût de la lettre de crédit.⁵⁰

12- La banque de l'acheteur (banque émettrice) transfère le paiement à la banque notificatrice (pays du vendeur), qui crédite à son tour le compte du vendeur.⁵¹

Mentionnons le rôle important que joue le transitaire dans la livraison de la marchandise. C'est à lui qu'incombe la responsabilité d'accomplir les démarches auprès des autorités du pays de l'importation ou du pays de l'exportation et de voir à ce que la marchandise soit expédiée ou livrée conformément aux lois et règlements des douanes.⁵²

⁴² - Spanogle, Winship, *op.cit.*note 20, page 30; DiMatteo, *op.cit.*note 15, page 250.

⁴³ - Spanogle, Winship, *op.cit.*note 20

⁴⁴ - Schmitthoff's, *op.cit.*note39, page 169; DiMatteo, *op.cit.*note 15, page 314.

⁴⁵ - Schmitthoff's, *op.cit.*note39, page169.

⁴⁶ - *Ibidem.*

⁴⁷ - Spanogle, Winship, *op.cit.*note 20, page 35.

⁴⁸ - DiMatteo, *op.cit.*note 15, pp. 249-250-251.; À noter que dans toute vente documentaire, les banques insistent à inclure, avec les documents, la police ou le certificat d'assurance, afin d'être certaines que leur droit de garantie sur la marchandise est protégé contre les dangers ou les périls du transport, dans, Spanogle, Winship, *op.cit.*note 20, page 36.

⁴⁹ - Spanogle, Winship, *op.cit.*note 20, page 36.

⁵⁰ - *Ibidem.*

⁵¹ - *Ibidem.*

⁵² - DiMatteo, *op.cit.*note 15, page 250.

Tableau I.1

Lettre adressée par l'acheteur au vendeur lui demandant de lui envoyer une facture pro forma. Nous remarquons que l'acheteur a bien précisé que le terme de vente est C.I.F. *Incoterms* 2000.⁵³

TITRE DE LA COMPAGNIE DE L'ACHETEUR PAYS - X	
	Date...
TITRE DE LA COMPAGNIE DU VENDEUR, PAYS- Y	
Messieurs,	
Suite à notre visite à votre salle d'exposition à la foire internationale de Dusseldorf, nous voulons bien vous adresser notre ordre de commande:	
Article 324 –	500 Pièces
Article 389 –	500 Pièces
Article 467 –	1500 Pièces
Article 343 –	1000 Pièces
Prière d'indiquer vos meilleurs prix et conditions de livraison, incluant le coût de l'emballage à l'exportation, C.I.F., pays x de l'acheteur- INCOTERMS 2000 . Prix fixes pour 90 jours.	
Salutations distinguées Signature: Compagnie de l'Acheteur	

⁵³ - Spanogle, Winship, *op.cit.* note 20, page 23.

Tableau I.2⁵⁴

Le vendeur émet une facture pro forma et l'adresse à l'acheteur. Le vendeur confirme dans sa facture la vente C.I.F. *Incoterms* 2000 du contrat. À cet effet, il mentionne les trois montants qui constituent la valeur générale de la vente C.I.F. à savoir: le coût de la marchandise (montant A), le fret (montant B), l'assurance (montant C). Le prix total C.I.F. est désigné par la lettre A'

FACTURE PRO FORMA			
TITRE DE LA COMPAGNIE DU VENDEUR			
PAYS - Y			
			Date...
TITRE DE LA COMPAGNIE DE L'ACHETEUR,			
PAYS X,			
FACTURE PRO FORMA, No. P-10			
- Référence votre lettre du.....	Date de la lettre (de l'acheteur)		
- Prix.....	Net, incluant coût de l'emballage à l'exportation, C.I.F. – Pays de l'acheteur – INCOTERMS 2000.		
- Conditions de paiement.....	Crédit documentaire irrévocable et confirmé par: Banque du vendeur dans son pays, payable par telles devises.		
- Expédition.....	Approximativement dans quinze jours suite à la réception de l'ordre de commande et la lettre de crédit irrévocable et confirmé.		
Poids total estimé	Lbs. et/ou Kgs		
Volume estimé	Cu. Ft. et/ou M3.		
DESCRIPTION	QUANTITÉ	PRIX PAR UNITÉ	SOMME (DEVICES)
.....
.....
			TOTAL A
	Prix de la marchandise à l'usine	Montant	A
	Montant du fret- océan de pays y à pays x	Montant	B
	Assurance	Montant	C
	Prix total C.I.F. pays de l'acheteur	Montant	A+B+C = A'
Les prix mentionnés ci-haut sont retenus pour une période de 90 jours à partir de la signature de ce pro forma.			
			Signature: La Compagnie du vendeur.

⁵⁴ - Spanogle, Winship, *op.cit.* note 20, page 24; DiMatteo, *op.cit.* note 15, page 248.

Tableau I.3 ⁵⁵

Une fois l'acheteur reçoit la facture pro forma, il envoie au vendeur un ordre d'achat. À remarquer que la valeur de l'assurance couvre la totalité du prix C.I.F. majoré de 10%, conformément à l'obligation du vendeur A3 des *Incoterms* stipulant: "L'assurance⁵⁶ doit couvrir au minimum le prix prévu au contrat majoré de 10% (soit 110%) et doit être libellé dans la monnaie du contrat"

COMMANDE D'ACHAT			
TITRE DE LA COMPAGNIE DE L'ACHETEUR			
PAYS - X			
			Date ...
COMPAGNIE DU VENDEUR			
PAYS - Y			
Re.: Notre lettre du...			
Votre facture pro forma No... du			
Conformément à votre facture pro forma No. datée.. veuillez-vous nous fournir la marchandise suivante:			
DESCRIPTION	QUANTITE	PRIX PAR UNITE (nature devises)	SOMME (DEVICES)
Article 324 -	500 Pièces
Article 389 -	500 Pièces
Article 467 -	1500 Pièces
Article 343 -	1000 Pièces
PRIX TOTAL			
C.I.F. PAYS DE L'ACHETEUR - INCOTERMS 2000.			(A)+(B)+(C) = A'
LIVRAISON AVANT LE...			
ASSURANCE PAYÉE PAR LE VENDEUR À 110% VALEUR C.I.F.			
LICENCE D'IMPORTATION No....			
MARCHANDISE ÉTIQUETÉE:			
ADRESSE ET SPÉCIFICATION FOURNIES PAR L'ACHETEUR.			
Nous avons instruit notre banque (banque émettrice) située à (pays x de l'acheteur), d'ouvrir un lettre de crédit basée sur votre facture pro forma avec la banque telle (banque correspondante de la banque émettrice et située au pays y du vendeur).			
Dans l'attente de recevoir votre lettre de confirmation dans les plus brefs délais, veuillez accepter nos meilleures salutations.			
			Signature Compagnie de l'acheteur

⁵⁵ - Spanogle, Winship op.cit.note 20, page 25

⁵⁶ - *Incoterms* 2000, op.cit. note 2, page 66.

Tableau I.4⁵⁷

L'acheteur demande à son banquier l'émission d'une lettre de crédit.⁵⁸ Le document principal du crédit documentaire, dans les transports maritimes, est le connaissement.⁵⁹ Ce dernier remplit les trois fonctions suivantes: un reçu de la marchandise chargée à bord,⁶⁰ la preuve de la conclusion du contrat de transport,⁶¹ un titre représentatif de la marchandise. Le connaissement est un document négociable; à cet effet, il permet le transfert des droits en cours de voyage par son endossement à une autre partie.⁶² La facture commerciale doit mentionner le terme de vente.

LETTRE DE CREDIT CONFIRMEE, IRREVOCABLE	
"Banque notificatrice, située dans le pays du vendeur"	Lettre de Crédit No.
À l'attention de la Compagnie du vendeur	Date de l'émission...
	De: La compagnie de l'acheteur
Messieurs,	
Nous avons été instruits par la "Banque de l'acheteur" ou (banque émettrice) de vous informer que ladite banque a ouvert un crédit irrévocable en faveur du compte (de la compagnie de l'acheteur), pour la somme de \$.....(le montant en lettres, payable sur présentation de votre billet à ordre auprès du tiré "la Banque de l'acheteur ainsi que de la soumission des documents suivants:	
1-	Un jeu complet de connaissement à bord, mentionnant le terme "fret prépayé" et libellé à l'ordre de la "Banque de l'acheteur".
2-	Une police ou un certificat d'assurance maritime, ainsi qu'une assurance contre les risques de guerre.
3-	L'emballage.
4-	La facture commerciale en trois copies, qui doit inclure les éléments suivants: (la quantité du matériel vendu, le prix total, le terme de vente utilisé dans la vente, le numéro de la licence de l'importation, la date de l'expiration (dans le courant de cette date, les prix mentionnés sont fixes)).
5-	Habituellement, l'expéditeur doit déclarer par un document le nom du navire, mentionner si le transbordement est permis, et si l'expédition par lots est autorisée.
- Tous les documents doivent porter le numéro de la lettre de crédit, le numéro de la licence d'importation ainsi que la date d'expiration de la facture.	
- Tous les billets à ordre (traite en général) porteront la notion de "tiré sur lettre de crédit No... confirmée par la banque notificatrice (pays du vendeur). Un délai est indiqué pour la présentation des traites.	
- Le crédit est régi par les Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (révision 1993), Chambre de commerce international, Publication 500.	
Nous confirmons le crédit et nous nous engageons à payer toutes les traites tirées sus-mentionnées, accompagnées des documents requis.	
Département du Crédit International- Banque notificatrice.	

⁵⁷ - DiMatteo, *op.cit.* note 15, page 313; Spanogle, Winship *op.cit.* note 20, page 32.

⁵⁸ - La lettre de crédit est fondée sur deux principes: 1- Le principe de l'autonomie, voulant que le crédit soit indépendant du contrat de vente. Ainsi, le rôle de la banque émettrice est uniquement de collecter les documents mentionnés dans la lettre au profit de l'acheteur. (le principe de l'autonomie de la lettre est cité dans les Articles 3(a) et 4 des "Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires"(UCP500); 2- la lettre de crédit applique le principe de la "conformité rigoureuse" autorisant la banque à rejeter tout document qui n'est pas conforme aux stipulations du crédit. Dans *Equitable Trust Company of New York v. Dawson Partners Ltd.(1927) 27 L.I.L.R.*, l'acheteur a été dispensé de rembourser à la banque le prix d'une marchandise qu'il n'a pas reçue parce que cette ne s'est pas conformée aux instructions de l'acheteur, Schmitthoff's Export Trade, *op.cit.* note 39, pp., 170,171,172,173.

⁵⁹ - La propagation du connaissement date du XVème siècle; " l'Ordonnance de la marine de Colbert d'août 1681 le définissait comme un reçu des marchandises signé par le capitaine", dans, René Rodière, *Droit maritime*, 10ème éd., Paris, Dalloz, 1986, No. 345-349.

⁶⁰ - Law of International Trade in Practice, "Inns of Court School of Law", 3rd Edition, Blackstone Press Limited, 2000, page 18.

⁶¹ - *Ibidem*

Ce que nous devons surtout retenir de cette transaction:

- Le rôle important que joue le terme de vente dans l'attribution des obligations respectives des parties.
- La mention précise et expresse du terme de vente C.I.F *Incoterms* 2000, dans les documents échangés entre les parties à la vente.
- Le recours constant des parties au mécanisme de paiement connu par le crédit documentaire dans l'exécution d'une vente internationale de marchandises.

D- DEUX INSTITUTIONS DIFFÉRENTES, DÉMONSTRATION BASÉE SUR UN CAS EMPRUNTÉ À LA JURISPRUDENCE AMÉRICAINE.

Afin d'exposer les divergences entre les *Incoterms* et les termes de vente du Code, nous étudions un cas⁶³ révélateur tiré de la jurisprudence américaine. Comme nous le verrons, toutes les données de fait et de droit de cette vente documentaire, ainsi que le raisonnement et la décision du tribunal, montrent les graves conséquences que subit l'économie du contrat lorsque le juge du for américain écarte l'application de l'*Incoterm* choisi par les parties et interprète les obligations du terme de vente conformément aux dispositions de l'*Article 2* du Code. Nous verrons aussi l'importance que représente la domiciliation de l'une des parties aux États-Unis dans l'élection des règles de conflit.

La décision du tribunal ne fait aucune référence à l'existence d'une clause d'élection de règles de conflit dans l'ordre d'achat qui tient compte, dans le cas présent, de contrat vente. Ainsi, les conditions de la transaction sont celles contenues dans la lettre de crédit ouverte par l'acheteur domicilié aux États-Unis (voir app. A.1,p.125)

1-Le cas *Bharat Salt Refineries Ltd. v. Allied International Marketing Corporation, Civil Action No 99 CV 1079-A, US District Court for the Eastern District of Virginia, January 7, 2000.* (voir app. B.1, p.130).

Afin de cerner les différentes données et éléments du cas en question, nous verrons dans un premier paragraphe les stipulations de la lettre de crédit, et dans un second la décision du tribunal.

⁶² - *Ibidem*; Ces mêmes fonctions du connaissance sont citées dans: *Incoterms* 2000, op.cit.note2, page 24; DiMatteo, op.cit.note15, page 251.

⁶³ -“*Bharat Salt Refineries Ltd v. Allied International Marketing Corporation*”, Civil Action No 99 CV 1079-A, US District Court for the Eastern District of Virginia, January 7, 2000.

**a-LES STIPULATIONS DE LA LETTRE DE CRÉDIT, OUVERTE PAR L'ACHETEUR
RÉSIDENT AUX ÉTATS-UNIS, DONT FAIT RÉFÉRENCE LA DÉCISION DU TRIBUNAL:
(voir app. A.1, p.125)**

Les stipulations suivantes mentionnées dans la lettre de crédit nous permettent de connaître les conditions de la vente consenties entre les parties. On lit le suivant:

- une vente internationale exécutée par lettre de crédit;
- la nature du crédit est irrévocable;
- le terme de vente choisi est "F.O.B. arrimée *Incoterms*"(voir app. A1, p. 127);
- les documents requis par le vendeur sont: une facture commerciale, un connaissance propre à bord non négociable, un certificat d'origine, un certificat d'inspection avant expédition;
- la livraison partielle de la marchandise ainsi que le transbordement ne sont pas autorisés;
- les caractéristiques de l'individualisation, du marquage, de l'emballage et du pesage de la marchandise sont détaillées;
- le montant du prix de la marchandise est fixé.

b-LA DÉCISION DU TRIBUNAL (voir app. B.1, p.130).

Nous verrons, dans la décision du tribunal, les trois éléments suivants:
les faits, les allégations des parties, les termes de la sentence.

Dans les faits

- Un contrat de vente internationale portant sur la vente de sel indien.
- L'acheteur est domicilié aux États-Unis, le vendeur en Inde.
- L'acheteur affrète un navire (obligation B3 de l'acheteur dans une vente F.O.B. *Incoterms* 2000)⁶⁴ qui accoste dans le délai prévu, et le chargement débute.
- Lors du chargement de la marchandise à bord, un cyclone frappe le port d'embarquement. Le navire est emporté par les vagues sur la terre ferme loin du port. La partie du sel déjà chargée ne subit aucun dommage.

Dans les allégations des parties comme mentionnées dans la décision du tribunal.

1- Les allégations du vendeur:

⁶⁴ - *Incoterms* 2000, op.cit. note 2, page 51.

- le vendeur soutient que l'acheteur assume le risque et la propriété de la quantité partielle de sel chargée sur le navire et considère que le refus de ce dernier de lui payer pour la quantité "matériellement livrée à bord" constitue une rupture de contrat;
- le demandeur (vendeur) revendique l'application de la loi de l'État de *Tennessee* du fait que la commande d'achat a été faite à partir des bureaux du défendeur situés dans ledit État.

2- Les allégations de l'acheteur:

l'acheteur soutient que le risque et la propriété du sel chargé, donc "matériellement livré", ne lui ont pas été transférés pour les raisons suivantes:

- le vendeur n'a pas achevé l'arrimage de toute la quantité de sel l'objet du contrat;
- un "connaissance propre à bord" n'a pas été émis et délivré conformément aux stipulations de la lettre de crédit ainsi qu'aux dispositions des deux Sections §-47-2-319; §47-2-323 du Code de commerce de l'État de *Tennessee*. (l'application de F.O.B. *Incoterms* 2000, consentie par les parties dans la lettre de crédit, a été écartée par le tribunal, et le terme FOB a été interprété, suite à la demande du vendeur, conformément aux dispositions de la loi du for, en l'occurrence, le Code de l'État mentionné).
- la livraison partielle n'a pas été autorisée dans la lettre de crédit.
- le défendeur (acheteur) ne conteste pas la demande du vendeur d'appliquer au litige la loi de l'État de *Tennessee*.

Dans les termes de la sentence

La cour a considéré que la question principale qu'elle doit trancher est de déterminer à qui, des deux parties au contrat, incombe la responsabilité d'assumer le risque et le titre pour la quantité de sel qui a été livré et chargé à bord, lorsque le cyclone a frappé le navire.

Dans la formulation de la sentence on lit ce qui suit:

- le vendeur demande l'application de la loi de l'État de *Tennessee* au contrat, du fait que l'ordre d'achat a été émis à partir du bureau de l'acheteur situé dans l'État mentionné.
- Puisque l'acheteur ne conteste pas cette demande, la Cour appliquera la loi de l'État de *Tennessee*.
- le *Tennessee Commercial Code* (voir app. C.1, p...) dispose de la responsabilité du vendeur dans une vente "F.O.B. navire" d'obtenir un "connaissance à bord négociable et propre", où il est clairement mentionné que la marchandise a été chargée à bord.
 - le tribunal n'a pas à statuer sur la question de la livraison partielle du fait que, dans la lettre de crédit, il est stipulé qu'une telle livraison n'est pas autorisée.

Le tribunal considère que le vendeur n'a pas achevé l'arrimage de l'entière quantité de sel stipulé, et qu'il n'a pas obtenu et fourni un connaissement. Par conséquent, il a failli à son obligation de livrer convenablement, conformément aux exigences des deux *Sections* 47-2-319(1)(c) et 47-2-323(1), du Code de commerce de l'État de *Tennessee*, relatives aux ventes internationales, portant respectivement sur la vente "F.O.B. navire-arrimée" et sur l'obtention d'un connaissement dans la vente internationale.

Pour ces raisons, les revendications du vendeur sont rejetées. Il ne peut prétendre à aucune indemnité du fait que le risque et le titre n'ont jamais été transmis au défendeur (acheteur). Puisque le vendeur n'a pas exécuté ses obligations contractuelles, l'acheteur est libéré des siennes.

Cette décision nous permet de retenir les éléments suivants qui constituent la raison de notre recherche:

- la volonté du vendeur exprimée auprès du tribunal, de considérer le Code de commerce de l'État de *Tennessee* comme la loi du contrat, a eu pour conséquence l'application du terme de vente FOB cité dans cette dernière loi au détriment de FOB *Incoterm* 2000 mentionné et consenti par les parties dans la lettre de crédit. Les retombées comme nous avons vu ont altéré gravement l'économie de la transaction;
- l'existence de deux corps différents de termes de vente, à savoir: les *Incoterms* et les termes de vente du Code de commerce uniforme;
- malgré la similarité de l'acronyme, l'interprétation des termes de vente énumérés par le Code n'est pas similaire à celle des *Incoterms*. Par conséquent, l'étendue des obligations des parties est différente;
- l'effet de la domiciliation, de l'une des parties contractantes, aux États-Unis est de toute conséquence sur l'élection de la règle de conflit, d'où l'importance du choix de la loi.

c- DES OBSERVATIONS SUPPLÉMENTAIRES RELATIVES AU CAS SUSMENTIONNÉ

Les observations suivantes nous permettent de mieux appréhender les conséquences de la demande du vendeur d'appliquer le Code de commerce de l'État de *Tennessee*:

- l'application des dispositions de la vente "F.O.B. navire marchandise arrimée" du Code a déplacé le transfert des risques jusqu'après l'arrimage complet de la marchandise aux frais du vendeur, dans les cales du navire, et a imposé à ce dernier l'obtention d'un connaissement attestant de la livraison complète.⁶⁵

⁶⁵ - Code de commerce de l'État de *Tennessee*, §47-2-319; §47-2-323. C'est la version du UCC adoptée par cet État.

- selon la vente "F.O.B. arrimée" *Incoterms*, mentionnée dans la lettre de crédit, le vendeur doit livrer la marchandise au port d'embarquement nommé, à bord du navire désigné par l'acheteur et conformément aux usages établis dans ce port. Il doit aussi assumer tous les risques que peut courir la marchandise jusqu'au moment où elle passe le bastingage du navire. Il n'est pas tenu de fournir un connaissement; cependant il doit livrer, à ses frais, le document d'usage attestant de la livraison, et payer pour les coûts du chargement.⁶⁶

En outre, la vente "F.O.B. arrimée" *Incoterms* 2000 n'est pas explicite et décisive sur la question du déplacement des deux obligations de la livraison et du transfert des risques, du moment où la marchandise passe le bastingage jusqu'après l'arrimage et l'arrangement de la marchandise à bord. À cet effet les usages portuaires sont ici d'une grande importance.

Signalons que le professeur Ramberg explique que lorsque le terme de vente ne peut aider les parties à exprimer clairement leur accord sur la répartition des frais de chargement et de déchargement, ces dernières procèdent à des ajouts aux acronymes du genre « F.O.B. arrimée » ; il mentionne également que le caractère imprécis de la notion de « bastingage du navire », comme fixant le point de transfert des risques et des coûts, favorise habituellement ces ajustements. D'autres ventes maritimes comme CFR et CIF appellent aussi à des ajouts éventuels.⁶⁷

La lecture complète de la décision nous montre aussi que le vendeur, en demandant l'application du Code de commerce de l'État de *Tennessee*, a voulu prendre avantage de la *Section* 2-401, disposant de la passation du titre de propriété à l'acheteur et de l'acquiescement du vendeur de ses obligations, une fois la livraison matérielle est exécutée, à condition qu'aucune autre *Section* du Code ne soit applicable.⁶⁸ Or il est évident qu'ici la *Section* 2-401 ne s'applique pas, du fait que le cas en question est soumis aux trois §47-2-319, §47-2-323 et §47-2-504.⁶⁹

Certainement, le but de cette manoeuvre a été pour le vendeur de récupérer le prix de la quantité partielle livrée et chargée par le navire.

⁶⁶ - Ramberg, *op.cit.* note 17, page 32; *Incoterms* 2000, *op.cit.* note 2, pages 50 et 52.

⁶⁷ - Ramberg, *op.cit.* note 17, pp. 32 et 99 ; Certains auteurs considèrent que ces termes de vente additionnés deviennent des termes de prix dans le sens que le vendeur doit exécuter à ses frais des obligations supplémentaires, dans, R. Goode, *Commercial Law*, London, 1995, pp. 946-947.

⁶⁸ - Code de commerce de l'État de *Tennessee*, §47-2-401.

⁶⁹ - Nous verrons, plus loin dans le texte, que le Code de commerce uniforme est adopté par les différents États de La Fédération américaine. Les *Sections* 47-2-319 à 47-2-323 du Code de commerce de l'État de *Tennessee* reproduisent littéralement les *Sections* équivalentes du Code de commerce uniforme

LE CHEMINEMENT DU TRAVAIL

Nous avons présenté le cadre contractuel d'une opération de vente internationale de marchandises, avec insertion d'un *Incoterm*. Nous avons ensuite exposé notre problématique, témoignant des graves modifications que subit l'étendue des obligations des parties, lorsque l'un des termes de vente cités par le Code de commerce uniforme est appliqué au détriment de l'*Incoterm* consenti principalement dans le contrat, dans le cas où l'un des contractants a son domicile aux États-Unis.

Il importe maintenant d'introduire les *Incoterms* et les termes de livraison du Code de commerce uniforme, de connaître leur nature, et d'analyser leur construction à double texture: l'une législative et l'autre à base d'usages de commerce. Ces sujets feront l'objet de la première partie de ce travail intitulé: les termes de vente, une pratique contractuelle de la vente internationale.

Dans une seconde partie, nous procéderons à une étude portant une analyse juridique et fonctionnelle des obligations réglementées par les *Incoterms* et les termes de livraison du Code. L'intitulé de cette seconde partie est le suivant: Les obligations réglementées par les *Incoterms* et les dispositions correspondantes des termes de livraison de l'Article 2 du Code, analyse comparative juridique et opérationnelle.

Signalons enfin que ce travail traite exclusivement des *Incoterms* et des termes de vente de l'Article 2. Tel que développé, il n'est pas un sujet de droit international privé, les références qui s'y rapportent sont de nature exclusivement ponctuelle.

PREMIÈRE PARTIE

LES TERMES DE VENTE, UNE PRATIQUE CONTRACTUELLE DE LA VENTE INTERNATIONALE

Cette partie du travail nous permettra de nous familiariser avec les Incoterms, le Code de commerce uniforme, l'*Article 2* du Code de commerce uniforme et les termes de vente énumérés dans l'*Article 2*. Nous verrons également le rôle que joue la double texture des termes de vente formée de droit et d'usage dans l'insertion et l'acceptation de l'Incoterm au sein du contrat de vente internationale de marchandises.

CHAPITRE I

DÉFINITION ET RÔLE DES TERMES DE VENTE DANS LE CONTRAT DE VENTE INTERNATIONALE DE MARCHANDISES.

Lorsqu'on évoque les *Incoterms* ou les "termes de vente" ou encore les "termes de livraison" on désigne ces sigles ou acronymes du genre FOB ou CIF utilisés dans les contrats de vente internationale de marchandises et dont le rôle est de déterminer l'étendue des engagements respectifs du vendeur et de l'acheteur dans les "diverses phases de l'exécution du contrat,"⁷⁰ et en particulier lors du transport de la marchandise.⁷¹ Selon l'emploi de l'un ou de l'autre de ces termes, les données du contrat changeront. Ainsi, dans la vente FOB par exemple, c'est l'acheteur qui arrange le transport de la marchandise, alors que dans une vente CIF, cette obligation incombe au vendeur.⁷²

En outre, il est maintenant bien établi que les deux termes FOB et CIF sont les plus anciens des termes de vente connus. La vente FOB a été retracée pour la première fois dans l'affaire *Wackerbarth v. Masson* de 1812⁷³ et la vente CIF dans l'affaire *Ireland v. Livingston* de 1872.⁷⁴ Ce qui signifie que ces termes sont le résultat des usages répétés des gens du commerce⁷⁵, qu'ils ont existé bien avant les *Incoterms* de 1936⁷⁶ et les articles relatifs aux termes de livraison du Code de commerce uniforme de 1952.⁷⁷

⁷⁰ - Gourion, Peyrard, *op.cit.* note 3, page 128

⁷¹ - *Ibidem.*

⁷² - Frédéric Eisemann et Yves Derains, *La pratique des Incoterms, Usages de la vente internationale*, Paris, ICC Publishing SA, 1988, page 3.

⁷³ - *Wackerbarth v. Masson* (1812) 3 Camp 270, dans, David M.Sassoon & H. Orren Merren, "British Shipping Laws, C.I.F. and F.O.B. Contracts", London, Stevens & Sons, 1984, page 325.

⁷⁴ - *Ireland v. Livingston* (1872) L.R. 5 H.L. 395, dans, Dennis C. Thompson, "Kennedy's C.I.F. Contracts", 3rd Edition, London, Stevens & Sons Limited, 1959, page 5.

⁷⁵ - David M.Sassoon & H. Orren Merren, *op. cit.* note 73, page 325

⁷⁶ - Eisemann, Derains, *op. cit.* note 72, page 5.

⁷⁷ - Bradford, *op.cit.* note 22, Introduction, pageX.

À noter que, déjà en 1877, bien avant la fondation de la CCI en 1921, les associations professionnelles opérant dans le domaine du commerce international, comme par exemple la prestigieuse association *London Corn Trade Corporation*, devenue aujourd'hui la *Grain and Feed Trade Association*, ont trouvé nécessaire d'élaborer des contrats-types ou des conditions générales de vente, basés sur les usages du commerce international et adaptés à la nature des biens faisant objet de leur commerce.⁷⁸

Avec les progrès techniques dans l'industrie du transport,⁷⁹ et l'essor des moyens de communications et des transactions inter-bancaires, certains termes de vente déjà existants ont vu l'étendue de leur interprétation modifiée et de nouveaux termes ont apparu et ont été publiés dans les révisions périodiques des *Incoterms*.⁸⁰

Section I: Les termes de vente de la CCI

L'acronyme *Incoterms* représente le diminutif anglais de l'expression *International Commercial Terms*.⁸¹ Il existe treize *Incoterms*⁸² définissant, sous des "appellations concises et standardisées, les caractéristiques des types de vente les plus répandus".⁸³

Les *Incoterms* ont été élaborés et publiés par la Chambre de commerce international.⁸⁴ Cette dernière, consciente du problème posé par le manque d'uniformité dans la signification des termes de vente,⁸⁵ entreprit la double mission de les interpréter et de les normaliser,⁸⁶ fournissant ainsi aux commerçants, dans les divers pays, une seule interprétation aux différents acronymes existants.⁸⁷ Leur première version date de 1936,⁸⁸ la dernière est de l'an 1999 et est entrée en vigueur le 1er janvier 2000.⁸⁹ Les

⁷⁸ - Charles Leben, *Le droit international des affaires*, 6ème édition, Paris, Presse Universitaire de France, 2003, pp.32-33.

⁷⁹ - Eisemann, Derains, *op. cit.* note 72, page 6

⁸⁰ - *Incoterms* 2000, *op.cit.* note 1, page 7.

⁸¹ - Folsom, Wallace, Spanogle, *op.cit.* note 4, page 71

⁸² - *Incoterms* 2000, *op.cit.* note 1, page 4.

⁸³ - Jean M.Jacquet, Philippe Delebecque, *Droit du commerce international*, Paris, Dalloz, 2002, p.155.

⁸⁴ - La Chambre de commerce international est une association privée française régie par la loi du 1 juillet 1901 portant sur la formation des associations, Journal officiel du 2 juillet et rectificatif du 5 juillet 1901, dans, Emmanuel Jolivet, *Les Incoterms, Étude d'une norme de commerce international*, Paris, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec, 2003, page 16

⁸⁵ - *Idem*, *op.cit.* note 84, page 48.

⁸⁶ - La treizième résolution adoptée à l'occasion de la tenue du congrès constitutif de la CCI, à Paris en 1920 mentionne le suivant: "La Cambre de Commerce International, Considérant les inconvénients qui résultent pour toutes les parties en cause des différentes interprétations données aux termes F.O.B. et C.I.F., et met le voeu: Que la signification de ces clauses et de toutes celles ayant trait aux contrats de transport et de vente internationaux soit codifiée et définie avec précision dans un recueil international, établi par les soins de la Chambre de Commerce International, qui lui assurera une large publicité. Que la Chambre de Commerce International prenne en outre toutes les mesures appropriées pour faire universellement connaître et adopter les définitions contenues dans ce recueil", *Idem*, *op.cit.* note 84, pp. 49-50.

⁸⁷ - *Ibidem*, *op.cit.* note 84, page 50.

⁸⁸ - *Incoterms* 2000, *op.cit.* note2, page 5.

⁸⁹ - *Ibidem*.

Incoterms définissent les obligations du vendeur et de l'acheteur eu égard à la livraison de la marchandise, le transfert des risques et la répartition des coûts.⁹⁰

1.1.1 Les quatre familles des *Incoterms* 2000

Les *Incoterms* sont divisés en quatre groupes. Dans chacun, la première lettre porte un sens qui annonce une fonction spécifique. Les deux autres lettres viennent finaliser la portée finale du terme. Ainsi les quatre lettres E, F, C, D, correspondent aux ventes suivantes:⁹¹

Tableau 1.1
Les quatre groupes des *Incoterms*

La lettre E de l' <i>Incoterm</i> EXW signifie "Départ"	Le vendeur met la marchandise à la disposition de l'acheteur au lieu convenu.
La lettre F des <i>Incoterms</i> FCA, FAS, FOB, signifie "Transport principal non acquitté"	Le vendeur doit livrer la marchandise à un transporteur désigné par l'acheteur.
La lettre C des <i>Incoterms</i> CFR, CIF, CPT, CIP, signifie "Transport principal acquitté"	Le vendeur doit conclure le contrat de transport sans assumer les risques de perte ni les frais ultérieurs à l'embarquement.
La lettre D des <i>Incoterms</i> DAF, DES, DEQ, DDU, DDP, signifie "Livraison à l'arrivée" (<i>Delivered</i>)	Le vendeur assume les coûts et les risques de la livraison jusqu'au pays de destination.

⁹⁰ - Ramberg, *op.cit.* note 17, page 10.

⁹¹ - *Idem*, *op.cit.* note 17, page 39.

1.1.2 La définition de chacun des treizes *Incoterms* 2000.

Tableau 1.2
Les définitions des termes de vente

Groupe	Code	Mode de transport	Livraison, Transfert des risques, et transfert de frais
E	EXW A l'usine (... lieu convenu)	Multimodal	Le vendeur effectue la livraison en mettant la marchandise individualisée dans le lieu convenu à la disposition de l'acheteur et ce, sans accomplissement de formalités douanières à l'exportation et sans chargement.
F	FCA Franco transporteur (... lieu convenu)	Multimodal	Le vendeur livre la marchandise dès lors que celle-ci, dédouanée à l'exportation, a été mise à la disposition du transporteur nommé par l'acheteur, au lieu convenu.
	FAS Franco le long du navire (... Port d'embarquement convenu)	Maritime Fluvial	Le vendeur effectue la livraison en plaçant la marchandise le long du navire dédouanée à l'exportation au port d'embarquement convenu.
	FOB Franco à bord (... Port d'embarquement convenu)	Maritime Fluvial	Le vendeur livre, lorsque la marchandise, dédouanée à l'exportation, a passé le bastingage du navire dans le port d'embarquement convenu.
C	CFR Coût et fret (... Port de destination convenu)	Maritime Fluvial	Le vendeur livre, lorsque la marchandise, dédouanée à l'exportation, a passé le bastingage dans le port d'embarquement convenu. Après la livraison, les risques passent à l'acheteur. Le vendeur doit payer en sus les coûts et le fret jusqu'à destination
	CIF Coût, assurance et fret (... Port de destination convenu)	Maritime Fluvial	Le vendeur livre, lorsque la marchandise, dédouanée à l'exportation, a passé le bastingage dans le port d'embarquement convenu. Après la livraison, les risques passent à l'acheteur. Le vendeur doit payer en sus les coûts, le fret et l'assurance du transport maritime jusqu'à destination
	CPT Port payé jusqu'à (... Lieu de destination convenu)	Multi-modal	Le vendeur livre la marchandise, dédouanée à l'exportation au transporteur nommé par ses soins. Le vendeur assume les frais de transport jusqu'à la destination convenue
	CIP Port payé, assurance comprise (... Lieu de destination convenu)	Multi-modal	Le vendeur livre la marchandise, dédouanée à l'exportation au transporteur nommé par ses soins. Le vendeur assume les frais de transport et d'assurance de transport jusqu'à la destination convenue
D	DAF Rendu frontière (... Lieu convenu)	Multi-modal	Le vendeur livre lorsqu'il met la marchandise dédouanée à l'exportation sans être déchargée à la disposition de l'acheteur, au lieu frontalier convenu.
	DES Rendu es ship (... Port de destination convenu)	Maritime Fluvial	Le vendeur livre lorsqu'il met la marchandise non dédouanée à l'importation, à la disposition de l'acheteur, à bord du bateau dans le port de destination convenu
	DEQ Rendu à quai (... port de destination convenu)	Maritime Fluvial	Le vendeur livre en mettant la marchandise, non dédouanée à l'importation, à la disposition de l'acheteur au quai du port de destination convenu.
	DDU Rendu droits non acquittés (... Lieu de destination convenu)	Multimodal	Le vendeur livre lorsqu'il soumet à l'acheteur, par tout véhicule de transport à destination, la marchandise non déchargée, non dédouanée à l'importation.
	DDP Rendu droits acquittés (... Lieu de destination convenu)	Multimodal	Le vendeur livre lorsqu'il soumet à l'acheteur, par tout véhicule de transport à destination, la marchandise non déchargée, dédouanée à l'importation.

1.1.3 La division des responsabilités respectives des parties en dix obligations.

Chaque *Incoterm* répartit les obligations respectives du vendeur et de l'acheteur en dix obligations, conformément au tableau suivant.⁹²

Tableau 1.3
Les obligations respectives du vendeur et de l'acheteur

Les obligations du vendeur		Les obligations de l'acheteur	
A1	Fournir une marchandise conforme au prix.	B1	Payer le prix.
A2	Fournir les licences, autorisations, et accomplir les formalités.	B2	Fournir les licences, autorisations, et accomplir les formalités.
A3	Prendre en charge le transport et l'assurance.	B3	Prendre en charge le transport.
A4	La livraison.	B4	Prendre la livraison.
A5	Le transfert des risques.	B5	Le transfert des risques.
A6	La répartition des frais.	B6	La répartition des frais.
A7	Avis à donner à l'acheteur.	B7	Avis à donner au vendeur.
A8	Preuve de la livraison, document de transport ou données informatiques équivalentes.	B8	Preuve de la livraison, document de transport ou données informatiques équivalentes.
A9	Vérification, emballage, marquage, inspection de la marchandise.	B9	Inspection de la marchandise.
A10	Autres obligations.	B10	Autres obligations.

Nous avons introduit les *Incoterms*, leur fonction, ainsi que la répartition des obligations qu'ils réglementent. Dans les paragraphes suivants, nous présentons les termes de vente de l'Article 2 du Code de commerce uniforme en général.

⁹² - Ramberg, *op.cit*, note 17, pp. 52-65; Gourion, Peyrard, *op.cit*.note 3, page 130.

Section II: Les termes de vente de l'Article 2 du Code de commerce uniforme (UCC A2)

Les Sections 2-319 à 2-323⁹³ de l'Article 2 du Code de commerce uniforme disposent des “termes de livraison”.⁹⁴ Le Code a choisi cette dernière appellation pour souligner la différence entre les “termes de livraison” et les “termes de prix”⁹⁵. Les premiers indiquent la présence des obligations ou des droits qui seront assumés par les parties, tandis que les seconds indiquent les éléments du prix uniquement.⁹⁶ Avant d'introduire les termes de livraison, il est important de survoler, même sommairement, la structure du Code de commerce uniforme et de son Article 2; ce dernier porte sur le contrat de vente de la marchandise aux États-Unis et dispose précisément des termes de livraison ainsi que des deux contrats à expédition et à destination.

1.2.1. Le Code de commerce uniforme (Uniform Commercial Code-UCC)

Le premier objectif du Code est d'introduire une uniformité à la multiplicité des régimes juridiques en vigueur dans les États fédérés des États-Unis en matière de transactions commerciales (*Domestic Transactions*).⁹⁷

La version officielle du Code de commerce uniforme a été développée par la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (NCCUSL)* et par l'*American Law Institute (ALI)*.⁹⁸

Promulguée en Septembre 1951 et publiée en 1952,⁹⁹ cette loi est construite à partir des fondements de la *Common Law*, du *British Sale of Goods Act* de 1893 et du *Uniform Sales Act* de 1906.¹⁰⁰

Le Code est divisé en onze parties.¹⁰¹ Chaque partie est intitulée “Article” (ou loi) et porte sur un domaine différent du droit commercial. Chaque “Article” dispose de “Sections”¹⁰² ou “articles” dans la terminologie civiliste.

⁹³ - UCC, op.cit.note 3, pp. 616-631.

⁹⁴ - Le Code qualifie les termes de vente par “ termes de livraison”.

⁹⁵ - *Price Term*.

⁹⁶ - Alain Frécon, op.cit. note 13.

⁹⁷ - Michael R. Hubbell, *Le Code de commerce uniforme, dans, Pratique du droit des affaires aux États-Unis*, sous la direction de Ralph H. Folsom, Alain A. Levasseur, Paris, Dalloz, 1994, page 191 ; Voir également, UCC §1-102(2) qui dispose : les objectifs et les politiques du Code sont : (a) Simplifier, clarifier et moderniser, la loi qui gouverne les transactions commerciales ; (b) permettre la continuelle expansion des pratiques commerciales par la coutume, l'usage et l'accord des parties ; (c) de rendre uniforme la loi entre les différentes juridictions.

⁹⁸ - Henry D. Gabriel & Linda J. Rusch, “The ABCs of the UCC, Article 2 Sales”, Section of Business Law, American Bar Association, Chicago, IL., 1997, page 1

⁹⁹ - James J. White, Robert S. Summers, op.cit.note 21, page 3; Stone, op.cit.note 22, page x (*Introduction*).

¹⁰⁰ - Gabriel & Rusch, op.cit, note 98, page 2.

¹⁰¹ - Les sujets de droit commercial, traités dans le Code par ordre des *Articles*, sont les suivants: A1-General Provisions, A2-Sales, A3-Leases, A4-Bank Deposits and Collections, A4A-Funds Transfers, A5-Letters of Credit, A6-Bulk Transfers, A7-Warehouse Receipts, Bills of Lading and Other Documents of Title, A8-Investment Securities, A9-Secured Transactions; Sales of Accounts and Chattel Paper, dans, White & Summers, op.cit.note 21, page 3.

À l'heure actuelle, et pour les transactions commerciales entre les différents États à l'intérieur des États-Unis, la loi applicable est le *Uniform Commercial Code*.¹⁰³

Les termes de vente qui sont l'objet principal de ce travail figurent dans l'*Article 2* du Code portant sur la vente des marchandises. Survolons, dans le paragraphe suivant, les grandes lignes de cette loi.

1.2.2 L'*Article 2* du Code de commerce uniforme portant sur le contrat de vente de marchandises (*UCC-Article 2 Sales*).

L'*Article 2* est divisé en sept parties.¹⁰⁴ Comme tous les *Articles* du Code il "interpelle pour son application l'*Article 1*".¹⁰⁵ Les dispositions de l'*Article 2* répondent aux interrogations suivantes:

« Comment se forme le contrat de vente? Quelles peuvent en être les clauses et conditions?

Comment doivent être exécutées les obligations des parties? Quels sont les moyens d'action disponibles en cas de non-exécution ? ».¹⁰⁶

En outre, il est bien établi que l'*Article 2* est de caractère supplétif et s'applique au contrat de vente de marchandises.¹⁰⁷ Dans ses grandes lignes il est précisé que la valeur minimale du contrat doit être de cinq cents US \$;¹⁰⁸ la vente consiste en un transfert de propriété contre un prix ;¹⁰⁹ la formation du contrat résulte de l'accord des parties¹¹⁰ moyennant le principe de l'offre et de l'acceptation.¹¹¹ Nous nous limiterons à ces particularités générales, cependant nous analyserons les points portant sur les concepts de la liberté contractuelle, de la primauté des usages et du choix de la loi applicable plus loin dans le texte.

Citons enfin que les principes de la «*Common Law* » et de l' «*Equity*» seront applicables tant qu'ils ne sont pas écartés par les dispositions du présent *Article*.¹¹²

L'*Article 2* n'est pas appliqué dans l'État de *Louisiane*.¹¹³

¹⁰²- Afin d'éviter toute traduction inappropriée de l'anglais, nous garderons la terminologie originale du Code relativement aux termes *Article 2* et *Section*.

¹⁰³ - Stone, *op.cit.*note 22, page XI (*Introduction*).

¹⁰⁴ - Les sept parties de L'Article 2 portent, par ordre, les titres suivants:P.1, Short Title, General Construction and Subject Matter, P2, Form, Formation an Readjustment of Contract, P3, General Obligation and Construction of Contract, P4, Title, Creditors and Good Faith Purchasers, P5, Performance, P6, Breach, Repudiation and Excuse, P7, Remedies, dans, *Uniform Laws Annotated*, *op.cit.*note 3.

page....

¹⁰⁵ - UCC § 2-103(4).

¹⁰⁶- Hubbell, *op.cit.*note 97, page 194.

¹⁰⁷- UCC§ 2-102 UCC.

¹⁰⁸- UCC§ 2-201.

¹⁰⁹ - UCC § 2-106 (1).

¹¹⁰ - UCC § 2-204.

¹¹¹ - UCC §2-206.

¹¹²- UCC §1-103; Gabriel, Rusch, *op.cit.* note 98, page 3.

¹¹³ - White, Summers, *op.cit.*note 21, page 1.

1.2.3 Quelques particularités techniques propres aux *Sections* du Code

Dans un souci de rendre les différentes *Sections* plus accessibles aux juristes, les rédacteurs du Code leur ont ajouté une séquence interprétative intitulée “*Official Comment*”.¹¹⁴ Cette dernière constitue un genre de “jurisprudence et de doctrine intégrée” permettant de comprendre les objectifs et les politiques sous-jacents du Code et d’uniformiser ses dispositions parmi les différentes juridictions des États-Unis.¹¹⁵ A titre d’exemple, le paragraphe 4 de l’ “*Official Comment*” de la § 2-319 F.O.B. précise que le paiement dans la vente “F.O.B. navire” doit s’effectuer contre livraison de documents, par conséquent un connaissance doit être obtenu.¹¹⁶

Certaines *Sections* renferment des renvois “*Cross References*”. C’est une structure visant à compléter la portée d’une disposition donnée ou encore d’un *Official Comment*.¹¹⁷ À titre d’exemple, dans la § 2-319 FOB on repère 4 renvois; citons, à titre d’exemple, celui du paragraphe (1) (a):

« Lorsque le terme est F.O.B. lieu d’expédition, le vendeur doit en cet endroit expédier la marchandise conformément aux dispositions prévues de la (*Section 2-504*) du présent *Article* et assumer les dépenses et les risques de mettre la marchandise en possession du transporteur ». ¹¹⁸

Dans ce paragraphe, le « *cross reference* » ou renvoi est la (*Section 2-504*).

Aussi, les mots clés de chaque *Section* ont une définition appropriée fournie par le Code. Le renvoi à ces définitions est intitulé *Definitional Cross References*.¹¹⁹

Il arrive que la version du Code, adoptée par certains États de la fédération, diffère de la version officielle.¹²⁰

Pour l’objet de la présente étude, notre matériel de travail a été la version de 1989 -mise à jour jusqu’en 2003- du *Uniform Laws Annotated*.¹²¹

Actuellement, l’*Article 2* est en voie d’être amendé et révisé.¹²²

Le célèbre rédacteur en chef de l’*Article 2* du Code a été le juriste *Karl N. Llewellyn*.¹²³

1.2.4 Les dispositions des *Sections 2-319 à 2-324* de l’ *Article 2* du Code portant sur les termes de vente.

¹¹⁴ - Stone, *op.cit.*note 22, page XIII (*Introduction*).

¹¹⁵ - *Ibidem*

¹¹⁶ - UCC §2-319, *Official Comment 4*, *op.cit.*note3, page 617.

¹¹⁷ - Gabriel, Rusch, *op.cit.*note 98, page 3.

¹¹⁸ - UCC §2-319(1)(a), *op.cit.*note3, page 616.

¹¹⁹ - Gabriel, Rusch, *op.cit.* note 98, page 3

¹²⁰ - *Idem*, *op.cit.*note 106, page 2.

¹²¹ - *Uniform Law Annotated*, *supra*, *op.cit.*note 3.

¹²² - Gillette, Walt, *op.cit.*note 4, page 4.

¹²³ - *Idem*, *op.cit.*note 4, page 1

Les §2-319 à §2-323 disposent des termes de livraison et de l'obtention d'un connaissance¹²⁴ dans les ventes internationales. Ils se situent dans la troisième partie de l' *Article 2* ayant pour titre « *General Obligation and Construction of Contract* »¹²⁵. Les deux termes F.O.B. et C.I.F occupent une place prépondérante dans la vente internationale de marchandises.¹²⁶

À noter que les obligations réglementées par les termes de vente, comme par exemple celles de la livraison et du transfert de risque, sont construites conformément aux trois *Sections* suivantes:

- §2-503, portant sur la livraison appropriée dans les contrats à destination (la responsabilité du vendeur s'achève lorsqu'il livre à la destination convenue);
- §2-504, portant sur la livraison appropriée dans les contrats à expédition (la responsabilité du vendeur s'achève lorsqu'il met la marchandise en la possession du transporteur);¹²⁷
- §2-509, portant sur le transfert de risque sans rupture de contrat, de l' *Article 2*.

Elles sont toutes trois de portée générale et de caractère supplétif. La doctrine les qualifie de "*Code's Gap fillers on Delivery*".¹²⁸ Leur rôle consiste à fournir ou à compléter l'obligation contractuelle lorsque les parties, en l'absence d'usages ou de rapport commercial antérieur entre elles, ne s'accordent pas sur la portée d'un terme de vente, ou omettent de définir l'étendue de leur obligations respectives.¹²⁹

Notons enfin que, similairement aux Incoterms, les termes de livraison cités dans le Code, ont leur racine dans les pratiques et usages créés et suivis dans les ventes maritimes.

Ainsi, les *Sections* suivantes seront au centre de notre étude:

- *UCC §2-319* portant sur les termes F.O.B. et F.A.S.
- *UCC §2-320* portant sur les termes C.I.F. et C. & F.
- *UCC §2-322* portant sur le terme "Livraison-Ex-Ship".
- *UCC §2-323* portant sur la vente internationale, le connaissance ainsi que la vente à destination étrangère (*overseas*).

Les termes de vente traitant des contrats à expédition sont:¹³⁰

UCC §2-319(1)(a)(c) F.O.B.; *UCC §2-320* C.I.F. & C. & F.

¹²⁴ - *UCC §2-323(1)*, *op.cit.note3*, page 630.

¹²⁵ - *Op. cit., supra*, note 121.

¹²⁶ - William E. Klawonn, *Export Practice: "Customs and International Trade Law"*, Practising Law Institute, (2001) *Customs & Int'l. Trade L. s. 5.6.2.*, en ligne à: <http://ecarswell.westlaw.com>

¹²⁷ - Richard M. Alderman, "A Transactional Guide to the Uniform Commercial Code", Second Edition, Vol. 1, American Law Institute, American Bar Association, Philadelphia, 1984, page 144.

¹²⁸ - White & Summers, *op.cit.note 21*, pp. 121 et 123; Nous pensons surtout aux *Sections* suivantes: 2-503, 2-504, 2-509, 2-510. Ces *Sections* réglementent respectivement, comme nous le verrons, les contrats de vente à destination, les contrats de vente à expédition, le transfert de risque sans rupture de contrat. Elles contrôlent la portée et l'étendue des obligations contenues dans les termes de vente.

¹²⁹ - *Ibidem*

Ces ventes sont soumises aux dispositions de la *Section 2-504* portant sur la vente à expédition.

Les termes de livraison traitant des contrats à destination sont:

-UCC § 2-319(1)(b)(c) F.O.B. ;UCC § 2-322 “Livraison- Ex-Ship”.

Ces ventes sont soumises aux dispositions de la *Section 2-503* portant sur la vente à destination.

Le transfert de risque dans les deux catégories de vente est traité dans les *Sections 2-509* et *2-510*.

Notre étude dépend uniquement de la *Section 2-509* portant sur le transfert de risque sans rupture de contrat (cas fortuit). La seconde *Section* réglementant les cas d'inexécution contractuelle n'est pas couverte par notre sujet.

¹³⁰ - UCC §2-319 à §2-323, *op. cit.* note 3, pp. 616-631; UCC §2-503 et §2-504, *op.cit.*note3, pp. 743-754; UCC §2-509, *op.cit.*note 3, pp. 776-787.

Tableau 1.4
Les termes de vente de l'Article 2 Code

La Section et le terme de vente	Définition
Section 2-319 : Les termes F.O.B. et F.A.S.	
§2-319(1)(a). F.O.B. point d'embarquement ou d'expédition. Multimodal. Effectue un renvoi à §2-504(a)(b)(c)	Le vendeur, à ses propres frais et risques, achemine et livre la marchandise au transporteur au point d'embarquement convenu. Conformément à §2-504(a)(b)(c) il doit négocier le contrat de transport, obtenir et livrer ou offrir de livrer le document nécessaire permettant à l'acheteur de prendre possession de la marchandise et de prévenir ce dernier promptement de la date de l'expédition. L'acheteur doit fournir au vendeur les instructions nécessaires pour effectuer la livraison, déterminer le quai de chargement, le nom du navire et la date de l'appareillage.
§2-319(1)(b). F.O.B. point de destination. Multimodal. Effectue un renvoi à §2-503(1)(3)(5)	Le vendeur livre lorsque à ses propres risques et frais, expédie la marchandise au point de destination convenu et soumet en ce point à l'acheteur l'offre de livraison ; Conformément à §2-503(1)(3)(5) il doit mettre et retenir (<i>Put and Hold</i>), à la disposition de l'acheteur, une marchandise conforme au contrat; lui fournir toute notification raisonnable afin qu'il puisse prendre livraison de la marchandise; offrir de livrer en bonne et due forme tout document stipulé dans le contrat.
§2-319(1)(c)(3)(4). F.O.B. voiture, tout autre véhicule, point d'expédition et de destination. Multimodal F.O.B. navire expédition ou destination. Maritime Effectue un renvoi à §2-323.	Ici le terme F.O.B. est utilisé en conjonction avec les deux termes F.O.B. embarquement et F.O.B. destination. Le vendeur doit à ses propres risques et frais assumer le chargement à bord. F.O.B. navire : Le vendeur doit à ses propres risques et frais assumer le chargement à bord ; dans les transactions internationales, il doit conformément à §2-323 soumettre un connaissement. L'acheteur doit nommer le navire, donner les instructions nécessaires au vendeur pour effectuer la livraison, déterminer le quai de chargement et la date de l'appareillage. Le paiement est contre document.
§2-319(2)(a)(b)(4). F.A.S. Franco le long du navire. Maritime § 2-320 C.I.F. et C. & F. Maritime	Le vendeur livre, à ses propres frais et risques, la marchandise le long du navire au port ou sur le quai d'embarquement désigné par l'acheteur conformément aux usages de ce port. Le vendeur livre au transporteur un reçu de la marchandise contre lequel ce dernier lui livre un connaissement. Paiement contre document.
§2-320(1)(2)(a)(b)(c)(d)(e)(4). C.I.F. Maritime	Le vendeur, à ses propres frais et risques, achemine et livre la marchandise au transporteur dans le port d'embarquement convenu. Il assume le coût, le fret et l'assurance(couvrant aussi les risques de guerre) ainsi que l'obtention d'un connaissement portant sur le transport jusqu'à destination et le chargement de la marchandise ; prépare la facture et les documents nécessaires conformes au contrat et les livre promptement à l'acheteur. Le paiement est contre document.
§2-320(1)(2)(a)(b)(d)(e)(3)(4). C. & .F. Maritime	Le vendeur, à ses propres frais et risques, achemine et livre la marchandise au transporteur dans le port d'embarquement convenu. Il supporte le coût, le fret et assume l'obtention d'un connaissement couvrant le transport jusqu'à destination ainsi que le chargement de la marchandise ; prépare la facture et les documents et les livre promptement à l'acheteur. Le paiement est contre document.
§2-322 Delivery « Ex-Ship ». Maritime	Le vendeur, à ses propres frais et risques, achemine, décharge et livre la marchandise au port de destination convenu. La nomination du navire n'est pas obligatoire pour le vendeur. Ce dernier doit fournir à l'acheteur le reçu émis par le transporteur lui permettant de réclamer la marchandise.(ce n'est pas un connaissement, bien qu'il peut l'être).

À noter que la § 2-321, dont les dispositions sont des variantes de la vente C.I.F., n'ont pas été incluses dans le tableau des termes. Cependant, nous citons ci-bas le contenu de cette *Section* à titre indicatif.

Par ailleurs, la CCI recommande aux contractants de ne pas modifier le contenu des *Incoterms*.¹³¹ À cet égard, il ne faut pas oublier que, contrairement aux termes de livraison, énumérés dans le Code, qui sont des règles supplétives¹³² fournies par une loi, pouvant être modifiés en fonction de la volonté des parties et parfois de leur rapport de force économique, les *Incoterms*, eux « ne sont pas élaborés par une des parties au contrat mais par un tiers à la vente : la CCI ».¹³³

Tableau 1.5

Variation dans les ventes C.I.F. ou C.& F. : Paiement à l'arrivée, Poids net débarqué, Qualité délivrée

§2-321 C.I.F. & C.&F.	Les obligations des parties.
§2-321(1)	L'acheteur paie le prix ajusté raisonnablement par le vendeur conformément au « poids net débarqué » ou au « poids livré » ou « conformément au poids ou à la qualité »
§2-321(2)	Tout accord basé sur les conditions du paragraphe précédent ou sur une clause de garantie de la qualité ou de l'état de la marchandise à l'arrivée, fait assumer au vendeur les risques d'une détérioration ordinaire, d'une diminution au cours du transport, toutefois il n'a aucun effet sur le lieu et la date de l'identification de la marchandise au contrat ou à la livraison ou sur le transfert de risque.
§2-321(3)	Lorsque le contrat stipule le paiement à ou après l'arrivée de la marchandise, le vendeur doit permettre son inspection avant le paiement, au cas où la marchandise est perdue, la livraison des documents et le paiement sont dus au moment où la marchandise serait arrivée.

Notons, que les tableaux des termes de vente du Code restent de faux amis, vu le caractère supplétif des *Sections*. En d'autres termes, l'étendue légale des obligations réglementées par ces termes peut être modifiée par le consentement des parties.

Signalons en outre, que la *Section 2-323*¹³⁴ revêt une importance toute particulière, du fait que ses dispositions permettent de passer du cadre de l'application locale des termes de vente de l'*Article 2* au cadre international. Ainsi le paragraphe (1) de ladite *Section* précise que, dans les transactions internationales exécutées moyennant l'un des termes de vente suivants, C.I.F., C. & F., et F.O.B. navire (ce dernier terme couvre des ventes à expédition et à destination), le vendeur, sauf stipulation contraire, doit obtenir un connaissement mentionnant le chargement de la marchandise à bord. Comme nous le verrons dans la seconde partie de ce travail, lors du traitement des obligations des parties, le fait de qualifier ces ventes de documentaires nous aidera à définir, entre autres, les responsabilités des contractants relativement à l'obligation de paiement et de transfert de risque.

En outre, la portée du paragraphe (3) de la *Section 2-323* précise que le contrat d'expédition de marchandises exécuté par mer ou par air devient international, lorsque, par l'effet des usages de

¹³¹ - Jolivet, *op.cit.* note 84, page 398.

¹³² - §1-102(3), White & Summers, *Uniform Commercial Code* § 3-2, en ligne à : <http://lawschool.westlaw.com>.

¹³³ - Jolivet, *op.cit.* note 84, page 398.

¹³⁴ - UCC § 2-323, *op.cit.* note 3, page 630

commerce ou de l'accord des parties, il est soumis aux pratiques commerciales et financières de transport ou de navigation, possédant les caractéristiques du commerce international.

Indiquons enfin que la doctrine américaine, en comparant entre l'affectation des *Incoterms* et celle des termes de livraison de l'*Article 2*, tire les deux conclusions suivantes :

- les *Incoterms* peuvent être répartis en deux catégories : la première porte sur les termes appelant pour leur mise en oeuvre un transport maritime. Ce sont les termes FAS, FOB, CFR, CIF, DES, ET DEQ ; la seconde catégorie porte sur les termes multimodaux. Ce sont les termes FCA, CPT, CIP, DAF, DDU, DDP ;
- bien que le Code ne cite aucun terme semblable aux six derniers, cependant il traite des différentes transactions que ces termes réglementent sous des désignations qui lui sont propres, à savoir "F.O.B. lieu d'expédition", "F.O.B. lieu de destination", "C.I.F "et" C. & F." ¹³⁵

Tableau 1.6

Les *Incoterms* et les termes de livraison de l'*A2* répartis en fonction des 2 contrats à expédition et à destination. Le terme EXW qui est un terme de départ, n'est pas cité puisqu'il n'exige pas le recours à un transporteur.

Nature du contrat	<i>Incoterms</i>		Les termes de livraison de l' <i>A2</i>
Contrat à expédition	Groupe F: Transport principal non acquitté.	FCA, FOB, FAS	FOB navire, §2-319(1)(a)(c) ; F.O.B. expédition, multimodal (voiture ou tout autre véhicule, §2-319(1)(b)(c)
	Groupe C: Transport principal acquitté.	CIF, , CFR, CIP, CPT.	CIF, CFR, §2-320(1)(3)
Contrat à destination	Groupe D : Livraison à destination	DAF, DES, DEQ, DDU, DDP	FOB navire, §2-319(1)(b)(c) ; F.O.B. destination, multimodal (voiture ou tout autre véhicule, §2-319(1)(b)(c) . DES

¹³⁵ - Remarquons que l'auteur a écarté le terme EXW, du fait que dans ce dernier le recours à un transporteur n'est pas présumé, dans, John A. Spanogle, *op.cit.* note 13, pp 112-113.. À noter aussi que les termes de livraison de l'*Article 2* implique toujours l'intervention d'un transporteur dans une vente internationale.

Après avoir introduit les Incoterms et les termes de vente de l'*Article 2*, étudions dans le chapitre suivant le double enjeu du droit et des usages dans l'élaboration, le fonctionnement et l'application des termes de vente.

CHAPITRE II

Le double enjeu du droit et des usages dans l'application des termes de vente.

Dans ce chapitre, nous verrons que les Incoterms constituent des usages de commerce, c'est à ce titre qu'ils sont insérés dans les contrats de vente internationale de marchandises. Par ailleurs, notre étude des *Sections* du Code, traitant de l'usage commercial, de la liberté contractuelle et du choix de la règle de conflit, nous révélera l'importance du rôle accordé à ces notions dans l'interprétation de la volonté des contractants. En effet, elles ont permis d'introduire les Incoterms au sein de la transaction internationale américaine et ce, au détriment des termes de livraison de l'*Article 2*.¹³⁶

Section I: Les *Incoterms* dans le contrat de vente internationale de marchandises

La doctrine considère que les termes de vente ont toujours joué un rôle important dans la structure "économico-juridique" de la vente internationale.¹³⁷ Encore, est-il besoin de rappeler que c'est en vertu du principe de l'autonomie du contrat¹³⁸, adopté en droit international,¹³⁹ que les parties choisissent l'*Incoterm* qui règle leurs obligations respectives.

Les lignes qui suivent nous permettront de connaître le fondement de la nature juridique de l'*Incoterm*, son rôle dans la vente internationale, et la question de la loi applicable à certaines obligations inhérentes à la vente, non traitées par les Incoterms.

2.1.1 La nature juridique des *Incoterms*.

¹³⁶ - Spanogle, *op.cit.* note 13, page 113.

¹³⁷ - Eisemann, Derains, *op.cit.* note 72, page 31.

¹³⁸ - Didier Le Masson, Sibille Stenay, *Les Incoterms, dans La convention de Vienne sur la vente internationale et les Incoterms*, Actes du colloque du 1er et 2 décembre 1989, Sous la direction de Yves Derains et de Jacques Ghestin, Paris, L.G.D.J., 1990, page 37.

¹³⁹ - L'Article 3114, C. c. Q. dispose: "En l'absence de désignation par les parties, la vente d'un meuble corporel est régie par la loi de l'État où le vendeur avait sa résidence ou, si la vente est conclue dans le cours des activités d'une entreprise, son établissement, au moment de la conclusion du contrat..."

Signalons d'emblée que les *Incoterms* ne sont pas une législation, puisqu'ils ne sont pas promulgués par un corps législatif.¹⁴⁰

La CCI, dans ses travaux sur les termes de vente, considère ces derniers comme des "usages dont l'apparition et la signification dépendent d'un territoire"¹⁴¹, et donne à cet effet l'exemple des deux ventes F.O.B. et F.O.B. navire qui sont "d'un usage courant" en Europe et aux États-Unis.¹⁴²

En 1926, La Chambre évoque l'important recours aux termes de vente, en publiant dans une brochure les "définitions de termes commerciaux dont l'emploi est général dans les pays maritimes du monde".¹⁴³ Enfin, dans sa version de 1953, elle qualifie les *Incoterms* de "définition conforme à l'usage courant que tout commerçant se doit de connaître"¹⁴⁴.

La doctrine, pour sa part, attribue l'existence des termes de vente à deux facteurs:

- le premier relève de plusieurs techniques, portant sur les diverses activités du commerce international, et qui sont bien établies chez les gens du commerce, comme par exemple: la livraison, le mode de paiement et le transport de la marchandise;
- le second consiste à doter ces différentes techniques d'un corps contractuel à effet juridique tels, précisément, les termes de vente.¹⁴⁵

Notons que la définition des *Incoterms* comme "usages du commerce" a permis aux arbitres internationaux de s'y référer lorsqu'ils avaient à préciser de l'étendue des obligations des parties à un contrat de vente, même lorsque les intéressés ont manqué de préciser la nature ainsi que la portée du terme utilisé dans leur contrat.¹⁴⁶

Citons enfin que la jurisprudence et la doctrine s'accordent à considérer que les *Incoterms*¹⁴⁷ concrétisent les pratiques les plus courantes relativement à certaines espèces de vente, leur nature

¹⁴⁰ - "On sait que la signification des termes commerciaux est avant tout basée sur la pratique des affaires et la jurisprudence bien plutôt que sur des textes légaux spéciaux", Article paru dans les Informations Économiques de Lausanne et rapporté par CCI, L'interprétation des termes commerciaux, Essai d'unification internationale, L'Économie internationale, vol. VII, n.2, février 1935, page 8, dans Emmanuel Jolivet, *op.cit.* note 84, page 65.

¹⁴¹ - Sir Arhur Balfour constate que "Les générations de commerçants et d'hommes d'affaires qui nous ont précédés ont, dans chaque pays, établi et consacré par l'usage un système de termes commerciaux, à une époque où le commerce n'avait pas encore pris le caractère international et l'ampleur qu'il a aujourd'hui. On était alors d'une tournure d'esprit plus conservatrice que de nos jours et les divers termes commerciaux ont reçu dans les différents pays un sens particulier sans que l'on ait eu souci de l'usage des pays étrangers", Les termes commerciaux, Revue économique internationale, Goemaere, Bruxelles, juin 1925, p. 568, dans Emmanuel Jolivet, *op.cit.* note 84, page 80.

¹⁴² - CCI, Résumé analytique de l'enquête faite auprès des membres de la Chambre de commerce international, Londres 27 juin-1 juillet 1921, brochure n.8 1921, p.p. 6-17, dans Emmanuel Jolivet, *op.cit.* note 84, page 81

¹⁴³ - *Ibidem.*

¹⁴⁴ - CCI, La simplification des courants internationaux de Vente, Nouvelles de la CCI, L'Économie internationale, vol. XXII, n.8, octobre 1956, p.2, dans Emmanuel Jolivet, *op.cit.* note 84, page 82.

¹⁴⁵ - *Idem*, *op.cit.* note 84, page 65.

¹⁴⁶ - Frédéric Eisemann et Yves Derains, *op.cit.* note 14, page 32.

¹⁴⁷ - Eisemann, Derains, *op.cit.* note 14, page 32.

juridique est celle “d’usages de commerce international pour l’interprétation des termes commerciaux”.¹⁴⁸

2.1.2 Les Incoterms dans le contrat de vente internationale de marchandises.

Dans une vente internationale, l’Incoterm s’implique, en principe, dans deux situations:

- La première lorsqu’il est choisi et inséré par les parties dans leur contrat.¹⁴⁹
- La seconde lorsque, sans être inséré dans le contrat, il est appliqué tacitement comme usage du commerce international.¹⁵⁰

La question qui se pose maintenant est celle de savoir quelle est le raisonnement juridique qui permet à l’*Incoterm* de devenir un “instrument contractuel”¹⁵¹ à caractère obligatoire dans les deux cas de vente internationale sus-mentionnés.

2.1.2.1 La force obligatoire de l’Incoterm choisi expressément par les parties.

Les parties, en application du principe d’autonomie de la volonté, choisissent l’*Incoterm* qui régira leur transaction. Le terme de vente est utilisé ici comme “élément constitutif du contrat de vente”¹⁵². Sa nature d’usage international lui garantit une interprétation uniforme par toutes les parties à la transaction.¹⁵³

Comme la plupart des droits nationaux veulent que le contrat soit la loi des contractants,¹⁵⁴ par conséquent, les stipulations contractuelles deviennent d’exécution obligatoire.¹⁵⁵

2.1.2.2 L’Application tacite de l’Incoterm à titre d’usage du commerce international

Lorsque l’Incoterm n’est pas inclus dans le contrat, la doctrine précise qu’il est appliqué à titre d’usage du commerce international.¹⁵⁶

À mentionner également que l’usage tire sa “force obligatoire du principe d’autonomie de la volonté” et opère ainsi un “rattachement avec un ordre juridique donné”.¹⁵⁷

¹⁴⁸ - *Idem*, *op. cit.* note 14, page 33.

¹⁴⁹ - Jolivet, *op.cit.* note 84, page 391.

¹⁵⁰ - *Idem*, *op.cit.* note 84, page 393.

¹⁵¹ - *Ibidem*

¹⁵² - *Ibidem*.

¹⁵³ - *Ibidem*.

¹⁵⁴ - C’est l’application de l’adage “*Pacta sunt servanda*”, dans, Jolivet, *op.cit.* note 84, page 391.

¹⁵⁵ - Emmanuel Jolivet, La jurisprudence arbitrale de la CCI et la *lex mercatoria*, Cahiers de l’arbitrage, Gaz. Pal. n. 2001/1, p.37, dans Jolivet, *op.cit.* note 84, page 393..

¹⁵⁶ - *Idem*, *op.cit.* note 84, page 392.

Notons enfin que l'éventail des obligations réglementées par les *Incoterms* ne couvre pas l'ensemble des éléments du contrat de vente. Dans le paragraphe suivant, nous verrons quels sont les contrats auxiliaires à la vente internationale qui ne sont pas traités par les *Incoterms* ainsi que la question de la loi qui leur est applicable.

2.1.3 La question des obligations non réglées par les *Incoterms*

La doctrine répartit les obligations réglementées par les *Incoterms* en quatre catégories dépendamment de leur objet.¹⁵⁸

Tableau 2.1
Les quatre catégories d'obligations réglementées par les *Incoterms*

Les quatre catégories d'obligations	Description de l'objet de l'obligation
La livraison	Délivrance et transport de la marchandise.
Les formalités administratives.	Exportation ou importation des marchandises; fourniture ou demande de certificat; autorisations et licences
Le transfert des risques	l'Individualisation de la marchandise; l'organisation d'une couverture d'assurance.
Le caractère financier	Transfert des coûts, paiement du prix contractuel, le transport, une assurance éventuelle

Bien que les publications de La CCI prennent soin de préciser que la portée des *Incoterms* couvre les rapports des parties relativement aux questions de livraison¹⁵⁹, cependant, la majorité des auteurs considèrent que les obligations traitées par ces termes "ne réglementent pas intégralement le droit de la vente commerciale internationale"¹⁶⁰; ils indiquent, à cet effet, que certaines situations juridiques, inhérentes à l'exécution du contrat de vente, ne sont pas réglementées par les *Incoterms*, et citent les cas suivants.¹⁶¹

2.1.3.1. Le mode de paiement

Les *Incoterms* ne traitent pas des modalités de paiement. L'Article B1 de tous les *Incoterms* stipule uniquement l'obligation de l'acheteur de "payer le prix prévu dans le contrat de vente"¹⁶². Par conséquent, il relève des parties de décider de la modalité du lieu et de la date du paiement.¹⁶³

¹⁵⁷ - *Ibidem*.

¹⁵⁸ - *Idem*, *op.cit.* note 84, page 213.

¹⁵⁹ - *Incoterms* 2000, *op.cit.* note 2, page 5; voir également, Ramberg, *op.cit.* note 17, page 10.

¹⁶⁰ - Eisemann, Derains, *op.cit.* note 72, page 29; Jolivet, *op.cit.* note 84, page 192; *Incoterms* 2000, *op.cit.* note 2, page 5; Jan Ramberg, *op.cit.* note 17, page 10.

¹⁶¹ - Eisemann, Derains, *op.cit.* note 72, pp. 20-30.

¹⁶² - Dans les *Incoterms* 2000, cette obligation est mentionnée dans tous les Articles B1.

2.1.3.2. Le transfert de propriété.¹⁶⁴

Bien que la vente soit définie comme un contrat translatif de propriété,¹⁶⁵ les rédacteurs des Incoterms ont voulu, pour des considérations de pragmatismes juridiques, leur épargner toute immixtion dans la question de transfert de propriété.¹⁶⁶ L'idée sous-jacente à ce raisonnement repose sur les points suivants:

- la propriété relève du droit des biens;¹⁶⁷
- ces derniers sont soumis généralement aux lois du lieu où ils sont situés¹⁶⁸;
- le champ d'application de ces lois peut varier selon le système du droit international de chaque pays;¹⁶⁹
- les biens font partie des droits réels;
- comme en matière de droit réel,¹⁷⁰ il existe des "dispositions nationales impératives"¹⁷¹ qui "échappent à la libre volonté des parties"¹⁷², il fallait donc éviter tout conflit entre ces dispositions et les *Incoterms* "dont la force obligatoire est de nature contractuelle et provient de la loi d'autonomie".¹⁷³

2.1.3.3. La réserve de propriété

C'est une stipulation contractuelle qui consiste à retarder le transfert de propriété jusqu'à l'acquittement du prix par l'acheteur. Cette clause permet au vendeur de récupérer la marchandise dans le cas où l'acheteur manque à ses engagements.¹⁷⁴

Puisque les *Incoterms* ne traitent pas de propriété, il s'ensuit qu'ils excluent le règlement de toute clause de réserve de propriété.¹⁷⁵

¹⁶³ - Eisemann, Derains, *op.cit.* note 72, page 21.

¹⁶⁴ - Ramberg, *op.cit.* note 17, page 11.

¹⁶⁵ - L'article 1708 C.c.Q. dispose: "La vente est le contrat par lequel une personne, le vendeur, transfère la propriété d'un bien à une autre personne, l'acheteur,..."

¹⁶⁶ - "La définition du moment et du lieu de la livraison ainsi que du transfert des risques peut être retenue par le droit applicable au contrat de vente et par la jurisprudence comme critère de détermination du transfert de propriété de la marchandise...", dans, Jolivet, *op.cit.* note 84, page 214.

¹⁶⁷ - Eisemann, Derains, *op.cit.* note 72, page 13.

¹⁶⁸ - L'article 3152 C.c.Q. dispose: "Les autorités québécoises sont compétentes pour connaître d'une action réelle si le bien en litige est situé au Québec".

¹⁶⁹ - Eisemann, Derains, *op.cit.* note 72, page 13.

¹⁷⁰ - "Les droits réels sont ceux qui portent sur des biens matériels", dans Jacques Ghestin, Gilles Goubeaux, Muriel Fabre-Magnan, *Traité de droit civil, Introduction générale*, 4^{ème} Édition, Paris, L.G.D.J., 1994, page 174.

¹⁷¹ - Jolivet, *op.cit.* note 84, page 214.

¹⁷² - Eisemann, Derains, *op.cit.* note 72, page 13.

¹⁷³ - *Ibidem.*

¹⁷⁴ - Eisemann, Derains, *op.cit.* note 72, pp. 23-24.

¹⁷⁵ - *Idem*, *op.cit.* note 14, page 23.

2.1.3.4. Le transport

La CCI avertit que la portée des obligations stipulées dans les *Incoterms* ne couvre pas le contrat de transport de marchandises.¹⁷⁶ Néanmoins, le choix d'un terme de vente a toujours des implications sur le contrat de transport¹⁷⁷. Ainsi, par exemple, la vente C.I.F. ne se réalise que lorsque le vendeur fournit un connaissance à l'acheteur. Cette procédure n'est applicable que dans le transport maritime.

2.1.3.5. Le contrat d'assurance

Les *Incoterms* abordent la question de l'assurance uniquement dans les deux contrats C.I.F.(maritime) et C.I.P.(multimodal).¹⁷⁸ Ces termes stipulent l'obligation du vendeur de conclure le contrat de transport et de payer pour le fret. Dans ces conditions, il a été jugé que l'expéditeur est dans des conditions plus favorables que l'acheteur pour souscrire à une assurance au profit de ce dernier.¹⁷⁹

2.1.4. La loi applicable aux contrats et obligations inhérents à l'exécution du contrat de vente, que les *Incoterms* ne réglementent pas

Nous venons de citer un ensemble de contrats qui ne sont pas réglementés par les *Incoterms*, mais dont l'existence est pratiquement inévitable pour l'exécution du contrat. Dans ces conditions, la question qui se pose est celle de savoir quel est le droit que le juge saisi doit appliquer lorsqu'il doit trancher d'une question non régie par les *Incoterms*? Afin de répondre à cette interrogation, deux situations sont à considérer:¹⁸⁰

2.1.4.1 Première situation: lorsque les parties ont choisi la loi applicable à leur contrat¹⁸¹

En fonction du principe de la liberté contractuelle, les divers systèmes juridiques permettent aux parties de déterminer la loi qui régit leur contrat.¹⁸²

2.1.4.2 Deuxième situation: lorsque les parties n'ont pas choisi la loi applicable à leur contrat

Dans cette éventualité, le juge saisi désignera la loi applicable au contrat en appliquant les règles nationales de conflit de lois.¹⁸³

¹⁷⁶ - *Incoterms* 2000, *op.cit.* note 2, page 5.

¹⁷⁷ - *Ibidem*.

¹⁷⁸ - Ramberg, *op.cit.* note 17, page 62.

¹⁷⁹ - *Ibidem*

¹⁸⁰ - Eisemann, Derains, *op.cit.* note 72, pp.25-27; voir aussi, *Incoterms* 2000, *op.cit.* note 2, page 6; Ramberg, *op.cit.* note 21, pp.12-13; Jolivet, *op.cit.* note 84, page 216

¹⁸¹ - Eismen, Derains, *op.cit.* note 72, page 27

Notons enfin que la doctrine cite d'autres situations non réglementées par les Incoterms, rencontrées à l'occasion de l'exécution du contrat de vente, comme "la formation du contrat de vente et la validité de ses clauses". Il est évident que toutes ces questions relevant du contrat de vente internationale sont régies par le droit national applicable.¹⁸⁴

Section II : Les dispositions de l'Article 2 : une porte d'accès à l'application de l'usage de commerce à caractère international

Lorsque l'une des parties à un contrat de vente internationale de marchandises est domiciliée aux États-Unis, et que la transaction porte un facteur de rattachement aux juridictions de ce pays, l'application de l'Article 2 du Code devient inévitable au cas où un problème d'exécution se pose, et une contestation en justice est portée devant un tribunal américain.¹⁸⁵

Supposons qu'à l'origine de cette contestation réside une question d'interprétation d'un terme de vente, et que les circonstances de l'affaire invitent le juge du for à choisir, entre l'application d'un Incoterm et les dispositions d'un terme de livraison énuméré par le Code.

Il est évident que le choix du tribunal aura ses répercussions sur l'étendue des obligations contractuelles, du fait que les stipulations contenues dans un Incoterm peuvent être radicalement différentes des dispositions d'un terme de livraison cité dans l'Article 2.

Cette situation a poussé la doctrine américaine à se poser la question de savoir dans quelle mesure l'esprit du Code ainsi que ses dispositions et les différents commentaires qui leur sont attachés «*Official Comment*» permettent aux parties d'insérer un Incoterm à leur contrat, et au juge du for américain de l'appliquer et d'écarter le terme de livraison énoncé par l'Article 2, malgré la présence dans le contrat d'un facteur de rattachement pertinent? En réponse à cette question, ladite doctrine a choisi de considérer¹⁸⁶ l'Incoterm comme un usage de commerce que les parties à une transaction internationale peuvent insérer dans leur contrat. « Alternativement », lorsque l'Incoterm n'est pas mentionné expressément son application reste possible du fait qu'il constitue une stipulation contractuelle implicite d'un usage international.¹⁸⁷

¹⁸² - *Ibidem*

¹⁸³ - *Ibidem*

¹⁸⁴ - *Ibidem*

¹⁸⁵ - Gillette, Walt, *op.cit.* note 4, page 31.

¹⁸⁶ - Folsom, Gordon, Spanogle, *op.cit.* note 4, page 72.

¹⁸⁷ - *Ibidem*. Les auteurs mentionnent que la qualification des Incoterms par la CNUDCI (*UNCITRAL*) « d'usages de commerce international » permettrait, en application de l'article 9(2) de La Convention, de considérer le suivant : lorsque l'Incoterm n'est pas expressément incorporé dans le contrat, il demeure néanmoins applicable comme étant une stipulation contractuelle implicite d'un usage international. Voir ce travail les pages 43 et 123.

En outre, le caractère supplétif des *Sections* du Code permet aux parties de modifier l'étendue légale des termes de vente dont il dispose, voire même de choisir à leur place le recours à un *Incoterm*.¹⁸⁸ Les tribunaux des États-Unis¹⁸⁹ appliquent en principe ce raisonnement

2.2.1 Les fondements de la construction doctrinale

L'analyse de la doctrine est basée sur les *Sections* suivantes du Code:

-§ 1-102(3) disposant du principe de la liberté contractuelle: en fonction de cette *Section* l'*Incoterm* mentionné expressément dans le contrat est appliqué.

-§ 1-205(2) disposant de l'effet de "l'usage de commerce" sur l'accord des parties: en fonction de cette *Section*, l'*Incoterm* est appliqué au contrat parce qu'il constitue un usage de commerce.

-§ 1-105 disposant de la question du choix de la loi applicable: l'étude de cette *Section* nous permet d'appréhender la position de la doctrine et de la jurisprudence relativement à l'application de la notion du libre choix de la loi sur les contrats internationaux.

Avant d'entamer l'étude des différentes *Sections* sus-mentionnées, indiquons que la liberté contractuelle présente une constante dans la conclusion d'un contrat de vente internationale de marchandises. C'est l'adoption directe du principe de l'autonomie de la volonté voulant que la "loi applicable au contrat soit celle que les parties ont elles-même choisie".¹⁹⁰ On remarquera que La Convention de Vienne fera de ce principe l'une de ses caractéristiques fondamentales.¹⁹¹ Sur le plan national, le Code civil du Québec, dans son article 3114, n'en fait pas exception.¹⁹²

2.2.1.1 Le choix de L'*Incoterm* en application du principe de la liberté contractuelle, les dispositions de la *Section* 1-102(3)

La règle générale adoptée par le Code veut que les parties jouissent de la liberté contractuelle¹⁹³ dans la conclusion de leur contrat de vente de marchandises.¹⁹⁴ À cet effet, la *Section* 1-102(3) précise:

"Les effets des dispositions de cette loi peuvent être modifiés par l'accord des parties..."¹⁹⁵

Conformément à ce principe, les termes de livraison dont dispose l'*Article 2* sont sujets soit à la modification soit à l'écartement pur et simple.¹⁹⁶

¹⁸⁸ - *Idem*, *op. cit.* note 4, page 73.

¹⁸⁹ - *Phillips Puerto Rico Core, Inc. V. Tradax Petroleum Ltd.*, 782 F.2d 314 (2d Cir.1985).

¹⁹⁰ - Heuzé, *op.cit.* note 15, page 14.

¹⁹¹ - Article 6 de la CVIM dispose: "Les parties peuvent exclure l'application de la présente Convention ou, sous réserve des dispositions de l'article 12, déroger à l'une quelconque de ses dispositions ou en modifier les effets", *op.cit.* 5, page 60; voir également, Bernard Audit, La vente internationale de marchandises, Convention des Nations-Unies du 11 Avril 1980, Paris, L.G.D.J. , 1990, page 37;

¹⁹² - Article 3114 C.c.Q. dispose: "En l'absence de désignation par les parties, ..."

¹⁹³ - Alderman, *op.cit.* note 127, page 56.

¹⁹⁴ - White, Summers, Uniform Commercial Code, § 3-2, (4th Edition), Treatise, Westlaw IWS-UCC § 3-2, en ligne à <http://lawschool.westlaw.com>

Par conséquent, lorsque l'Incoterm est explicitement mentionné dans le contrat, il devient la loi du contrat.¹⁹⁷

Signalons encore que la doctrine considère que la liberté contractuelle est le moyen qui permet aux négociants, qui traitent dans une économie de marché, de mieux exprimer leur volonté ainsi que les intérêts de leur commerce.¹⁹⁸

En outre, le terme "accord" ou "*Agreement*", contenu dans le paragraphe (3) §1-102 sus-mentionné,¹⁹⁹ désigne la transaction (*Bargain*) des parties,²⁰⁰ exprimée soit explicitement par les clauses contractuelles,²⁰¹ soit implicitement par toutes les circonstances, incluant les attentes anticipées des parties relativement à l'exécution du contrat (*Course of performance*),²⁰² la conduite antérieure des contractants dans une transaction donnée (*course of dealing*),²⁰³ ou les usages commerciaux (*usage of trade*).²⁰⁴

Notons aussi que l'*Official Comment* 3 de la § 1-102²⁰⁵ indique que le fait d'inclure la *Section* 1-205, portant sur les usages de commerce, dans la portée du terme "accord" (*Section* 1-102(3)), est d'une importance toute particulière. En effet, comme nous allons le voir, le rôle prépondérant octroyé, par le Code, aux usages de commerce dans l'interprétation de la volonté des parties, permet l'application de l'Incoterm à titre d'usage international, même lorsque la référence à ce dernier est implicite. À cet effet,²⁰⁶ nous étudions dans les lignes suivantes les *Sections* §1-102(2)(b) et §1-205 portant toutes deux sur les usages de commerce²⁰⁷

¹⁹⁵ - UCC § 1-102(3).

¹⁹⁶ - Folsom, Gordon, Spanogle, *op.cit.* note 4, page 73.

¹⁹⁷ - *Ibidem*.

¹⁹⁸ - Sandra J. Levin, "Examining Restraints on Freedom to Contract as an Approach to Purchaser Dissatisfaction in the Computer Industrie", *California Law Review*, 2101, Dec. 1986, en ligne à <http://lawschool.westlaw.com>. Dans ce même article, on lit la citation présente sur la liberté contractuelle:

"A society that relies on private enterprise for most of its food, clothing, shelter, transportation, and amusement, and for the capital plant needed to produce them must evidently allow its private enterprises freedom to act and plan, and to make their plans secure by contracting with each other", dans, Bunn, "Freedom of Contract Under the UCC", (1960) 2B.C. Indus. & Com. L. Rev. 59. Le lecteur trouvera dans les articles suivants une littérature abondante sur la liberté contractuelle dans le Code,

¹⁹⁹ - UCC § 1-102(3). Cette Section dispose de la liberté contractuelle.

²⁰⁰ - UCC § 1-201(3), *Official Comment* 1, *op.cit.* note 3, page 13.

²⁰¹ - UCC § 1-201(3).

²⁰² - UCC §2-208(1)

²⁰³ - UCC §1-205(1); *Course of Dealing*: "Conduite antérieure. Attitude des parties précédant la conclusion d'un contrat et permettant une meilleure compréhension, interprétation des termes utilisés dans l'accord final", dans, Dahl's Law Dictionary, Paris, Dalloz, 1995, page 223.

²⁰⁴ - UCC §1-205(2); *Usage of trade*: "Usages commerciaux. Pratique professionnelle constante au sein d'une zone géographique qui est considérée habituelle sans que les accords s'y réfèrent explicitement. Les simples modifications de ces pratiques ne suffisent pas à leur faire perdre leur caractère d'usage", *Idem*, *op.cit.* note 109, page 835.

²⁰⁵ - La traduction de l'expression anglaise "*Unless otherwise agreed*"; U.C.C. §1-102 (4).

²⁰⁶ - 1Hawland UCC Series § 2-319:6, en ligne à: <http://lawschool.westlaw.com>

²⁰⁷ - Folsom, Gordon, Spanogle, *op.cit.* note 4, page 72; James J. White & Robert S. Summers, *op. cit. note*, page 110.

2.2.1.2 L'application tacite de l'*Incoterm* au contrat, l'effet des deux sections 1-102(2)(b)²⁰⁸ et 1-205(2)²⁰⁹ portant sur les pratiques et les usages de commerce

On a vu que la liberté contractuelle est le principe de base dans la construction du Code.²¹⁰ Ce principe est secondé par un autre, à savoir le rôle pertinent accordé par cette loi aux pratiques et aux usages de commerce.

Les rédacteurs du Code ont voulu que les parties puissent appuyer, au besoin, leur engagement contractuel par tous les éléments du contexte commercial nécessaire, permettant l'aboutissement de leur transaction et engagements commerciaux qui y sont issus.

Étudions dans un premier paragraphe la *Section* 1-102(1)(b) qui considère les usages comme un élément du développement commercial, et dans un second, la *Section* 1-(205)(2) qui introduit la place et le rôle que jouent les usages dans le Code de commerce uniforme.

- La *Section* 1-102(1)(b), principe général

Il est important de noter que le Code adopte explicitement une structure juridique visant à contenir les coutumes et les usages de commerce "*Incorporation strategy*".²¹¹ Pour les rédacteurs du Code, cette dépendance, vis-à-vis des usages, incite à l'activité commerciale et permet aux parties de prouver la portée réelle de leurs intentions contractuelles.²¹²

À cet effet, la §1-102(1) dispose: le Code doit être interprété libéralement;²¹³ son objectif premier est l'expansion continue des pratiques commerciales par l'intermédiaire de la coutume, de l'usage et de l'accord des parties.²¹⁴

- La *Section* 1-205(2), L'usage de commerce (*Usage of Trade*)²¹⁵

²⁰⁸ - UCC §1-102 (3), *Official Comment* (2), *General provision*, dans, Uniform Laws Annotated, vol. 2 , UCC, op.cit note 3, page 13.

²⁰⁹ - Folsom, Gordon, Spanogle, *op.cit.*note 4, page 72.

²¹⁰ - § 1-102 (3), ainsi que *Official Comment* 2., *op. cit.*note 3, page 13, en ligne à: <http://lawschool.westlaw.com>

²¹¹ - Clayton P. Gillette, *The Law Merchant in the Modern Age: "Institutional Design and International Usage under the CISG"*, (2004) 5 Chi. J. Int'l L. 157, page 1, en ligne à: <http://lawschool.westlaw.com>.

²¹² - *Ibidem*.

²¹³ - UCC §1-102 (1),

²¹⁴ - UCC §1-102 (2)(b).

²¹⁵ - UCC §1-102, *Official Comment*, *op.cit.*note 3, page 13.

Le paragraphe 2 de cette *Section* traite de l'usage de commerce qui représente un facteur important dans l'interprétation de la volonté des contractants.²¹⁶

L'usage de commerce est défini comme "toute pratique ou méthode de négociation possédant une application régulière dans un lieu, une carrière ou un commerce, que l'on peut s'attendre à ce qu'elle soit observée dans la transaction en question..."²¹⁷

L'*Official Comment 1*²¹⁸ de cette *Section* nous indique que le vrai sens d'un accord commercial est déterminé par les termes des clauses contractuelles ainsi que par le comportement des parties. Il doit être interprété en fonction des pratiques du commerce et des circonstances inhérentes à la transaction. Les critères de l'interprétation sont définis par le contexte commercial entourant la transaction; il pourrait même supplanter un écrit formel. La lecture littérale des termes du contrat n'est pas, à elle seule, concluante dans son interprétation.²¹⁹

Partant de cette approche libérale, il n'est donc pas étrange que la doctrine américaine place les Incoterms dans le cadre des usages de commerce, afin de justifier leur insertion par les parties dans un contrat de vente internationale de marchandises²²⁰ et de les voir aussi appliqués par le juge du for américain.

2.2.2 Les usages , le Code et La Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises

La Convention a été ratifiée par les États-Unis le 11 janvier 1986,²²¹ et est entrée en vigueur le premier janvier 1988.²²² La Convention régit les ventes internationales de marchandises conclues entre les États-Unis et l'étranger.²²³ Elle dispose, dans son article 9,²²⁴ de l'application de l'usage expressément

²¹⁶ - UCC §1-205(1)

²¹⁷ - Stone, *op. cit.* note 23, page 29.

²¹⁸ - UCC §1-205, *Official Comment 1*, *op.cit.* note 3, page 123 ; Signalons que l'*Official Comment 5* de §1-205 , relativement aux usages de commerce, dispose à la page 124 «...une parfaite reconnaissance est possible aux nouveaux usages ainsi qu'aux usages actuellement suivis par la grande majorité des commerçants honnêtes... qu'il y a lieu également de reconnaître un usage consenti par les marchands dans les codes de commerce », voir également, Folsom, Gordon, Spanogle, *op.cit.* note 4, page 72.

²¹⁹ - *Ibidem*

²²⁰ - Robert A. Weaver, Practicing Law Institute, "Customs & International Trade Law", §6.2 Trade Terms, en ligne à : <http://lawschool.westlaw.com> ; Signalons que

²²¹ - *Supra*, *op.cit.* note 5, page 59

²²² - Spanogle, Winship, *op.cit.* note 20, page V, Preface.

²²³ - *Ibidem*

²²⁴ - Article 9 de La Convention dispose: "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 observé par les parties à des contrats de même type dans la branche commerciale considérée", dans La Convention, *op.cit.* note 5, page 61; Audit, *op.cit.* note 191, page 45.

consenti. Poussant loin le rôle des usages dans la vente internationale, ce même article lit que “sauf accord contraire, les parties 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”. Pour les auteurs, les usages s’appliquent maintenant par “l’effet de la Convention, c’est-à-dire de la loi”. Par ailleurs, la doctrine américaine estime que les Incoterms présentent les caractéristiques de l’usage “largement connu” dans le commerce international dont fait référence précisément la Convention. Sur l’importance de l’article 9(2) et des effets de la Convention aux États-Unis, il serait important de lire le fameux cas *St. Paul Guardian Insurance Co., and Travelers Insurance Company v. Neuromed Medical Systems & Support*. Dans cette affaire le tribunal, ayant admis l’application de la Loi allemande qui incorpore la Convention des Nations–Unies sur la vente internationale de marchandises, s’est conformé aux dispositions de l’article 9(2) et a décidé que, conformément à l’Incoterm C.I.F., le risque passe à l’acheteur, lorsque la marchandise est livrée au transporteur à l’embarquement. La sentence lisait également que les Incoterms fournissent un jeu de règles internationales pour l’interprétation des termes de vente utilisés dans le commerce extra-frontalier.²²⁵

2.2.3 Le pouvoir des parties de choisir la loi applicable au contrat, les dispositions de la *Section 1-105(1)*

Dans ce paragraphe, nous essayons de répondre à la question suivante: les parties possèdent-elles le pouvoir d’appliquer les Incoterms à leur contrat en fonction des dispositions du Code qui traitent du choix de la loi applicable?

La *Section 1-105(1)* du Code²²⁶ dispose: “...lorsqu’une transaction possède une relation raisonnable avec le présent état (l’état du for)et aussi avec un autre état ou nation, les parties peuvent convenir que la loi de cet état ou d’un tel autre ou nation régira leurs droits et obligations. Faute d’un pareil consentement, le présent Code s’appliquera chaque fois que la transaction possède une relation appropriée avec l’état du for”.²²⁷

²²⁵ - Folsom, Gordon, Spanogle, op.cit.note 4, page 72. Voir aussi dans ce sens, *St Paul Guardian Insurance Company v.Neuromed Medical Systems & Support*, 2002 U.S. Dist. Lexis 5096, en ligne à: www.lexis.com/research/lawschool.

- *St Paul Gardian Insurance Co.v.Neuromed Medical Systems & Support*, U.S. District Court, S.D. New York, March 26, 2002. Lire dans cette affaire, sur l’application des Incoterms, l’opinion du juge Sidney H. Stein, en ligne à: <http://lexis.com>

²²⁶ - UCC § 1-105.

²²⁷ - UCC § 1-105 (1);

L'*Official Comment 1* ajoute que la *Section 1-105(1)* sus-mentionné affirme le droit des contractants à une transaction commerciale internationale de choisir la loi applicable à leur contrat.²²⁸

Regardons dans les lignes suivantes l'évolution de la doctrine et de la jurisprudence relativement au principe de la liberté du choix de la loi applicable.

2.2.3.1 La doctrine, la position des tribunaux et la question du choix de la loi applicable au contrat international

- La doctrine

Le principe du choix de la loi applicable à un contrat par les parties n'a pas été toujours accepté par les juristes américains²²⁹. Sur cette aversion, un auteur a écrit en 1927 que "la validité d'un contrat est déterminée par les parties; cette règle fréquemment annoncée tient debout difficilement sur le plan théorique et pratique...le contrat est le résultat de l'application des règles de la loi sur les actes des parties...comment ces derniers peuvent-ils déplacer la loi du lieu où leur actes sont conclus en adoptant une loi de leur choix au contrat?"²³⁰ Aujourd'hui, le principe du choix est accepté.²³¹ La condition de ce choix est la relation raisonnable entre le contrat et la loi choisie.²³² La doctrine estime même²³³ que les tribunaux des États-Unis tendent en général à reconnaître le principe de l'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux.²³⁴ À cet effet, plusieurs cas de principe (*foundation case*) ont été cités.

- La position des tribunaux

a- Le cas *M/S Bremen v. Zapata Off-Shore Co*

Dans le cas *M/S Bremen v. Zapata Off-Shore Co*²³⁵, il a été jugé en faveur du pouvoir des contractants de choisir le lieu du tribunal (compétence territoriale) qui tranchera de leur litige. Cependant, une

²²⁸ - UCC § 1-105, *Official Comment 1*, op.cit.note 3, page 30. Voir aussi: - Hawkland UCC Series § 1-105:4, Article 1. General provisions, "Territorial Application of the Act; Parties' Power to choose Applicable Law", en ligne à <http://lawschool.westlaw.com> ; Lary Lawrence, dans, Anderson on the Uniform Commercial Code, Article 1. General Provisions, "Territorial Application of the Act; Parties' Power to Choose Applicable Law", 1A Anderson UCC § 1-105:61, en ligne à <http://lawschool.westlaw.com>

²²⁹ - Robert A. Leflar, "Conflict of Laws Under the U.C.C.", 35 Ark. L. Rev. 87 (1981-1982).

²³⁰ - H. Goodrich, Conflicts of Law, 232 (1927), dans Robert Leflar, op.cit. note 229, page 96.

²³¹ - Robert Leflar, op.cit. note 229, page 96.

²³² - Ibidem.

²³³ - Folsom, Gordon, Spanogle, op.cit.note 4, page 14.

²³⁴ - Ibidem

²³⁵ - Ibidem; *M/S Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1, 92 S.Ct. 1907, 32 L.E.d.2d 513 (1972), dans cette affaire, une compagnie allemande devait transporter une plate-forme pétrolière appartenant à une compagnie américaine, de la Louisiane jusqu'en Italie. Durant le transport, la plate-forme a été endommagée en face des côtes de la Floride, où la compagnie américaine tenta un procès pour rupture de contrat. Le transporteur allemand demanda l'application de la clause du choix du forum stipulé dans le contrat, qui désigne l'Angleterre comme juridiction. La Supreme Court of the U.S., soutint que la clause du choix du forum doit être respectée. Les auteurs

controverse persista du fait que le cas *Bremen* autorise le choix du tribunal et non de la loi. En 1992, le cas *Milanovich v. Costa Crociere, S.p.A.*, interpréta le cas *Bremen* dans le sens du pouvoir des parties de choisir la loi applicable à leur contrat.²³⁶

Aujourd'hui, et relativement au cas *Bremen*, la *United States Supreme Court* admet tout choix de loi exprimé par les parties à une transaction internationale, en application d'une "politique visant à encourager le choix contractuel privé des règles de conflit de loi dans le contexte du commerce international".²³⁷

Le paragraphe précédent montre que la doctrine et la jurisprudence admettent la liberté des parties de choisir la loi applicable à leur contrat en matière de transaction internationale.

Enfin, s'il est établi que la *Section 1-105(1)* du Code traite du droit des parties de choisir la loi applicable, la question qui se pose est celle de savoir le fondement juridique permettant aux tribunaux l'application de l'Incoterm qui est un usage international comme on l'a déjà vu et non pas une loi ? Deux cas, à cet effet, sont à considérer.

b- Le cas *Phillips Puerto Rico Core, Inc. v. Tradax Petroleum Ltd.*

On a vu que le Code considère l'accord contractuel comme la transaction des parties exprimée par leur propre terme et aussi par toutes les autres circonstances incluant entre autres "l'usage de commerce".²³⁸ Nous avons vu aussi que le caractère supplétif du Code et l'adoption du principe de la liberté contractuelle permettent aux parties de modifier les dispositions des termes de livraison de l'Article 2 et choisir d'interpréter les stipulations de leur contrat en fonction d'un usage international. Dans le cas présent, les parties ont fait une référence expresse à l'*Incoterm*. La tribunal a considéré l'Incoterm comme un usage et non une loi pour justifier de son application. La sentence lisait: "l'accord stipulait l'application des *Incoterms* 1980 de la CCI, un jeu de termes standardisés conçu pour les contrats de commerce internationaux".²³⁹

considèrent que cette affaire porte sur le lieu de sélection du forum et non pas sur le choix de la loi, en ligne à: www.lexis.com/research/lawschool.

²³⁶ - *Milanovich v. Costa Crociere, S.p.A.*, 954 F.2d 763 (D.C.Cir.1992), dans, Folsom, Gordon, Spanogle, Jr., *op.cit.* note 4, page 14. Dans cette affaire, la conclusion du tribunal était la suivante: "les passagers d'une croisière revendiquèrent l'application de la loi italienne comme étant la loi du contrat. La partie opposée à son application n'avait pas prouvé que la clause, stipulant le choix de la loi italienne, est injuste, non raisonnable et viole l'ordre public américain. Par conséquent, nous ne voyons aucune raison pour refuser l'application de la loi italienne". La décision mentionne encore le suivant: "lorsque dans le cas *Bremen*, la Cour approuva le choix du lieu du tribunal, elle acceptait aussi l'application de la loi du lieu du tribunal", en ligne à: www.lexis.com/research/lawschool

²³⁷ - Folsom, Gordon, Spanogle, Jr., *op.cit.* note 4, page 14.

²³⁸ - UCC § 1-201(3).

²³⁹ - 782 F. 2d 314; 1985 U.S. App. Lexis 23209; 41 U.C.C. Rep. Serv. (Callaghan) 1678; 1986 AMC 184.

À l'occasion du jugement, le juge *Mansfield* écrit: " *The agreement incorporated the International Chamber of Commerce 1980 Incoterms, a set of standardized terms for international commercial contracts, which define a C*

c- Le cas *Banco Nacional de Desarrollo v. Mellon Bank*.²⁴⁰

Dans cette affaire, il a été décidé que les “Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires”²⁴¹ sont considérées comme une forme écrite de pratique coutumière. Elles ne sont pas des lois substantielles d’un état donné. Par conséquent, les parties contractantes ne peuvent pas les considérer comme la loi choisie pour être appliquée à leur contrat en fonction des Sections du Code portant sur les règles de conflit.²⁴²

En concluant, notons que la Section II du Chapitre II est inspirée de la construction doctrino-jurisprudentielle introduite par l’oeuvre de *Folsom, Gordon, Spanogle*, « *International Business Transaction* », *supra* note 4.

Les auteurs nous expliquent pourquoi et comment le Code permet, à l’échelle des États-Unis, d’adopter la qualification « usage de commerce international » à l’Incoterm, ainsi que le fondement de cette qualification sur l’échelle internationale en se référant aux directives de la CNUDCI (voir *infra* note 693). On est éclairé surtout sur les deux points de droit suivants : l’insertion explicite de l’Incoterm dans un contrat ainsi que son application à titre de stipulation contractuelle implicite d’un usage international.

Somme toute, cette doctrine précise que “la CCI est une entité non gouvernementale. Par conséquent, les *Incoterms* ne sont ni une législation, ni un traité international. Ils ne constituent pas des règles de conflit. Ils sont une forme écrite d’usage et de coutume de commerce. C’est à ce titre que les parties peuvent les insérer explicitement dans leur transaction.

La CNUDCI qualifie les Incoterms comme des usages de commerce international. À ce titre, et conformément à l’article 9(2) de La Convention, même lorsque les Incoterms ne sont pas insérés expressément, ils sont appliqués comme étant une stipulation contractuelle implicite d’un usage international. Notons que cette dernière qualification leur est attribuée également par la doctrine des États-Unis. Rappelons en outre, que le caractère supplétif des *Sections* du Code permet aux contractants de modifier l’étendue légale des termes de vente dont il dispose, voire même de choisir à leur place le recours à un *Incoterm*. C’est dans ce sens que les tribunaux des États-Unis décident.

& *F contract...*”; en ligne à: <http://lexis.com>. Il serait intéressant de lire également sur ce sujet, *Madeirens do Brasil S/Av. Stulman-Emrick Lumber Co.*, 147 F.2d 399, 402 (2d Cir.), en ligne à: <http://lexis.com>

²⁴⁰ - *Banco Nacional de Desarrollo v. Mellon Bank, N.A.*, C.A.Pa.1984, 726 F.2d 87., UCC § 1-105, Notes of Decisions 4, *Uniform Laws Annotated*, UCC, *op.cit.* note 3, page 34.

²⁴¹ - La nouvelle version est la “ICC Uniform Customs Practice for Documentary Credits (UCP500)”.

²⁴² - *Supra*, note 178.

Lorsque c'est le Code, et non La convention, qui est la loi applicable au contrat, sans qu'un terme de vente soit mentionné dans ce dernier, les Incoterms restent applicables en leur qualité d'usages de commerce conformément au Code ». ²⁴³

Dans cette section, nous avons traité de l'aspect juridique et du rôle de la notion d'usage dans l'application des termes de vente; nous avons voulu, surtout, mettre l'emphase sur l'opinion doctrinale émise par la CCI, faisant appartenir les Incoterms à ces "usages qui, dans le commerce international, sont largement connus et régulièrement observés". ²⁴⁴ Nous avons vu aussi que la nature juridique des Incoterms est celle "d'usages du commerce international pour l'interprétation des termes commerciaux". ²⁴⁵ Ces positions bien claires et précises de la CCI sur l'identité juridique des Incoterms sont suivies par la doctrine américaine, lorsqu'elle écrit " les Incoterms ne sont ni une législation, ni un traité international et ne constituent pas des règles de conflit. Ils sont une forme écrite d'usage et de coutume de commerce. Lorsqu'ils ne sont pas insérés expressément dans le contrat, ils sont alors considérés comme une stipulation contractuelle implicite d'un usage international." ²⁴⁶ Signalons enfin que l'article (9)(2) de La Convention ²⁴⁷ confirme la nature "d'usages de commerce international" des Incoterms, et ouvre la voie facile à leur utilisation par le commerçant résidant aux États-Unis ainsi qu'à leur application par le juge du for américain, chaque fois que les circonstances du contentieux l'exigent.

À retenir de cette première partie:

- L'existence des termes de vente ou de livraison, autres que les Incoterms, introduits par l'Article 2 du Code de commerce uniforme.
- La divergence existante dans l'interprétation de la portée des obligations réglementées par les Incoterms et les termes cités par l'Article 2 malgré la similarité de l'acronyme.
- La domiciliation de l'une des parties à la transaction aux États-Unis crée un facteur de rattachement à la juridiction de ce pays. À cet effet, les parties doivent préciser la nature de l'institution de l'appartenance du terme, à savoir les Incoterms ou les termes du Code. Toute négligence dans la spécification entraîne l'émergence d'un conflit ou d'une confusion litigieuse, portant de graves répercussions sur l'économie du contrat.

²⁴³ - Folsom, Gordon, Spanogle, Jr., op.cit. note 4, page 72; Sur les directives de la CNUDCI voir infra note 693.

²⁴⁴ - Idem, op.cit. note 72, page 33. Les auteurs mentionnent que "L'adoption des Incoterms par les milieux du commerce américain en 1980 ne fait que renforcer cette situation".

²⁴⁵ - Ibidem

²⁴⁶ - Supra, op.cit. note 194.

²⁴⁷ - Supra, op.cit. note 175.

En d'autres termes les parties verront s'appliquer à leur contrat un terme de vente imposé par le juge du for et qui n'est pas nécessairement conforme à leur volonté.

La seconde partie est une étude des obligations réglementées par les Incoterms et les termes de vente dont dispose l'*Article 2* dans le cadre des deux contrats de vente à expédition et à destination. Cette partie nous permettra d'appréhender l'ampleur des divergences existantes entre ces deux corps de termes de vente et de cerner les graves répercussions que peut engendrer leur usage imprécis dans le contrat.

DEUXIÈME PARTIE

LES OBLIGATIONS RÉGLEMENTÉES PAR LES INCOTERMS ET PAR LES DISPOSITIONS DES TERMES DE LIVRAISON DE L'ARTICLE 2 DU CODE, LES ASPECTS JURIDIQUES ET TECHNIQUES

Dans cette deuxième partie du travail, nous essaierons d'analyser les différentes obligations que règlent les Incoterms ainsi que les dispositions correspondantes du Code. À cet effet, notre étude sera divisée en deux chapitres; le premier, à connotation juridique, portera sur les trois principales obligations constitutives de tout terme de vente, à savoir: la livraison, le transfert de risque, et la conformité de la marchandise opérant paiement. À noter que cette dernière obligation, bien qu'elle soit mentionnée dans les Incoterms, cependant son application n'est pas réglementée. Dans le second chapitre, nous verrons les autres obligations inhérentes aux termes de ventes, à savoir: fournir les licences, les autorisations, et l'accomplissement des formalités; le transport et l'assurance; la répartition des frais, l'avis à donner à l'autre partie; la preuve de la livraison; la vérification, l'emballage et l'inspection de la marchandise.

Signalons enfin que le fait d'exposer, dans une même section, les caractéristiques des obligations traitant du même sujet dans les deux corps de termes de vente, ne vise pas à trouver une plate-forme de similitude ou de divergence, mais bien au contraire, à mettre l'emphasis sur la différence substantielle existant entre les Incoterms et les termes de vente de l'*Article 2*. Pour cette raison, nous avons exclu, à la fin de chaque section, l'insertion de paragraphes portant toute forme de comparaison.

Chapitre I

L'étude comparative des trois obligations principales constitutives de chaque terme de vente, la livraison, le transfert de risque et conformité de la marchandise opérant paiement

Ce chapitre porte sur les données juridiques principales entrant dans la constitution des termes de vente. Nous verrons l'importance que représente le moment de la livraison. Le lien existant entre la livraison et le transfert de risque. L'effet de l'individualisation de la marchandise sur le transfert de risque. La séparation entre le transfert de propriété et les deux obligations sus-mentionnées. Les conditions d'attribution du risque, et certainement la question du règlement de prix.

Section I: La livraison et le transfert de risque dans les Incoterms et les termes de livraison du Code

Nous savons déjà que la Chambre de commerce réglemente les obligations des parties dans les treize termes de vente. À cet effet, elle les répartit en dix articles: les articles A1 à A10, définissant les obligations du vendeur, et les articles B1 à B10, définissant les obligations de l'acheteur.

Tableau 1.1
Les obligations respectives des parties réparties en dix articles.

OBLIGATIONS DU VENDEUR	OBLIGATIONS DE L'ACHETEUR
A1- Fournir une marchandise conforme au contrat.	B1- Payer le prix.
A2- Fournir les licences, autorisations, accomplir les formalités.	B2- Fournir les licences, autorisations, accomplir les formalités.
A3- Prendre en charge le transport et l'assurance.	B3- Prendre en charge le transport.
A4- La livraison	B4- Prendre livraison.
A5- Le transfert des risques.	B5- Le transfert des risques.
A6- La répartition des frais.	B6- La répartition des frais.
A7- Avis à donner à l'acheteur.	A7- Avis à donner au vendeur.
A8- Preuve de la livraison, document de transport ou données informatiques équivalentes.	B8- Preuve de la livraison, document de transport ou données informatiques équivalentes.
A9- La vérification et le marquage.	B9- Inspection de la marchandise.
A10- Autres obligations.	B10- Autres obligations.

D'autre part, le Code traite aussi des obligations de chacun du vendeur et de l'acheteur dans les termes de livraison dont il dispose. Cependant, l'approche du Code est de nature plutôt juridique que logistique, et les obligations des parties ne sont pas réparties en catégories similaires à celles des Incoterms. La raison est que les premières sont adressées à la communauté des gens du commerce international et cherchent à mettre en oeuvre une technique et un langage universel plus ou moins complet de la vente, tandis que le Code est conçu pour une application locale.

Avant d'entamer cette partie, signalons que les deux obligations de livraison et de transfert de risques sont interdépendantes. En effet, pour qu'il y ait transfert de risque, il faut que la marchandise soit engagée dans le processus de livraison.²⁴⁸

Le corélat de ces obligations est la fourniture par le vendeur d'une marchandise conforme au contrat.²⁴⁹ Cette exigence soulève les questions de "l'individualisation de la marchandise"²⁵⁰, de "l'intérêt assurable",²⁵¹ ainsi que "du délai de la livraison".²⁵²

L'importance des deux obligations, de livraison, et de livraison conforme au contrat, a poussé un juriste à écrire: "c'est au cours de leur étude que se rencontrent les particularités les plus notoires de la vente commerciale internationale".²⁵³

Concernant le transfert des risques dans le contrat de vente, deux phases chronologiques sont à considérer.

Au cours de la première, la tradition civiliste appliquait l'adage "*res perit domino*".²⁵⁴ C'est sous l'influence de cette règle de droit que s'expliquait "l'intime relation existante entre le transfert de propriété et le transfert des risques".²⁵⁵ Parallèlement,²⁵⁶ l'*Uniform Sales Act* aux États-Unis, en application des principes de la *Common Law*, faisait assumer dans sa *Section 22* le risque à la partie qui détient le titre de propriété de la marchandise.²⁵⁷

Dans la seconde phase, la doctrine chercha à séparer le transfert des risques de la propriété, en reconsidérant certaines caractéristiques juridiques de la notion de vente. Ainsi, il a été soutenu que la

²⁴⁸ - Khan, *op.cit.* note 10, page 219.

²⁴⁹ - *Idem*, *op.cit.* note 10, page 80.

²⁵⁰ - Cette expression est utilisée par tous les Incoterms, à l'occasion des deux obligations de l'acheteur B5 et B6. , Incoterms 2000, *op. cit.* note 2.

²⁵¹ - Cette expression est utilisée par les deux Incoterms C.I.F. et C.I.P., A3 (b), portant sur l'obligation du vendeur de conclure un contrat d'assurance, Incoterms 2000, *op. cit.* note 2.

²⁵² - Jolivet, *op.cit.* note 84, page 259.

²⁵³ - Khan, *op.cit.* note 10, page 80

²⁵⁴ - Eisemann, Derains, *op.cit.* note 14, page 12.

²⁵⁵ - *Ibidem*

²⁵⁶ - Williams L. Stephen, "Risk of Loss Under the Uniform Commercial Code", (1973-1974) 7 Ind. L. Rev. 711, en ligne à: www.HeinOnline.com

²⁵⁷ - *Section 22* of the Uniform Sales Act dispose: "Sous réserve d'un accord différent entre les parties, le propriétaire assume les risques de la marchandise jusqu'au transfert de la propriété à l'acheteur, sauf qu'après ce transfert le risque incombe à ce dernier avec ou sans livraison de marchandise...", *Ibidem*.

loi sur la vente dans presque toutes les législations ne relève pas de l'ordre public,²⁵⁸ par conséquent, la vente est de nature consensuelle.²⁵⁹ À cet effet, les parties peuvent, par leur mutuel consentement, "avancer ou retarder le transfert de propriété, disjoindre le transfert des risques du transfert de propriété."²⁶⁰

S'appuyant sur ce caractère supplétif de la loi sur la vente, et dans un souci d'uniformiser les règles d'interprétation des termes de vente,²⁶¹ les *Incoterms* n'ont pas abordé le sujet de la propriété lors de la discussion du transfert de risque; ils ont adopté le principe voulant que ce dernier se réalise lorsque le vendeur exécute son obligation de livraison.²⁶²

Par ailleurs, en 1957, le Code a été promulgué aux États-Unis²⁶³. Une nouvelle approche régit dorénavant la question du transfert de risque. L'ancienne règle établie par l' "*Uniform Sales Act*", rattachant le transfert de risque à la propriété, tombe devant l'insistance de *Llewellyn*, rédacteur en chef du Code, qui voulait voir la réalisation du transfert de risque dépendre de la livraison de la marchandise.²⁶⁴

Rappelons, que sous l'égide du Code, les parties possèdent la liberté de faire valoir leur volonté contraire aux dispositions du texte en application du principe de la liberté contractuelle.²⁶⁵ Ainsi, lorsqu'ils insèrent un terme de livraison dans le contrat, ils peuvent modifier les dispositions de ce dernier et répartir leurs obligations respectives selon leur volonté

²⁵⁸ - Khan, *op.cit.* note 10, page 221.

²⁵⁹ - La nature consensuelle de la vente est claire dans l'article 1708 C.c.Q. qui dispose: "La vente est le contrat par lequel une personne, le vendeur, transfère la propriété d'un bien à une autre personne, l'acheteur, moyennant un prix en argent que cette dernière s'oblige à payer". Cet article est lu à la lumière de l'article 1377 du C.c.Q. qui dispose: "Les règles générales du présent chapitre s'appliquent à tout contrat, quelle qu'en soit la nature. Des règles particulières à certains contrats, qui complètent ces règles générales ou y dérogent, sont établies au titre deuxième de ce livre". Le titre 2 du livre cinq porte sur les contrats nommés et débute avec le Chapitre I portant "De la vente", l'article 1708 et suivant. D'où on déduit que "les règles générales sur les obligations et les contrats s'appliquent sur la vente, sauf lorsque des règles spécifiques sur la vente les supplantent", dans, William Tetley, Faculty of Law, McGill University, en ligne à: <http://tetley.law.mcgill.ca>; Voir aussi Code civil Français, Article 1582, Code civil de la Louisiane Article 2493.

²⁶⁰ - *Ibidem*

²⁶¹ - Eisemann, Derains, *op.cit.* note 72, page 10. Les auteurs nous expliquent qu'il était impossible pour les rédacteurs des *Incoterms* d'adopter des règles uniformes portant sur le transfert de propriété, à cause du grand nombre des droits nationaux et du lien entre le droit de propriété et le droit des biens. Comme ces derniers sont soumis au droit national du pays de leur emplacement, généralement le champ d'application du droit national varie dépendamment du droit international privé de chaque pays. Ainsi, qui dit marchandise, dit droit réel. Or, tout droit réel soulève une situation d'opposabilité aux tiers et les issues relatives à cette dernière relèvent des lois impératives des pays. Par conséquent, les *Incoterms*, dont l'application est fonction de la liberté contractuelle uniquement, n'aborderont pas la question de la propriété.

²⁶² - Ramberg, *op.cit.* note 17, page 11.

²⁶³ - Stone, *op.cit.* note 22, page X.

²⁶⁴ - U.C.C. § 2- 509, § 2-510, § 2- 301, § 2- 401, dans, Bradford Stone, *op.cit.* note 30, page 50; Alderman, *op.cit.* note 127, pp. 170-171-172; Robert L.Floss, Risk of Loss in Sales: "A Missing Chapter in the history of the U.C.C.: Through Llewellyn to Williston and A Bit Beyond", (1995-1996) 27 Pac. L. J. 161, en ligne à :

www.HeinOnline.com

²⁶⁵ - UCC §1-102(3).

1.1.1 L'analyse du fondement juridique de la notion de "livraison" dans les Incoterms

La notion de livraison est un élément clé dans chacun des treize *Incoterms*. Elle représente l'acte essentiel qui déclenchera le transfert des risques et les différents coûts relatifs à la vente.²⁶⁶

Les *Incoterms* ne fournissent aucune définition de la livraison.²⁶⁷ Par contre, on y trouve plusieurs approches doctrinaires dans ce sens. Ainsi, pour certains, la livraison est considérée comme l'ensemble des agissements et des actes accomplis par le vendeur, visant à permettre à l'acheteur de prendre possession de la marchandise;²⁶⁸ pour d'autres, les *Incoterms* opèrent deux types de livraison: "la livraison directe", dans laquelle la marchandise est remise à l'acheteur lui-même, et la "livraison indirecte" où la marchandise est remise à une personne interposée, entre les mains de laquelle le vendeur exécute son obligation de livrer."²⁶⁹

Pour saisir la véritable portée de la notion de livraison dans les *Incoterms*, il faut savoir que pour ces derniers, la vente ne "doit pas être envisagée comme un contrat translatif de propriété..., mais comme un contrat permettant en premier la transmission physique d'une marchandise".²⁷⁰ Signalons encore que l'obligation de livraison déclenche deux facteurs temporels importants: le moment de la livraison qui désigne la mise de la marchandise à la disposition de l'acheteur, et le délai à l'intérieur duquel la livraison doit être exécutée.²⁷¹

Le lieu de la livraison, qui constitue un paramètre géographique, représente le "point critique"²⁷² de la passation des risques.²⁷³

Dans chacun des *Incoterms*, le vendeur est obligé de mettre la marchandise à la disposition de l'acheteur, conformément à la nature du terme de vente en question.²⁷⁴

En général, dans la plupart des *Incoterms*, la livraison se réalise par le déplacement matériel de la marchandise ou par sa mise à la disposition de l'acheteur, comme c'est le cas dans la vente EXW à l'usine.²⁷⁵

Enfin, pour souligner l'importance de cette obligation, une certaine doctrine considère que l'objet primordial des *Incoterms* est "d'assurer la livraison".²⁷⁶

²⁶⁶ - Jolivet, *op.cit.* note 84, page 250.

²⁶⁷ - Jolivet, *op.cit.* note 84, page 251.

²⁶⁸ - Bernard Audit, La vente internationale de marchandises. Convention des Nations Unies du 11 avril 1980, page 80, dans, Jolivet, *op.cit.* note 84, page 251.

²⁶⁹ - Eisemann, Derains, *op.cit.* note 72, page 10.

²⁷⁰ - *Ibidem*

²⁷¹ - *Ibidem*; Voir aussi, Jolivet, *op.cit.* note 84, page 253.

²⁷² - Incoterms 2000, *op.cit.* note 2, page 14.

²⁷³ - *Ibidem*

²⁷⁴ - Incoterms 2000, *op.cit.* note 2

²⁷⁵ - Jolivet, *op.cit.* note 84, page 252.

Tableau 1.2
L'obligation de livraison dans les *Incoterms*

Incoterms	Obligation de livraison
EXW A L'USINE (...lieu convenu)	Lorsque la marchandise est mise à la disposition de l'acheteur dans l'établissement du vendeur.
FCA TRANSPORTEUR (...Lieu convenu) FRANCO	Lorsque la marchandise est remise dédouanée à l'exportation au transporteur désigné par l'acheteur, au lieu et point convenu.
FAS FRANCO LONG DU NAVIRE (...Port d'embarquement convenu)	Lorsque la marchandise a été placée dédouanée le long du navire, sur le quai ou dans les allées au port d'embarquement convenu, selon l'usage du port.
FOB FRANCO BORD (...Port d'embarquement convenu)	Lorsque la marchandise passe le bastingage du navire au port d'embarquement désigné, selon l'usage du port et à la date ou dans le délai stipulé.
CFR COÛT ET FRET (...Port de destination convenu)	Lorsque la marchandise passe le bastingage du navire au port d'embarquement, à la date ou dans le délai stipulé.
CIF COÛT, ASSURANCE ET FRET (...Port de destination convenu)	Lorsque la marchandise est livrée à bord du navire au port d'embarquement et à la date ou dans le délai prévu.
CPT PORT PAYE JUSQU'À (...Lieu de destination convenu)	Lorsque la marchandise est livrée au transporteur ou, s'il y a des transporteurs successifs, au premier transporteur, à la date ou dans le délai stipulé en vue de son transport jusqu'au lieu de destination convenu.
CIP PORT PAYE, ASSURANCE COMPRISE, JUSQU'À (...Point de destination convenu)	Lorsque la marchandise est livrée au transporteur ou, s'il y a des transporteurs successifs, au premier transporteur, à la date ou dans le délai stipulé en vue de son transport jusqu'au lieu de destination convenu.
DAF RENDU FRONTIERE (...Lieu convenu)	Lorsque la marchandise est mise à la disposition de l'acheteur au lieu de livraison convenu à la frontière, à la date ou dans le délai stipulé.
DES RENDU EX SHIP (...Port de destination convenu)	Lorsque la marchandise, non dédouanée à l'importation, est mise à la disposition de l'acheteur à bord du navire au point de déchargement usuel du port de destination désigné à la date ou dans le délai stipulé dans le contrat de vente.
DEQ RENDU À QUAI (DROITS ACQUITTÉS) (...Port de destination convenu)	Lorsque la marchandise est mise à la disposition de l'acheteur sur le quai ou la débarcadère, au port de destination convenu, à la date ou dans le délai stipulé.
DDU RENDU DROITS NON ACQUITTÉS (...Lieu de destination convenu)	Lorsque la marchandise est mise à la disposition de l'acheteur au lieu convenu dans le pays d'importation.
DDP RENDU DROITS ACQUITTÉS (...Lieu de destination convenu)	Lorsque la marchandise est mise à la disposition de l'acheteur au lieu convenu dans le pays d'importation.

²⁷⁶ - Jean Guedon, Le long courrier, Bull. N. 24, août-septembre-octobre 1996, page 33, dans, Emmanuel Jolivet, op.cit.note 84, page212.

1.1.2 L'analyse du fondement juridique de la notion "transfert de risque" dans les Incoterms

Dans la chronologie de la formation d'un contrat de vente, la notion de "transfert de risque" n'est concevable qu'après la conclusion définitive de la transaction.²⁷⁷ Suite à cette étape, les parties doivent envisager de mettre à exécution une forme de logistique visant l'acheminement et la livraison de la marchandise.²⁷⁸ Ainsi, et à l'exception de la vente EXW à l'usine (...lieu convenu)²⁷⁹ où la livraison a lieu dans les locaux du vendeur, la marchandise doit voyager, et par conséquent, courir de nombreux risques²⁸⁰ avant d'être livrée à destination. Donc, ce n'est qu'en entamant l'opération de livraison que le facteur de risque débute.²⁸¹

1.1.2.1 Le déclenchement du processus de transfert de risque

Relativement au déclenchement du processus de transfert de risque, il a été écrit:

"...une fois le marché définitivement conclu, si les marchandises sont accidentellement détruites ou endommagées, l'acheteur devra-t-il payer le prix ou sera-t-il libéré(et s'il a déjà payé, pourra-t-il se faire rembourser) puisque le vendeur ne peut pas remplir son obligation de livrer la chose?"²⁸²

Essayons de répondre à cette interrogation en analysant l'approche qu'adoptent les Incoterms relativement au transfert de risque. En effet, ces derniers considèrent deux genres de risque:²⁸³

Le risque qui est en rapport avec la marchandise, et celui qui est en rapport avec le transport.²⁸⁴

-Le risque qui est en "rapport avec la marchandise":

ce genre de risque est introduit par l'obligation A5 des Incoterms. Cette dernière stipule la responsabilité de l'exportateur d'assumer tous les risques de perte ou de dommage que peut courir la marchandise jusqu'au moment de la livraison²⁸⁵

²⁷⁷ - Khan, *op.cit.*note 10, page 219.

²⁷⁸ - *Ibidem*

²⁷⁹ - "Cette vente signifie que le vendeur a rempli son obligation de livraison quand la marchandise est mise à disposition dans son établissement", Incoterms 2000, *op.cit.*note2, page 28; à noter que le "U.C.C. ne cite pas la vente EX Works, cependant il décrit dans la Section 2-509(3) le cas de transaction possédant les mêmes caractéristiques qu'une vente EXW. Par exemple, lorsque l'acheteur doit prendre livraison dans les prémisses du vendeur, le transfert de risque passe à l'acheteur suite à la livraison", dans, Daniel E. Murray, "Risk of Loss of Goods in Transit: A Comparison of the 1990 Incoterms with Terms from Other Voices", (1991) 23 U MIA I A Law Rev.93, en ligne à : <http://lawschool.westlaw.com>

²⁸⁰ - Khan, *op.cit.*note 10, page, 219.

²⁸¹ - *Ibidem*

²⁸² - *Ibidem*

²⁸³ - Jolivet, *op.cit.*note 84, page258.

²⁸⁴ - *Ibidem.*

²⁸⁵ - Incoterms 2000, *op.cit.*note2, page 68.

Signalons que les *Incoterms* ne fournissent aucun détail relativement à la nature ou au genre du risque mentionné dans l'obligation A5 sus-mentionnée.²⁸⁶ Cependant, la doctrine en énumère trois: "la perte totale de la marchandise", "les avaries et les manquants" et "le retard d'arrivée de la marchandise en possession de l'acheteur".²⁸⁷

-Le risque qui est en "rapport avec le transport":²⁸⁸

les *Incoterms* associent²⁸⁹ ce genre de risque "aux frais supplémentaires, supportés par l'acheteur, et qui naissent d'événements intervenant après que la marchandise ait été livrée à bord du navire."²⁹⁰

1.1.2.2 Les conditions d'attribution du risque

Pour que le risque soit imputable à une partie, les conditions suivantes sont exigées:

a- il doit présenter un "caractère fortuit."²⁹¹;

b- il faut que la marchandise soit individualisée.²⁹²

Considérons, dans les lignes qui suivent, chacune de ces conditions.

- Le caractère fortuit du risque:²⁹³

Le caractère fortuit du risque désigne le cas "où les marchandises sont accidentellement détruites ou endommagées".²⁹⁴

Regardons les situations qui ne présentent pas ce caractère:²⁹⁵

- la première est celle qui vise le cas où la marchandise est détruite avant le commencement du processus de livraison. En d'autres termes, lorsque la marchandise est toujours sous le contrôle du vendeur. Dans ce contexte précis, où le vendeur ne peut plus livrer une marchandise endommagée, "le problème se pose en terme d'exécution ou d'inexécution d'une obligation contractuelle";²⁹⁶

²⁸⁶ - Jolivet, *op.cit.* note 84, page 258.

²⁸⁷ - Carol Xueref, Les *Incoterms* 1990, dans, Les contrats de vente internationale de marchandises, sous la dir. de François Dessemontet, CEDIDAC, n.20, Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne, 1991, dans, Emmanuel Jolivet, *op.cit.* note 84, page 258.

²⁸⁸ - Jolivet, *op.cit.* note 84, page 258.

²⁸⁹ - *Ibidem*

²⁹⁰ - Ramberg, *op.cit.* note 17, page 110.

²⁹¹ - Jolivet, *op.cit.* note 84, page 258; Ramberg, *op.cit.* note 17, page 99.

²⁹² - Eisemann, Derains, *op.cit.* note 72, page 14.

²⁹³ - Khan, *op.cit.* note 10, page, 219

²⁹⁴ - *Ibidem*; Eisemann, Derains, *op.cit.* note 72, page 12; Ces derniers donnent les exemples suivants d'accidents fortuits: "Chute d'un objet sous palan au cours d'un embarquement, déraillement d'un train, une réquisition, un embargo..."

²⁹⁵ - Khan, *Infra*, note 297.

²⁹⁶ - *Ibidem*

- la seconde est celle qui se présente lorsque l'acheteur prend livraison de la marchandise. Dans ce cas le vendeur n'est plus responsable du risque, puisqu'il aurait acquitté ses obligations;²⁹⁷

- la troisième est celle où la marchandise est détruite ou endommagée par la faute de l'une des parties au contrat.²⁹⁸ Dans ce cas le dommage est évalué et réparé suivant les principes de la responsabilité contractuelle,²⁹⁹ par exemple: "lorsque le vendeur expédie une marchandise fragile dans un emballage inapproprié et que cette dernière arrive détériorée à cause du mauvais conditionnement"³⁰⁰.

Ainsi, la notion de risque, comme introduite par les *Incoterms*, ne doit pas être "confondue avec la notion de responsabilité pour faute".³⁰¹ La cause du risque doit "être étrangère au vendeur et à l'acheteur".³⁰²

En récapitulant, nous constatons que les *Incoterms* se basent sur la livraison pour déterminer le transfert des risques.³⁰³ Cela signifie que le contrat de vente comme tel ainsi que le principe *res perit domino* n'opèrent pas transfert de risque. Pour la doctrine, la partie qui exerce "une puissance directe sur la marchandise assume le risque".³⁰⁴

1.1.2.3 L'individualisation de la marchandise, condition nécessaire pour la passation du risque.³⁰⁵

Pour que le transfert de risque passe, il faut que la marchandise soit définie conformément au contrat.³⁰⁶ C'est la procédure de l'individualisation, qui est décrite comme "l'opération juridique par laquelle la marchandise est nettement mise à part ou identifiée de toute autre façon comme étant la marchandise faisant l'objet du contrat".³⁰⁷

Signalons que les contrats de vente, dont l'objet porte sur des choses de genre (quantité de riz, de blé...), catégorie de transactions fréquentes dans les ventes internationales, sont à l'origine de la

²⁹⁷ - Khan, *op.cit.* note 10, page, 219

²⁹⁸ - *Ibidem*

²⁹⁹ - *Ibidem*

³⁰⁰ - Idem, *op.cit.* note 316, page 220; Emmanuel Jolivet, *op.cit.* note 63, page 258.

³⁰¹ - Jolivet fournit cette claire explication sur l'attribution des risques en précisant qu'elle a "pour finalité de désigner la partie au contrat de vente qui supportera l'inexécution éventuelle d'une obligation. Cela ne signifie pas que cette partie est l'auteur de l'inexécution, mais que les conséquences de l'inexécution seront supportées par cette partie, celle-ci ayant toute latitude pour exercer des actions récursoires contre l'auteur de l'inexécution", dans, Jolivet, *op.cit.* note 84, page 258.

³⁰² - Khan, *op.cit.* note 316, page 219

³⁰³ - Jolivet, *op.cit.* note 84, page 259.

³⁰⁴ - *Ibidem*.

³⁰⁵ - Eisemann, Derains, *op.cit.* note 72, page 14.

³⁰⁶ - *Ibidem*

³⁰⁷ - Frédéric Eisemann, Les Incoterms de La chambre de commerce international, Droit des affaires, Marché commun, Tome III: Pratiques commerciales, Jupiter, n. 24, dans, Jolivet, *op.cit.* note 84, page 125.

procédure d'individualisation.³⁰⁸ En effet, puisque les choses de genre ne sont pas un corps certain, il fallait être sûr que la marchandise endommagée est celle qui fait l'objet du contrat.³⁰⁹ C'est pour remédier à cette situation, que les Incoterms trouvent dans l'individualisation la condition nécessaire pour régler la question du transfert de risque.³¹⁰

À cet effet, une distinction a été établie entre les Incoterms impliquant une livraison directe, et ceux impliquant une livraison indirecte.³¹¹

Dans les premiers, le transfert de risque n'a lieu qu'à partir du moment où la marchandise est mise à la disposition de l'acheteur et après avoir été individualisée de façon appropriée.³¹²(EXW à l'usine, Ex Ship...)

Dans les seconds, le fait pour le vendeur de remettre la marchandise au transporteur opère l'individualisation.³¹³(F.O.B., C.I.F.,F.A.S...)

1.1.2.4 Conformité de marchandise et transfert de risque

On a vu que la livraison est la condition de l'attribution du risque. Cependant, lorsque l'obligation de livraison accuse une mauvaise exécution, le transfert de risque est-il affecté ?

Concrétisons cette question:

à supposer que le fait de livrer une marchandise non conforme constitue une mauvaise livraison, la question de la conformité de la marchandise, qui n'est pas un critère de la livraison, affecte-elle le transfert des risques?³¹⁴

La réponse à cette question est donnée par la doctrine qui considère que "Sous réserve que la marchandise vendue ne soit pas totalement différente de la marchandise objet de la vente, la livraison par le vendeur d'une marchandise non conforme ne fait pas obstacle au transfert des risques."³¹⁵

1.1.2.5 Le manquement de l'acheteur à ses obligations et le transfert de risque.

Il arrive que le vendeur se trouve dans l'impossibilité d'exécuter ses obligations en raison du manquement de l'acheteur à satisfaire les siennes.³¹⁶ Ainsi, conformément à l'obligation B7, ³¹⁷

³⁰⁸ - Derains, Transfert des risques de livraison, dans, *La convention de Vienne sur la vente internationale et les Incoterms*, Actes du colloque du 1er et 2 décembre 1989, Sous la direction de Yves Derains et de Jacques Ghestin, Paris, L.G.D.J., 1990, page 132

³⁰⁹ - *Ibidem*

³¹⁰ - *Ibidem*.

³¹¹ - *Ibidem*; voir aussi: Jolivet, *op.cit.* note 84, page 262.

³¹² - *Ibidem*; voir aussi: Jolivet, *op.cit.* note 84, page 263; Eisemann, Derains, *op.cit.* note 72, page 11

³¹³ - *Ibidem*; voir aussi Jolivet, *op.cit.* note 84, page 263; Eisemann, Derains, *op.cit.* note 72, page 11

³¹⁴ - Jolivet, *op.cit.* note 84, page 260.

³¹⁵ - *Ibidem*

³¹⁶ - Yves Derains, *op.cit.* note 308, page 132; voir aussi: Jolivet, *op.cit.* note 84, page 262.

lorsque l'acheteur qui est en droit de déterminer la date, dans un délai donné de la livraison, omet de notifier le vendeur dans une période raisonnable de son choix, cet acheteur assume, conformément à B5,³¹⁸ tous les risques de pertes que peut courir la marchandise à partir de la date d'expiration du délai fixé à cet effet.³¹⁹ Cette situation se trouve dans tous les Incoterms.

1.1.2.6 Le transfert de risque et le transfert de propriété dans les Incoterms.

Il est bien défini que l'étendue des Incoterms est limitée aux questions concernant les droits et les obligations des parties relativement à la livraison de marchandises.³²⁰ Bien que les Incoterms fournissent des règles pour la bonne exécution du contrat de vente, cependant ils ne traitent pas du transfert de la propriété, de l'inexécution du contrat et de ses conséquences ainsi que de l'exonération de responsabilité.³²¹ Comme on l'a déjà vu plus-haut, ces questions relèvent de la loi applicable au contrat.³²²

En conclusion, le transfert de risque, ainsi que l'obligation d'assumer les frais afférents à la marchandise, passent du vendeur à l'acheteur, une fois que le vendeur a satisfait son obligation de livraison.³²³ Par conséquent, le transfert de risque est complètement dissocié du transfert de la propriété.³²⁴

1.1.3 La livraison et le transfert de risque dans le Code – Conditions d'approche

Afin d'étudier les deux obligations de livraison et de transfert de risque, à l'occasion d'une vente internationale de marchandise conclue conformément aux dispositions de l'*Article 2* du Code, les données suivantes sont à prendre en considération:

- les termes de vente sont des mécanismes de livraison;³²⁵
- la livraison dans la vente commerciale s'effectue par l'expédition de la marchandise;³²⁶
- l'expédition de la marchandise est exécutée par un transporteur,³²⁷
- deux genres de contrat de livraison de marchandises sont réglementés par les dispositions supplétives du Code dépendamment de la nature de la livraison qu'ils opèrent.³²⁸ Ce sont les contrats à expédition

³¹⁷ - Incoterms 2000, *op. cit.* note 2.

³¹⁸ - *Idem*, *op.cit.*note 2, page 29.

³¹⁹ - *Idem*, *op.cit.*note2, pp. 29-31.

³²⁰ - *Idem*, *op.cit.*note 2, page 5.

³²¹ - *Idem*, *op.cit.*note 2, page 6.

³²² - *Supra*, page 56.

³²³ - *Idem*, *op.cit* note 2, page 12.

³²⁴ - Eisemann, Derains, *op.cit* note 72, page 14.

³²⁵ - UCC §2-319(1), UCC §2-320(1), UCC §2-323(1)

³²⁶ - UCC §2-319(2), UCC §2-320(2)(a), UCC §2-322(1), UCC §2-503(2)(3), UCC §2-504(a).

³²⁷ - UCC §2-504(a).

(le vendeur est exonéré de ses responsabilités en livrant au transporteur à l'expédition),³²⁹ et les contrats à destination (le vendeur doit livrer à une destination particulière).³³⁰ Les dispositions des termes de vente de l'*Article 2* relèvent entièrement, et sont rédigés en fonction, de cette répartition des deux contrats de livraison;³³¹

- le transfert de risque est réglementé également conformément aux deux contrats d'expédition et de destination³³² et son déclenchement ne dépend pas du titre de la propriété.³³³ La passation du risque est déclenchée suite à la livraison.³³⁴ L'*Article 2* dispose de deux situations pour l'attribution du transfert de risque: dans la première, aucune des parties n'est en rupture de contrat³³⁵, dans la seconde, l'une des deux l'est,³³⁶

- le terme de vente générique F.O.B. qui couvre le transport multimodal se réfère expressément dans ses deux volets-contrat à expédition et contrat à destination- aux dispositions de l'*Article 2* sur la livraison et le transfert de risque;³³⁷

- les dispositions de l'*Article 2*, relatives à la livraison et au transfert de risque, ne s'appliquent au contrat que dans le silence des parties. C'est l'effet du caractère supplétif du Code.³³⁸

Reste à indiquer que, pour appréhender l'étendue des deux obligations de livraison et de passation de risque dans l'*Article 2*, il est également important d'étudier les dispositions de ce dernier relativement à la question du transfert de la propriété, et de se familiariser avec les notions juridiques d'intérêt assurable et d'individualisation.

- L'*Article 2* et le transfert de propriété.

L'*Official Comment* de la *Section 2-101* précise que les obligations des parties dépendent des stipulations contractuelles.³³⁹ Le titre de propriété, sauf lorsque la loi dicte autrement, ne joue aucun rôle dans l'application des règles de vente dont dispose l'*Article 2*.³⁴⁰

³²⁸ - UCC §2-503(3), UCC §2-504.

³²⁹ - UCC §2-504

³³⁰ - UCC §2-503(3).

³³¹ - UCC §2-319(3)(4)

³³² - UCC §2-509(1)(a)(b)

³³³ - Gabriel & Rusch, *op.cit.* note 98, page 115.

³³⁴ - *Ibidem*

³³⁵ - UCC §2-509

³³⁶ - UCC §2-510

³³⁷ - UCC §2-503; UCC §2-504; UCC § 2-509(a); UCC §2-509(b)

³³⁸ - UCC § 1-101(3).

³³⁹ - UCC §2-101 dispose "le présent *Article* est conçu en fonction du contrat de vente et les multiples mesures nécessaires à son exécution. Les conséquences légales émanent directement du contrat ainsi que des mesures prises sous son égide. Le moment de transfert de propriété n'est pas un facteur déterminant, et est impossible à prouver... D'où la nécessité de substituer à cette abstraction la pertinence des mots et des actions à caractères

Ainsi, à moins d'un accord explicite différent entre les parties, le transfert de la propriété se réalise à la date et au lieu où le vendeur achève la livraison matérielle de la marchandise.³⁴¹

Signalons que le titre de propriété ne peut passer à l'acheteur avant l'identification de la marchandise au contrat de vente.³⁴²

Autres conséquences de la marginalisation du rôle du titre de propriété dans l'*Article 2*: le transfert de risque relève de l'offre de livraison (*Tender of Delivery*), de la livraison appropriée (*Due Delivery*), de l'assurance, et de la rupture du contrat (*Breach of Contract*).³⁴³

- L'intérêt assurable³⁴⁴

C'est l'intérêt légal que possèdent les parties dans la protection d'un bien de toute perte ou destruction. Autrement dit, "c'est le lien entre la chose assurée et un événement éventuel contre lequel la chose est assurée, de sorte que, si l'événement se réalise il causera une perte substantielle à la chose assurée".³⁴⁵

L'acheteur d'une police d'assurance doit avoir un intérêt assurable dans le bien assuré, autrement la police demeure sans force exécutoire.³⁴⁶ Nous verrons plus bas le rôle que joue cette notion dans la vente C.I.F. ainsi que dans l'identification de la marchandise.

- L'intérêt assurable de l'acheteur et du vendeur

L'acheteur obtient un intérêt assurable dans la marchandise lorsque cette dernière est individualisée.³⁴⁷

Considérons l'exemple suivant:

Dans un contrat de vente de marchandises, le vendeur identifie la marchandise qui doit être livrée à l'acheteur. Ce dernier, suite à l'identification, obtient un intérêt assurable sur la marchandise même s'il n'en est pas encore le propriétaire.³⁴⁸ Le vendeur³⁴⁹ garde un intérêt assurable dans la marchandise tant qu'il est le propriétaire ou qu'il possède une garantie sur cette dernière.³⁵⁰

tangibles"; Dans un contrat de vente le titre de propriété ne peut passer avant l'identification de la marchandise au contrat, dans, *Corpus Juris Secundum*, June 2004 Sales (CJS Sales § 214), en ligne à:

<http://lawschool.westlaw.com>

³⁴⁰ - UCC § 2-401; voir aussi, Gabriel & Rusch, *op.cit.* note 98, page 116.

³⁴¹ - UCC § 2-401(1)(2)

³⁴² - UCC § 2-401(1); Henry D. Gabriel & Linda J. Rusch, *op.cit.* note 29, page 116; Ray D. Henson, "The Law of Sales", American Law Institute, American Bar Association, Pennsylvania, 1985, page 89.

³⁴³ - Gabriel & Rusch, *op.cit.* note 98, page 115.

³⁴⁴ - *Insurable Interest*; UCC § 2-501(1)

³⁴⁵ - Patterson, "Essentials of Insurance Law", § 22 (2nd Edition 1957), dans Bradford Stone, *op. cit.* note 22, page 48.

³⁴⁶ - Blacks Law Dictionary, 8th Edition, 2004, en ligne à: <http://lawschool.westlaw.com>

³⁴⁷ - UCC § 2-501(1)

³⁴⁸ - UCC § 2-501(1), Stone, *op.cit.* note 22, page 49.

³⁴⁹ - UCC § 2-501(2), *Ibidem*

³⁵⁰ - *Ibidem*

Le meilleur exemple, sur le rôle que joue cette notion dans le contrat de vente, est fourni par le terme de vente C.I.F. Ici, l'intérêt assurable permet au vendeur de souscrire une assurance au profit de l'acheteur.³⁵¹ D'ailleurs, c'est le même raisonnement qui a été adopté dans les obligations A3 du vendeur dans les deux termes C.I.F. et CIP *Incoterms*.³⁵²

Signalons enfin que l'intérêt assurable du vendeur cesse en principe avec la livraison de la marchandise, du fait que cette dernière opère aussi transfert de risque.³⁵³

- L'individualisation de la marchandise (*Identification of Goods*)³⁵⁴

L'individualisation est la procédure par laquelle la marchandise est déterminée, devient spécifique, acquiert une identité, et se qualifie au contrat.³⁵⁵

L'identification ne peut porter que sur une marchandise existante. C'est l'application directe de la conception juridique anglo-américaine, voulant qu'aucun sujet de droit ne puisse revendiquer quelque chose d'inexistant.³⁵⁶ L'identification transforme ainsi la marchandise en une entité de droit permettant à l'acheteur de se prévaloir d'un intérêt assurable sur la marchandise.³⁵⁷

Les parties à un contrat peuvent, par leur accord mutuel, définir explicitement³⁵⁸ la manière de l'individualisation. Faute d'un tel accord, l'*Article 2* dispose de plusieurs règles supplétives pour le faire³⁵⁹. Ainsi, le texte considère que le fait d'expédier la marchandise, de la marquer ou de la désigner par tout autre moyen comme faisant objet du contrat, constitue des procédés d'identification.³⁶⁰

Ce que nous devons surtout retenir est que le transfert de propriété ne peut se réaliser sans l'individualisation de la marchandise.³⁶¹

1.1.4 La livraison dans Le Code

La livraison constitue l'une des obligations les plus importantes que le vendeur doit assumer.³⁶² À cet effet, il est établi que le devoir de tout vendeur est de livrer à l'acheteur une marchandise conforme au contrat.³⁶³

³⁵¹ - Alderman, *op.cit.* note 127, page 191; Stone, *op.cit.* note 22, page 49.

³⁵² - *Incoterms 2000*, *op.cit.* note 2, pp. 66-82.

³⁵³ - Alderman, *op.cit.* note 127, page 195.

³⁵⁴ - UCC § 2-501.

³⁵⁵ - 2Hawkland UCC Series § 2-501:2, *op.cit.* note 4, en ligne à: <http://lawschool.westlaw.com>

³⁵⁶ - *Ibidem*

³⁵⁷ - UCC § 2-501, *Official Comment 1*, *op.cit.* note 3, page 735.

³⁵⁸ - UCC § 2-501(1)

³⁵⁹ - UCC § 2-501(a)(b)(c); UCC § 2-501, *Official Comment 1*, *op.cit.* note 3, page 735.

³⁶⁰ - UCC § 2-105(b).

³⁶¹ - UCC § 2-501, *Notes of Decisions*, 2, *op.cit.* note 320, page 738; UCC § 2-401(1); Henson, *op.cit.* note 346, page 87; Alderman, *op.cit.* note 127, page 191; Hawkland, *op.cit.* note 192, *Ibidem*; UCC § 2-501(2); *Corpus Juris Secundum*, June 2004, Sales (CJS Sales S.214), en ligne à: <http://lawschool.westlaw.com>

Dans tous les contrats de vente internationale, la livraison de la marchandise nécessite le recours à un moyen de transport. Ainsi, le Code distingue entre les contrats à expédition “*Shipment Contracts*” et les contrats à destination “*Destination Contracts*.”³⁶⁴ On sait déjà que dans les premiers, le vendeur s’acquitte de ses obligations une fois que la marchandise est mise en la possession du transporteur.³⁶⁵ Dans les seconds, il s’en acquitte en offrant de livrer au point de destination convenu.³⁶⁶ Rappelons que les termes de vente de l’*Article 2* sont réglementés en fonction de ces deux contrats de livraison. Ainsi, nous étudierons les deux *Sections* 2-503 et 2-504, à caractère supplétif,³⁶⁷ qui disposent respectivement de la livraison dans les contrats à expédition et de l’offre de livraison dans les contrats à destination. Nous verrons ensuite l’application de ces *Sections* dans les termes de vente. Signalons que le terme “offre de livraison” “*Tender of Delivery*” désigne que le vendeur est en mesure de mettre à la disposition de l’acheteur tous les documents permettant à ce dernier de prendre possession de la marchandise. Cette procédure ne peut se réaliser que lorsque l’acheteur est prêt à assumer ses responsabilités.³⁶⁸

1.1.4.1 L’obligation du vendeur de livrer dans un contrat à expédition

La règle de base, dans ce genre de contrat, est que les parties peuvent, par leur mutuel consentement, définir les conditions de l’obligation de livraison.³⁶⁹ En l’absence d’un tel accord, les obligations du vendeur sont définies par la *Section* 2-504.³⁷⁰

Conformément aux dispositions de cette *Section* le vendeur doit:

- mettre la marchandise en la possession du transporteur et en conclure le contrat de transport;

³⁶² - Alderman, op.cit.note 127, page136.

³⁶³ - UCC § 2-301.

³⁶⁴ - 2 Hawkland UCC Series § 2-503: 4, op.cit.note 4, Manner of Seller’s Tender of Delivery, en ligne à: <http://lawschool.westlaw.com>

³⁶⁵ - UCC § 2-504 (a)

³⁶⁶ - UCC § 2-509 (b); UCC § 2-503 (3)

³⁶⁷ - James J.White, Robert S.Summers, 5th Edition, West Group, St.Paul, Minn., 2000, page 117.

³⁶⁸ - UCC § 2-503,Official Comment (1), Uniform Laws Annotated, Vol.2, UCC, St. Paul, Minn., West Publishing 1989, page 744, en ligne à: <http://lawschool.westlaw.com>

³⁶⁹ - UCC §2-504, op.cit.note 3, page750.

³⁷⁰ - UCC.§2-504 dispose: Lorsque le vendeur est tenu ou autorisé à expédier la marchandise, sans que le contrat n’exige une destination particulière, et sauf accord contraire entre les parties, il doit:

- (a) mettre la marchandise en la possession d’un transporteur, conclure un contrat pour la transportation de la marchandise tout en prenant en considération leur nature ainsi qu’aux différentes circonstances afférentes aux cas;
- (b) obtenir et livrer promptement ou offrir de livrer en bonne et dûe forme tout document nécessaire permettant à l’acheteur d’obtenir la possession de la marchandise ou de livrer comme requis par l’accord ou par les usages du commerce;
- (c) informer sans délai l’acheteur de l’expédition.

Le manquement du vendeur à son obligation de notifier l’acheteur conformément au paragraphe (c), ou de conclure le contrat convenable conformément au paragraphe (a) constitue une raison pour le rejet de la marchandise s’il en résulte (de ce manquement) un retard important ou une perte.

- obtenir et livrer, ou offrir de livrer, promptement en bonne et dûe forme, tout document nécessaire permettant à l'acheteur de prendre possession de la marchandise, ou agir à cette fin conformément soit à l'accord conclu, soit aux usages du commerce;
- informer l'acheteur, sans délai, de l'expédition de la marchandise.³⁷¹

Avant de détailler ces diverses obligations du vendeur, notons que les dispositions de la   2-504 s'appliquent aux termes de vente F.O.B. expédition, C.I.F., C.& F,³⁷² et à tout contrat d'expédition conclu sans intégration d'un terme de vente dans le contrat.

1.1.4.2 L'obligation du vendeur de mettre la marchandise en la possession du transporteur et d'en conclure le contrat de transport³⁷³

Vu la distance qui sépare les deux parties, et l'impossibilité pour l'acheteur de superviser le transport de la marchandise,³⁷⁴ surtout que la livraison ne se réalise qu'une fois la marchandise est dûment livrée au transporteur³⁷⁵ et que le risque passe aussi à partir de ce moment,³⁷⁶ le Code a pris soin d'imposer au vendeur un nombre de mesures visant à garantir une livraison appropriée.

Ainsi, le vendeur qui doit mettre la marchandise en la possession du transporteur, est tenu également de conclure avec ce dernier un contrat de transport afin d'expédier la marchandise.

Les conditions du contrat de transport³⁷⁷ doivent être conformes aux stipulations expr ses de l'accord conclu entre vendeur et acheteur. En l'absence d'un tel accord, le vendeur aura recours à des critères raisonnables.³⁷⁸

Il est d'usage, dans ces contrats pour le vendeur, de souscrire pour le compte et au profit de l'acheteur un contrat d'assurance couvrant les risques du transport.   cet effet, la jurisprudence fait assumer au vendeur la responsabilité des dommages éventuels, s'il s'avère que le montant de la couverture n'a pas été suffisant.³⁷⁹

³⁷¹ - UCC à 2-504 (b), *op.cit.* note 3, page 750.

³⁷² - UCC   2-504, Official Comment 1, *op.cit.* note 3, page 750, en ligne à: <http://lawschool.westlaw.com>

³⁷³ - UCC à 2-504 (a), *op.cit.* note 3, page 750.

³⁷⁴ - Alderman, *op.cit.* note 127, page 147.

³⁷⁵ - Henson, *op.cit.* note 242, page 119.

³⁷⁶ - UCC à 2-509 (1)(a), *op.cit.* note 3, page 776.

³⁷⁷ - UCC   2-504, Official Comment 2, *op.cit.* note 3, page 750.

³⁷⁸ - UCC   2-504, Official Comment 2, *op.cit.* note 3, page 751.

³⁷⁹ - *La Casse v. Blaustein*, 93 Misc. 2d 572, 403 N.Y.S.2d 440, 23 U.C.C. Rep. Serv. 907 (N.Y. Civ. Ct. 1978), dans, Henson, *op.cit.* note 242, page 120.

1.1.4.3 L'obligation du vendeur de remettre à l'acheteur tous les documents nécessaires lui permettant de prendre livraison de la marchandise.³⁸⁰

Pour que la livraison soit entamée, le vendeur doit, conformément à l'accord des parties ou en application des usages de commerce, livrer ou offrir de livrer, en bonne et dûe forme, à l'acheteur, tous les documents nécessaires lui permettant de prendre possession de la marchandise.³⁸¹

Dans le cas où la marchandise est expédiée moyennant un connaissement non-négociable, l'acheteur n'a pas besoin de posséder le connaissement pour qu'il puisse prendre livraison de la marchandise.³⁸²

Par contre, lorsque le contrat exige un connaissement négociable, l'acheteur a besoin de posséder la copie originale de ce connaissement afin de retirer sa marchandise.³⁸³

1.1.4.4 La prompt notification à l'acheteur de l'expédition de la marchandise.³⁸⁴

La doctrine précise qu'il est indispensable de notifier l'acheteur de la date exacte de la mise de la marchandise en la possession du transporteur et de la date de l'expédition, surtout s'il doit prendre des mesures appropriées pour la réception ou aussi souscrire des assurances.³⁸⁵

À noter que le critère de mesure de la rapidité de la notification est fonction des priorités et des exigences de l'acheteur.³⁸⁶

En outre, l'envoi d'une facture est considéré comme une norme acceptable de notification dans les ventes à expédition à crédit ouvert. Dans les ventes documentaires, le prompt envoi des documents constitue le mode acceptable de notification.³⁸⁷

Le Code qualifie cette prompt notification d'essentielle pour l'exécution convenable de la livraison. Le fait pour le vendeur de manquer à cette obligation, empêche le transfert de risque de passer à l'acheteur, suite à la mise de la marchandise en possession du transporteur.³⁸⁸

Notons enfin que lorsque le vendeur néglige de notifier rapidement de l'expédition, ou de la conclusion du contrat approprié pour le transport de la marchandise, et par conséquent l'acheteur se

³⁸⁰ - UCC §2-504 (b), *op.cit.*note 3, page750

³⁸¹ - Henson, *op.cit.*note 242, page 120.

³⁸² - *Ibidem.*

³⁸³ - *Ibidem.*

³⁸⁴ - UCC §2-504 (c), *op.cit.*note 3, page750

³⁸⁵ - Alderman, *op.cit.*note 127, page 147.

³⁸⁶ - *Ibidem.*

³⁸⁷ - UCC §2-504, *Official Comment 5*, *op.cit.*note 3, page 751.

³⁸⁸ - *Rheinberg-Kelleri GMBH v. Vineyard Wine Co.*, 53 N.C. App. 560, 281 S.E.2d 425, 32 U.C.C. Rep. Serv. 96 (1981), Henson, *op.cit.*note 242, page 121.

plaint d'un retard important dans la livraison ou d'une perte, ce dernier peut se prévaloir de cette situation pour refuser la marchandise³⁸⁹

1.1.4.5 La *Section 2-504* et l'obligation de livraison dans les termes de vente de l'*Article 2* traitant des contrats à expédition

Signalons d'emblée au début de ce paragraphe que les dispositions des termes de vente, traitant des contrats à expédition, sont conçues et rédigées en fonction de la *Section 2-504*. À cet effet, l'*Official Comment 1* de la *Section 2-504* mentionne que "Les principes généraux exprimés par la présente *Section* couvrent les contrats F.O.B. point d'expédition, C.I.F. et C.& F."³⁹⁰ Ajoutons aussi que la *Section 2-319* F.O.B., en traitant de l'obligation du vendeur de livrer et d'expédier la marchandise dans un contrat à expédition, dispose d'une référence expresse à la *Section §2-504*³⁹¹.

Par ailleurs, l'*Official Comment 2* de la *Section § 2-509*,³⁹² en évoquant la question de la livraison appropriée (*Duly Delivered*),³⁹³ condition *sine qua non* pour activer le transfert de risque dans les contrats à expédition, indique le suivant: "Afin que la marchandise soit convenablement livrée au transporteur ..., un contrat doit être conclu avec ce dernier conformément aux exigences de la *Section* portant sur l'expédition par le vendeur (§2-504)...".³⁹⁴

Le tableau qui suit montre la conformité des dispositions des termes de vente à expédition avec celles de la *Section 2-504*. Ce qu'il faut retenir est que les obligations réglementées par la *Section §2-504* sont un tout indivisible et que la livraison n'est appropriée qu'en respectant l'exécution de leur ensemble.³⁹⁵ Pour cette raison, nous les avons signalés dans chaque rubrique. Nous avons cité également dans toutes les cases du tableau les dispositions des paragraphes (1)&(3) de la *Section 2-323* pour rappeler que l'usage des termes de vente F.O.B. navire, C.I.F., C&F, est dans le cadre d'un contrat international,³⁹⁶ ce qui oblige le vendeur, sauf stipulation contraire, à obtenir un connaissance négociable statuant du chargement de la marchandise à bord. Pour les deux ventes C.I.F. et C.& F., le document "reçu pour expédition" peut remplacer le connaissance.³⁹⁷ Nous avons indiqué aussi la situation dans les Incoterms ayant un acronyme similaire. Cependant, il faut se rappeler toujours que ce n'est pas une comparaison entre les deux corps. Toute tentative dans cette voie est une grande erreur.

³⁸⁹ - UCC §2-504 (c), *op.cit.* note 3, page 750.

³⁹⁰ - UCC §2-504, *Official Comment 1*, *op.cit.* note 3, page 750, en ligne à: <http://lawschool.westlaw.com>

³⁹¹ - UCC § 2-319(1)(a), *op.cit.* note 3, page 616; Voir, Alderman, *op.cit.* note 127, page 152.

³⁹² - La *Section 2-509* dispose du transfert de risque sans rupture de contrat par l'une des parties.

³⁹³ - Alderman, *op.cit.* note 127, pp. 176-177.

³⁹⁴ - UCC §2-509, *Official Comment 2*, *op.cit.* note 3, page 777, en ligne à: <http://lawschool.westlaw.com>

³⁹⁵ - Alderman, *op.cit.* note 127, pp. 176-177

³⁹⁶ - UCC §2-323(1), *op.cit.* note 3, page 630.

³⁹⁷ - *Ibidem*

Tableau 1.3
La livraison dans les contrats à expédition; l'application de la §2-504³⁹⁸ sur les termes de vente disposant de contrat à expédition

Le terme de vente	L'obligation de livraison dans le Code	Les Incoterms
F.O.B. §2-319(1)(a) - contrat à expédition- Multimodal. Application de la §2-504 portant sur l'expédition de la marchandise par le vendeur moyennant transporteur, suite à un renvoi exprès.	Le vendeur doit à ses propres risques et frais: mettre la marchandise en la possession du transporteur, conclure le contrat de transport, offrir de livrer ou livrer en bonne et dûe forme les documents nécessaires pour prendre possession de la marchandise, notifier promptement l'acheteur.	Pas de F.O.B. équivalent
F.O.B. §2-319(1)(a)(c)(4)navire, expédition – Maritime. Application de la §2-504. Vente international, application §2-323(1)(3).	Le vendeur doit à ses propres risques et frais: mettre la marchandise en la possession du transporteur, conclure le contrat de transport, offrir de livrer les documents, charger la marchandise à bord, obtenir un connaissance négociable(§2-323), notifier l'acheteur. Paiement contre documents.	Le vendeur doit livrer la marchandise à bord du navire désigné par l'acheteur au port d'embarquement convenu, selon l'usage du port et à la date ou dans le délai stipulé. Remarque: Le paiement contre document n'est pas requis. (F.O.B.,A4, Incoterms 2000, page 50). Maritime
F.O.B. §2-319(1)(a)(c) Multimodal Vente international, application §2-323(3).	Le vendeur doit à ses propres risques et frais: mettre la marchandise en la possession du transporteur, conclure le contrat de transport, offrir de livrer les documents, charger la marchandise à bord, notifier l'acheteur	Pas de F.O.B. équivalent. Il faut éviter la confusion avec les stipulations du terme FCA, où contrairement à F.O.B. §2-319(1)(a)(c) du Code, le vendeur n'est obligé d'arranger pour le transport que dans des cas bien définis.
C.I.F.- §2-320(1)(2)(a)(b)(c)(4); contrat d'expédition Maritime Vente internationale, application de §2-323(1)(3). Dans le silence du contrat les dispositions de §2-504 s'appliquent	Le vendeur doit à ses propres risques et frais: mettre la marchandise en la possession du transporteur, obtenir et livrer un connaissance négociable, charger la marchandise à bord, souscrire une assurance incluant les risques de guerre, expédier et livrer promptement la facture et autres documents.	Le vendeur doit livrer la marchandise à bord du navire au port d'embarquement et à la date ou dans le délai stipulé. (C.I.F.-A4, Incoterms 2000, page 66). Maritime
C. & F §2-320(3)(4); contrat d'expédition Vente internationale,application de §2-323(1)(3).Dans le silence du contrat les dispositions de §2-504 s'appliquent. Maritime.	Les mêmes obligations que C.I.F. sauf pour la souscription d'une assurance.	Le vendeur doit livrer la marchandise à bord du navire au port d'embarquement. (C.FR-A4,Incoterms 2000, page 58) Maritime
F.A.S.- §2-319(2)(4); contrat d'expédition Maritime Vente internationale application de §2-323(1)(3). Dans le silence du contrat les dispositions de §2-504 s'appliquent.	Le vendeur doit à ses propres risques et frais: Livrer le long du navire désigné conformément aux usages suivis dans le port d'embarquement,ou sur le quai désigné par l'acheteur. Obtenir un connaissance négociable.	Le vendeur doit livrer la marchandise le long du navire désigné au lieu de chargement désigné par l'acheteur au port d'embarquement convenu, selon l'usage du port.(F.A.S.- A4, Incoterms 2000, page 42). Maritime

³⁹⁸ - Rappelons que la Section 2-504 traite de l'obligation du vendeur dans un contrat à expédition de livrer moyennant un transporteur. Les dispositions sont: le vendeur doit, à ses propres risques et frais, mettre la marchandise en la possession du transporteur, conclure un contrat raisonnable de transport, offrir de livrer ou livrer en bonne et dûe forme les documents nécessaires pour prendre possession de la marchandise, notifier promptement l'acheteur.

Citons enfin que les dispositions supplétives de la *Section* § 2-504 s'appliquent à tous les contrats à expédition avec ou sans insertion d'un terme de vente.

1.1.4.6 L'offre de livraison dans le contrat à destination.

La *Section* §2-503 dispose dans son paragraphe 3 des obligations du vendeur relatives à l'offre de livraison dans les contrats à destination.

Dans ce genre de contrat, le vendeur assume la responsabilité inhérente à l'envoi et à la livraison appropriée à une destination convenue. Ainsi, il est dans l'intérêt de ce dernier de prendre toutes les mesures adéquates pour protéger et acheminer la marchandise à l'endroit prévu par le contrat.³⁹⁹

À la différence du contrat d'expédition, le contrat à destination ne présente aucun risque véritable pour l'acheteur.⁴⁰⁰ Ainsi l'offre de livraison dans ce genre de contrat exige du vendeur:

- de mettre la marchandise à la disposition de l'acheteur à la destination désignée;⁴⁰¹
- de mettre et de retenir (*Put and Hold*), à la disposition de l'acheteur, une marchandise conforme au contrat;⁴⁰²
- de notifier l'acheteur afin qu'il puisse prendre livraison de la marchandise;⁴⁰³
- d'offrir de livrer en bonne et dûe forme tout document stipulé dans le contrat.⁴⁰⁴

1.1.4.7 La *Section* 2-503 et l'obligation de livraison dans les termes de vente de l'*Article 2* traitant des contrats à destination

En traitant de l'obligation du vendeur de mettre la marchandise à la disposition de l'acheteur au lieu convenu, la *Section* 2-319(b) F.O.B. destination dispose d'une référence expresse à la *Section* 2-503(3).⁴⁰⁵

Dans le tableau qui suit, nous exposons les dispositions des termes de vente à destination relatives à l'obligation de livraison. Nous verrons aussi que pour que la livraison soit appropriée (*Duly tendered*),⁴⁰⁶ elle doit être conforme à toutes les dispositions de la *Section* §2-503.⁴⁰⁷

³⁹⁹ - Alderman, *op. cit.* note 127, page 148.

⁴⁰⁰ - *Ibidem*

⁴⁰¹ - UCC §2-503(3), *op. cit.* note 3, page 743.

⁴⁰² - UCC §2-503(1), *op. cit.* note 3, page 743.

⁴⁰³ - UCC §2-503(1), *op. cit.* note 3, page 743.

⁴⁰⁴ - UCC §2-503(5)(a), *op. cit.* note 3, page 743.

⁴⁰⁵ - UCC §2-319(1)(B), *op. cit.* note 3, page 616.

⁴⁰⁶ - UCC §2-509(1)(a);

⁴⁰⁷ - Alderman, *op. cit.* note 127, page 152; UCC §2-503, *Official Comment 1*, *op. cit.* note 3, page 744.

Tableau 1.4
La livraison dans les contrats à destination; l'application de la §2-503⁴⁰⁸ sur les termes de vente disposant de contrat à destination

Le terme de vente	L'obligation de livraison dans le Code	Les Incoterms
F.O.B §2-319(1)(b). - contrat à destination. Livraison par transporteur; Multimodal Application de la Section §2-503(1)(3)(5)(a)(b), suite à un renvoi exprès de la §2-319(1)(b).	Le vendeur doit: mettre la marchandise à la disposition de l'acheteur à la destination désignée; mettre et retenir (<i>Put and Hold</i>) à la disposition de l'acheteur une marchandise conforme au contrat; fournir à l'acheteur toute notification raisonnable afin qu'il puisse prendre livraison de la marchandise; offrir de livrer en bonne et due forme tout document stipulé dans le contrat. Multimodal	Pas de F.O.B. équivalent
F.O.B.navire contrat à destination §2-319(1)(b)(c)(4) Maritime Vente internationale, application de §2-323(1)(3). Dans le silence du contrat les dispositions de la Section §2-503(1)(3)(5)(a)(b) s'appliquent.	Le vendeur doit mettre la marchandise à la disposition de l'acheteur à la destination désignée; mettre et retenir à la disposition de l'acheteur une marchandise conforme au contrat; lui fournir toute notification raisonnable afin qu'il puisse prendre livraison de la marchandise; offrir de livrer en bonne et due forme tout document stipulé dans le contrat; charger à ses frais la marchandise à bord du navire; obtenir un connaissance négociable (§2-323). Païement contre documents	Pas de F.O.B. équivalent
F.O.B. Multimodal à destination §2-319(1)(b)(c)(4) Vente internationale, application de §2-323(3). Dans le silence du contrat, les dispositions de la Section §2-503(1)(3)(5)(a)(b) s'appliquent	Le vendeur doit: mettre la marchandise à la disposition de l'acheteur à la destination désignée; mettre et retenir (<i>Put and Hold</i>) à la disposition de l'acheteur une marchandise conforme au contrat; fournir à l'acheteur toute notification raisonnable afin qu'il puisse prendre livraison de la marchandise; offrir de livrer en bonne et due forme tout document stipulé dans le contrat, Charger à ses frais la marchandise à bord du navire. .Païement contre documents	Pas de F.O.B. équivalent
§2-322 Livraison Ex-Ship Dans le silence du contrat, les dispositions de la Section §2-503 s'appliquent Maritime	Le vendeur livre en déchargeant la marchandise au port de destination nommé.	Mettre la marchandise à la disposition de l'acheteur à bord du navire au point de déchargement usuel du port de destination désigné. (DES, A4, Incoterms 2000, page 98).

⁴⁰⁸ - Rappelons que la Section 2-503 traite de l'obligation du vendeur dans un contrat à destination d'offrir la livraison à une destination particulière moyennant transporteur. L'offre de livraison, dans ce genre de contrat, exige du vendeur: de mettre la marchandise à la disposition de l'acheteur à la destination désignée; de mettre et de retenir (*Put and Hold*) à la disposition de l'acheteur une marchandise conforme au contrat; de fournir à l'acheteur toute notification raisonnable afin qu'il puisse prendre livraison de la marchandise; d'offrir de livrer en bonne et due forme tout document stipulé dans le contrat.

Citons enfin que les dispositions supplétives de la *Section* § 2-503 s'appliquent à tous les contrats à destination avec ou sans insertion d'un terme de vente. La *Section* § 2-323, portant sur l'obtention du connaissance, est mentionnée pour souligner le caractère international de la transaction.

1.1.5 Le transfert de risque

Toute marchandise faisant l'objet d'un contrat de vente, court le risque d'être endommagée ou détruite avant qu'elle ne soit livrée et après la conclusion de la transaction.⁴⁰⁹

La notion de transfert de risque est régie par les deux *Sections* 2-509 et 2-510⁴¹⁰ qui sont de caractère supplétif et à portée générale. Les règles de transfert de risque,⁴¹¹ citées par les termes de vente, reproduisent littéralement le contenu des deux *Sections* sus-mentionnées.⁴¹²

L'importante particularité du Code, marquant la démarcation du *Uniform Sales Act*, est que le titre de propriété n'est plus la condition du transfert de risque.⁴¹³

Le raisonnement sous-jacent à la *Section* 2-509 consiste à faire assumer le transfert de risque au contractant qui est en mesure (*most likely*)⁴¹⁴ d'assurer la marchandise ou de prendre les précautions nécessaires afin de se prémunir contre sa perte.⁴¹⁵ Ces dispositions se trouvent habituellement chez la partie qui a le contrôle ou la possession matérielle de la marchandise.⁴¹⁶

Signalons que les paragraphes (a) et (b) de la *Section* 2-509, objet de notre étude, portent sur le transfert des risques dans les contrats, exigeant ou autorisant le vendeur à expédier la marchandise moyennant transporteur, et dans le cas où aucune des parties n'est en état de rupture de contrat. Il s'en

⁴⁰⁹ - Alderman, *op.cit.* note 127, page 170.

⁴¹⁰ - UCC §2-509, *op.cit.* note 3, page 776.; UCC §2-510, *op.cit.* note 3, page 787; Alderman, *op.cit.* note 127, page 170

⁴¹¹ - *Idem*, *op.cit.* note 127, page 175;

à propos du caractère supplétif du Code, notons que sous l'égide de l'*Article 2* du Code, et en application du principe de la liberté contractuelle, les parties possèdent le droit de prévoir, dans leur contrat, l'étendue de leurs obligations. Cette règle est adoptée aussi par les *Sections* 2-509; 2-510 traitant du transfert des risques, ainsi que par les *Sections* portant sur les termes de vente (UCC § 1-102(3)), White, Summers, *op. cit.* note 21, page 110; sur les termes de livraison voir: UCC §2-319(1) (a)(b), (2) (a); §2-320(2); §2-322 (1) (2) (b).

⁴¹² - Alderman, *op.cit.* note 127, page 175.

⁴¹³ - Uniform Sales Act, § 22, dans, White, Summers, *op. cit.* note 21, page 180.

⁴¹⁴ - White, Summers, *op. cit.* note 21, page 182; Stephen L. Williams, *op. cit.* note 256, page 713.

⁴¹⁵ - James J. White, Robert S. Summers, citent l'*Official Comment* 3 de la *Section* §2-509 qui lit "Ici l'idée sous-jacente à la règle, veut que le marchand qui livre la marchandise dans ses prémisses continue de la contrôler, et d'y en avoir assuré ses intérêts. Quant à l'acheteur, qui lui, n'a aucun contrôle sur la marchandise, il est improbable qu'il souscrive une assurance pour une marchandise qui n'est pas encore en sa possession physique", *op. cit.* note 21, page 182.

⁴¹⁶ - Stephen Williams cite la *Section* 2-509 (3), disposant que le risque passe à l'acheteur suite à la livraison physique. (... *Loss passes to the buyer on his receipt of the goods...*) en assumant que la police d'assurance du vendeur commerçant couvre la marchandise vendue et individualisée se trouvant dans ses locaux. Ainsi Le Code fait assumer le risque à la partie qui a la possession physique de la marchandise et est supposée l'avoir assurée, dans, Stephen L. Williams, *op. cit.* note 256, page 713; Voir aussi White, Summers, qui supposent que "l'intention des rédacteurs du Code est de faire assumer le risque à l'assurance...", *op.cit.* note 21, page 182

suit que la *Section 2-509(1)(a)(b)* n'est pas applicable lorsque c'est l'acheteur qui assume le contrat de transport.⁴¹⁷

D'autre part, le transfert de risque est traité aussi par les dispositions de la *Section 2-510*. Cette dernière régleme les cas où l'une des parties est en état de rupture de contrat. La portée de cette *Section* n'est pas couverte par notre étude. Signalons rapidement qu'elle vise, entre autres, à promouvoir une politique d'assurance visant à garantir l'intérêt de la partie lésée par une rupture de contrat non justifiée. Dans cette dernière situation, même les effets de la livraison convenable n'opèrent plus transfert de risques.⁴¹⁸

Rappelons enfin que le déclenchement du transfert de risque est fonction :⁴¹⁹

- soit de la livraison appropriée (*Duly delivered*) faite à l'occasion d'un contrat à expédition⁴²⁰ conformément aux dispositions de la *Section 2-504*;

- soit de l'offre de la livraison appropriée (*Duly tendered*) faite à l'occasion d'un contrat à destination⁴²¹ conformément aux dispositions de la *Section 2-503*.

À cet effet, les dispositions de la *Section 2-504*, sont incorporées dans la *Section 2-509(1)(a)* traitant du transfert de risque sans rupture du contrat dans les ventes à expédition⁴²² Et, parallèlement, les dispositions de la *Section 2-503*, sont incorporées dans la *Section 2-509(1)(b)* traitant du transfert de risque sans rupture de contrat dans les ventes à destination.⁴²³

1.1.5.1 Le transfert de risque et le contrat à expédition

À chaque fois que le contrat exige du vendeur l'expédition de la marchandise par un transporteur, sans qu'il soit obligé de la livrer à une destination particulière, le transfert de risque passe à l'acheteur lorsque la marchandise est livrée d'une manière appropriée⁴²⁴ au transporteur.⁴²⁵

⁴¹⁷ - Alderman, *op.cit* note 127, page 174;

UCC §2-509 dispose: "(1) lorsque le contrat exige ou autorise le vendeur à expédier la marchandise avec un transporteur: (a) si le contrat n'exige pas du vendeur de livrer à une destination spécifique, le transfert des risques a lieu lorsque la marchandise est dûment livrée au transporteur même si l'envoi est fait sous réserve, (b) si le contrat exige du vendeur la livraison en un lieu donné, le transfert de risque ne passe à l'acheteur que lorsque la marchandise arrive à destination et une offre de livraison est dûment livrée de façon à permettre à l'acheteur d'en prendre livraison..."

⁴¹⁸ - Alderman, *op.cit* note 127, pp. 182 à 188.

⁴¹⁹ - White, Summers, *op.cit.* note 21, page 183.

⁴²⁰ - UCC §2-509(1)(a), *op.cit.* note 3, page 776.

⁴²¹ - UCC §2-509(1)(b), *Ibidem*

⁴²² - Alderman, *op.cit* note 127, page 175.

⁴²³ - *Ibidem*

⁴²⁴ - On a déjà vu que les conditions d'une livraison appropriée, opérant transfert de risque, imposent au vendeur de mettre la marchandise en la possession du transporteur, de conclure le contrat du transport, d'obtenir et de livrer ou offrir de livrer promptement en bonne et due forme tout document permettant à l'acheteur de prendre possession de la marchandise, et notifier l'acheteur sans délai de la date de l'expédition (§2-504(a)(b)(c)).

⁴²⁵ - UCC §2-509(1)(a); UCC §2-509, Official Comment 2, *op.cit* note 3, page 777, en ligne à: <http://lawschool.westlaw.com>

La question qui se pose dans ce contexte est celle de savoir comment la doctrine justifie l'obligation de l'acheteur d'assumer le risque de la marchandise au cours du transport?

La justification est d'ordre économique.⁴²⁶ À cet égard, l'acheteur est dans une meilleure position pour évaluer l'ampleur des dommages avec la compagnie d'assurance, une fois que la marchandise arrive à destination. Il arrive aussi qu'un acheteur malhonnête, pour qui les conditions du marché ne sont plus favorables, prétend, en l'absence du vendeur, à l'existence de dommages subis par la marchandise afin d'obtenir une réduction de prix ou encore d'annuler le contrat.⁴²⁷

Dans les deux tableaux qui suivent, nous exposons successivement, dans le premier, les dispositions des deux *Sections* 2-509(1)(a) et 2-504 relatives au transfert de risque dans les contrats à expédition lorsque les parties ne sont pas en état de rupture de contrat.

Le second tableau expose le transfert des risques dans les termes de vente à expédition conformément aux deux *Sections* 2-509(1)(a) et 2-504.

Tableau 1.5

Les Sections 2-509(1)(a) et 2-504 portant respectivement sur l'obligation de livraison et l'obligation de transfert de risque dans les contrats à expédition; la livraison convenable étant la condition du transfert de risque.

§2-509(1)(a) Transfert de risque sans rupture de contrat; Contrat d'expédition.	Le transfert de risque passe à l'acheteur lorsque la marchandise est convenablement livrée au transporteur.
§2-504 expédition par le vendeur: Conditions de la livraison convenable.	Le vendeur doit à ses propres frais et risques: Mettre la marchandise en la possession du transporteur, conclure un contrat raisonnable de transport, offrir de livrer ou livrer en bonne et due forme les documents nécessaires pour prendre possession de la marchandise, notifier promptement l'acheteur,

⁴²⁶ - Henson, *op. cit.* note 242, page 121

⁴²⁷ - *Ibidem*

Tableau 1.6
Le transfert de risque et les termes de vente à expédition

Terme de vente à expédition	Le risque passe à l'acheteur	Les Incoterms
F.O.B. § 2-319(1)(a); contrat à expédition. Multimodal	Suite à la livraison convenable au transporteur.(2-504)	Pas de F.O.B. équivalent
F.O.B § 2-319(1)(a)(c); Navire expédition. Maritime.	Suite à la livraison convenable(2-504) et du chargement de la marchandise à bord.	Lorsque la marchandise passe le bastingage du navire. Maritime. Remarque: Le paiement contre document n'est pas requis. (F.O.B.,A5, Incoterms 2000, page 50).
F.O.B § 2-319(1)(a)(c) Multimodal	Suite à la livraison convenable(2-504) et du chargement de la marchandise à bord.	Pas de F.O.B. équivalent
F.A.S § 2-319(2)(a) Expédition Maritime.	Suite à la livraison de la marchandise le long du navire...	Suite à la livraison le long du navire. Maritime. F.A.S.- A5, Incoterms 2000, page 42).
C.I.F. § 2-320(2)(a) Expédition Maritime.	Suite à la livraison convenable (2-504), la mise de la marchandise en possession du transporteur au port d'embarquement, la charger à bord...	Lorsque la marchandise passe le bastingage du navire. Maritime. (C.I.F.-A5, Incoterms 2000, page 66.
C. & F § 2-320(3) Expédition Maritime	Suite à la livraison convenable (2-504), la mise de la marchandise en possession du transporteur au port d'embarquement, la charger à bord...	Lorsque la marchandise passe le bastingage du navire. Maritime. (C.&F.-A4, Incoterms 2000, page 66.

1.1.5.2 Le transfert de risque et le contrat à destination.

Chaque fois que le contrat exige du vendeur l'expédition de la marchandise par un transporteur, avec obligation de livraison à une destination particulière, le transfert de risque passe à l'acheteur, lorsque la marchandise en possession du transporteur arrive à destination et qu'une offre appropriée⁴²⁸ de livraison lui est faite de façon à lui permettre de prendre livraison.⁴²⁹

Dans les deux tableaux qui suivent, nous exposons successivement dans le premier les dispositions des deux *Sections* 2-509(1)(b) et 2-503(1)(3)(5)(a)(b) qui sont la base de la réglementation relative au transfert de risque dans les contrats à destination en général ainsi que dans les termes de vente à destination par un transporteur, lorsque les parties ne sont pas en état de rupture de contrat.

Le second tableau expose le transfert des risque dans les termes de vente à destination conformément aux deux *Sections* sus-mentionnées.

⁴²⁸- UCC §2-503(1)(3)(5), op.cit note 3, page743. Rappelons que, dans un contrat à destination, l'offre convenable de livraison exige du vendeur: de mettre la marchandise à la disposition de l'acheteur à la destination désignée; de mettre et de retenir (*Put and Hold*) à la disposition de l'acheteur une marchandise conforme au contrat; de fournir à l'acheteur toute notification raisonnable afin qu'il puisse prendre livraison de la marchandise; d'offrir de livrer en bonne et due forme tout document stipulé dans le contrat.

⁴²⁹ - UCC §2-509(1)(b), op.cit note 3, page 776.

Tableau 1.7

Les Sections 2-509(1)(b) et 2-503 portant respectivement sur l'obligation de livraison et l'obligation de transfert de risque dans les contrats à destination. La livraison convenable étant la condition du transfert de risque.

Transfert de risque sans rupture de contrat. §2-509(1)(a). Contrat à destination.	le transfert de risque passe à l'acheteur lorsque la marchandise en possession du transporteur arrive à destination et qu'une offre de livraison convenable est faite à l'acheteur de façon à lui permettre de prendre la livraison.
Expédition par le vendeur. §2-503(1)(3)(5): Les conditions de la livraison convenable.	Le vendeur doit à ses propres frais et risques: mettre la marchandise à la disposition de l'acheteur à la destination désignée; mettre et retenir (<i>Put and Hold</i>) à la disposition de l'acheteur une marchandise conforme au contrat; de fournir à l'acheteur toute notification raisonnable afin qu'il puisse prendre livraison de la marchandise; offrir de livrer en bonne et due forme tout document stipulé dans le contrat.

Tableau 1.8

Le transfert de risque et les termes de vente à destination. Ces contrats couvrent les termes F.O.B. (point de destination), F.O.B. navire (point de destination), Livraison Ex Ship (destination convenue)

Le terme de vente	Le risque passe à l'acheteur	Les Incoterms
F.O.B.-destination. § 2-319(1)(b) §2-509(1)(b) - §2-503(1)(3)(5) Multimodal	Suite à l'offre du vendeur de livrer convenablement à la destination prévue dans le contrat.	Pas de F.O.B. équivalent
F.O.B.-navire-destination. § 2-319(1)(c) §2-509(1)(b) - §2-503(1)(3)(5) Maritime	Suite à l'offre du vendeur de livrer convenablement à la destination prévue dans le contrat.	Pas de F.O.B. équivalent
Livraison Ex-Ship § 2-322 (2)(b) §2-509(1)(b) - §2-503(1)(3)(5) Maritime	Suite au déchargement dans le port de destination	Le risque passe à l'acheteur lorsque la marchandise est mise à la disposition de l'acheteur à bord du navire. (DES, A5, Incoterms 2000, page 98)

Tableau 1.9

Conditions générales communes aux *Incoterms* et aux termes de vente de l'Article 2

Condition générale commune	Incoterms	Termes de l'Article 2
L'obligation du vendeur d'individualiser la marchandise. (Objets fongibles, chose de genre)	L'individualisation est la condition du transfert des risques. Les obligations A5 de tous les Incoterms	§2-501(1).
La livraison opère transfert de risque.	Les obligations A4. de tous les Incoterms. Même solution pour la livraison indirecte lorsque le vendeur assume le transport.	§2-509(1)(a)(b).
Aucun lien existant entre le transfert de risque et le titre de propriété.	Les Incoterms ne traitent pas de la propriété.	§2-401

Observation: Les mécanismes d'application des obligations ne sont pas identiques dans les deux corps de termes. Il suffit, à cet égard, de mentionner la livraison appropriée du Code et le paquet d'obligation y afférent, ou encore les dispositions suivantes de la Section 2-401(2): sauf accord contraire, le titre de propriété passe à l'acheteur, lorsque le vendeur achève la livraison physique de la marchandise.

Section II: Les obligations respectives des parties relativement au paiement du prix et la conformité de la marchandise au contrat

Nous traitons, dans cette partie, des points suivants:

- la conformité de la marchandise: l'obligation A1 du vendeur stipulée dans tous les *Incoterms*.
- la conformité de la marchandise dans l'*Article 2*.
- l'obligation B1 de l'acheteur de payer le prix de la marchandise et les modalités de paiement.
- l'obligation du paiement du prix dans les contrats à expédition et à destination réglementés par l'*Article 2* et les modalités de paiement.

Rappelons que l'*Article 2* est une loi exhaustive qui réglemente les différentes étapes de la conclusion et de l'exécution du contrat de vente de marchandises aux États-Unis.

De leur côté les *Incoterms* ne définissent pas toutes les obligations des parties dans les contrats de vente qu'ils réglementent.⁴³⁰ À cet effet, la question de la conformité de la marchandise relève de la loi applicable au contrat.⁴³¹ Quant aux modalités de paiement, il incombe aux parties de prévoir à leurs conditions.⁴³²

1.2.1 La conformité de la marchandise, objet de l'obligation A1 des *Incoterms*

Cette obligation consiste, pour le vendeur, à fournir la marchandise et la facture commerciale, conformément au contrat de vente.⁴³³

En effet, il est de la nature même du contrat de vente de livrer la marchandise contre un prix donné.⁴³⁴ Ainsi, les deux obligations A1 et B1 sont la raison d'être de tout contrat de vente. Elles sont mentionnées dans les *Incoterms*, uniquement à titre de rappel.⁴³⁵

Cependant, malgré l'importance de ces obligations, les *Incoterms* ne traitent pas des questions "d'inexécution contractuelle".⁴³⁶ La doctrine mentionne à cet égard que "les *Incoterms* demeurent silencieux sur l'inexécution des obligations qu'ils posent",⁴³⁷ et elle donne l'exemple du défaut de conformité de la marchandise en précisant que la solution à ce problème "doit être recherchée auprès du droit applicable".⁴³⁸

⁴³⁰ - Jolivet, *op.cit.* note 84, page 213.

⁴³¹ - Eisemann, Derains, *op. cit.* note 1, page 21

⁴³² - *Ibidem*.

⁴³³ - Jan Ramberg, *op. cit.* note 21, page 52.

⁴³⁴ - L'article 1708 C.c.Q. dispose: "La vente est le contrat par lequel une personne, le vendeur, transfère la propriété d'un bien à une autre personne, l'acheteur, moyennant un prix en argent que cette dernière s'oblige à payer..."

⁴³⁵ - Ramberg, *op.cit.* note 17, page 52.

⁴³⁶ - Jolivet, *op.cit.* note 84 page 216.

⁴³⁷ - *Ibidem*. Voir aussi Eisemann, Derains, *op. cit.* note 72, page 26.

⁴³⁸ - Jolivet, *op.cit.* note 84 page 217; Eisemann, Derains, *op. cit.* note 72, page 26.

1.2.1.1 Le paiement du prix, objet de l'obligation B1 des Incoterms

Cette obligation consiste, pour l'acheteur, à payer le prix convenu dans le contrat. Aucun détail supplémentaire n'est fourni par les *Incoterms* sur les modalités de paiement. À cet effet, la doctrine mentionne qu'il relève des parties de prévoir, dans leur transaction, le lieu et l'échéance de paiement.⁴³⁹

Il arrive que les contractants substituent occasionnellement dans leur transaction le terme *Incoterms* par l'expression "clause de prix" "*Price term*".⁴⁴⁰ Dans ce cas, le montant inscrit à côté du terme de vente permet de déterminer "certains éléments qui entrent dans la composition du prix du contrat",⁴⁴¹ mais ne fixe pas le prix de la chose objet de la vente.⁴⁴²

Notons qu'il y eut une époque où les *Incoterms* établissaient un lien entre le paiement du prix et la livraison de la marchandise⁴⁴³ Mais, comme dans la pratique du commerce, il n'est pas toujours nécessaire pour les parties de concorder paiement et livraison, il a été jugé plus conforme à la réalité commerciale de se contenter d'inviter l'acheteur à "payer le prix comme prévu dans le contrat".⁴⁴⁴

Indiquons, par ailleurs, l'existence de plusieurs facteurs qui contribuent à préciser les modalités de paiement, à savoir entre autres: la relation vendeur acheteur, les lois des pays des contractants et le terme de vente choisi.⁴⁴⁵

Regardons, dans le paragraphe suivant, les modalités les plus courantes utilisées par les commerçants pour effectuer le paiement.

1.2.1.2 Les Incoterms et les modalités de paiement les plus usuelles

⁴³⁹ - Eisemann, Derains, *op. cit.* note 72, page 21.

⁴⁴⁰ - "L'origine de l'appellation de "clause de prix" des *Incoterms* pourrait tenir à une pratique contractuelle des acteurs des industries de constructions mécaniques et électrotechniques allemandes observée par la CCI dans les Termes commerciaux. Dans ces industries, les termes "FOB" "CAF" ne régissent généralement que le partage des coûts entre le vendeur et l'acheteur, à l'exclusion du transfert des risques qui s'effectue au sortir de l'usine du vendeur. A propos de la qualification de "clauses de prix" des spécialistes des *Incoterms* affirment que, "quoique très insatisfaisante, cette terminologie a le mérite d'être significative dans la mesure où elle rappelle que la référence à l'un de ces termes permet de déterminer les éléments de composition du prix que devra payer l'acheteur". Cette analyse appelle une précision. Seuls certains éléments qui entrent dans la composition du prix du contrat sont envisagés par les *Incoterms*. Le prix de la chose objet de la vente, à savoir la marchandise, n'est pas fixé. Les modalités de paiement du prix sont ignorées par les *Incoterms*, mais sont appréhendés les frais de transport, de dédouanement, etc.", dans, Jolivet, *op.cit.* note 84, page 404.

⁴⁴¹ - *Idem*, *op.cit.* note 84, page 404; Eisemann, Derains, *op. cit.* note 72, page 20; Gabriel & Rusch, *op.cit.* note 98, page 89.

⁴⁴² - Jolivet, *op.cit.* note 84, page 404.

⁴⁴³ - Eisemann, Derains *op. cit.* note 72, page 20

⁴⁴⁴ - *Ibidem*.

⁴⁴⁵ - *Ibidem*

On a vu, dans le paragraphe précédent, que les Incoterms ne traitent pas des modalités de règlement du prix. Ils stipulent tout simplement que l'acheteur doit "s'acquitter du paiement du prix contractuel".⁴⁴⁶

La doctrine, de son côté, se réfère aux usages et aux pratiques du commerce international et constate qu'habituellement le paiement est subordonné à l'exécution de la livraison. En outre, une distinction est établie entre la livraison directe et la livraison indirecte.⁴⁴⁷

- Le paiement dans la livraison directe.

Dans les ventes où la marchandise est livrée directement à l'acheteur, le paiement peut être concomitant à la livraison.⁴⁴⁸ C'est le cas par exemple dans les ventes EXW.⁴⁴⁹

- Le paiement dans la livraison indirecte:

Dans les ventes où la marchandise est mise entre les mains d'un transporteur, il est d'usage que le paiement s'effectue suite à la livraison de documents à l'acheteur. Ces derniers attestent en général de l'envoi de la marchandise et permettent à ce dernier d'en prendre possession.⁴⁵⁰ Dans les ventes maritimes, l'exemple type d'un tel document est le connaissement. Par ailleurs, le document qui doit opérer le paiement, doit correspondre à la nature du terme choisi ou aux exigences du moyen de transport. Ainsi, dans la vente F.O.B., le vendeur n'est pas obligé de présenter un connaissement négociable. Par contre, dans une vente C.I.F. la présentation de ce document est une exigence, surtout dans le cas où l'acheteur désire revendre la "marchandise en transit par transfert du document..."⁴⁵¹ Ces détails sont d'une extrême importance dans le paiement par crédit documentaire vu l'intervention des banques et le formalisme⁴⁵² qui caractérise cette procédure.⁴⁵³ Cette pratique est courante dans les ventes C.I.F., C & F. et F.O.B.

1.2.2 La conformité de la marchandise dans l'Article 2

La portée de l'expression "conformité de la marchandise" dans le Code est assez étendue. À cet égard, la *Section 2-106(2)* dispose que la marchandise doit être conforme aux stipulations contractuelles. La doctrine interprète cette *Section* en précisant que le "concept de conformité", exige du vendeur de fournir une marchandise conforme à toutes les conditions prévues dans le contrat. Cette même interprétation s'applique aussi au paragraphe (1) de la *Section 2-503*, disposant de la responsabilité du vendeur "de mettre et de retenir une marchandise conforme à la disposition de l'acheteur".⁴⁵⁴

⁴⁴⁶ - Jolivet, *op.cit.* note 84, page 215.

⁴⁴⁷ - Eisemann, Derains, *op. cit.* note 72, page 21.

⁴⁴⁸ - Idem, *op. cit.* note 72, page 20

⁴⁴⁹ - Incoterms 2000, *op.cit.* note 2, page 28.

⁴⁵⁰ - Eisemann, Derains, *op. cit.* note 72, page 21.

⁴⁵¹ - Incoterms 2000, *op.cit.* note 2, page 70.

⁴⁵² - Eisemann, Derains, *op.cit.* note 72, page 22.

⁴⁵³ - Voir *supra*, note 31.

⁴⁵⁴ - Alderman, *op.cit.* note 127, pp. 243-244.

Rappelons que cette dernière *Section* régleme les obligations de livraison du vendeur dans un contrat à destination.

1.2.2.1 Le paiement du prix dans les termes de vente du Code

Le Code dispose de la liberté des parties de choisir le mode de paiement applicable à leur contrat de vente.⁴⁵⁵ Par conséquent, les dispositions des termes de livraison portant sur les contrats à expédition ou à destination ne font pas exception à ce principe.⁴⁵⁶ À cet effet, la *Section* 2-301, portant sur les obligations générales des parties, dispose: “l’obligation du vendeur est de transférer le titre de propriété et la livraison, et celle de l’acheteur est d’accepter la marchandise et de payer conformément au contrat”.⁴⁵⁷

Nous constatons que l’énoncé de principe, stipulé dans les deux obligations A1 et B1 des Incoterms, coïncide avec les dispositions de la *Section* 2-301 sus-mentionnées.

Pour sa part, la doctrine considère que le paiement documentaire, protège chacune des deux parties contre l’éventualité d’agissements inappropriés de l’autre.⁴⁵⁸

Notons enfin que la *Section* 2-507 indique que l’offre de livraison (*Tender of Delivery*) représente la condition de l’acheteur pour accepter la marchandise et d’en payer le prix, et du vendeur pour être payé conformément au contrat.⁴⁵⁹

Nous avons mentionné les dispositions supplétives du Code relatives au paiement du prix de la marchandise. Regardons, dans les lignes qui suivent, l’étendue de l’obligation de paiement dans les termes de livraison du Code dans le contexte d’une vente internationale.

1.2.2.2 Le paiement contre livraison de documents dans les ventes internationales de marchandises (C.I.F., C. & F.⁴⁶⁰; F.O.B navire. , F.A.S)⁴⁶¹

Afin d’appréhender les dispositions du Code relatives aux modalités de paiement dans un contrat de vente internationale de marchandises, nous étudierons les *Sections* suivantes en respectant l’ordre de renvoi (*Cross References*) dont elles disposent. Ainsi nous verrons successivement:

⁴⁵⁵ - UCC §1-102(3)

⁴⁵⁶ - UCC §2-319(4); U.C.C. § 2-320(4); U.C.C. § 2-322 .

⁴⁵⁷ - UCC §2-301

⁴⁵⁸ - Alderman, *op.cit.* note 127, page 165.

⁴⁵⁹ - UCC § 2-507.

⁴⁶⁰ - UCC § 2-320

⁴⁶¹ - UCC § 2-319

- le paragraphe (1)(c) de la *Section* 2-319 portant sur le terme de livraison F.O.B. navire ainsi que les termes de ventes F.O.B à expédition et à destination traités en conjonction avec la *Section* 2-323(3).
- la *Section* 2-323(1) disposant de l'obligation du vendeur d'obtenir un connaissance dans la vente internationale.
- les paragraphes (4), des deux *Sections* 2-319 et 2-320.

1.2.2.3 Le paragraphe (1)(c) de la *Section* 2-319 portant sur le terme de livraison F.O.B. navire et les termes de ventes F.O.B à expédition et à destination (navire ou tout autre véhicule) traités en conjonction avec la *Section* 2-323(3)

Le paragraphe (1)(c) de la *Section* 2-319 précise que dans une vente F.O.B. navire, à expédition ou à destination, le vendeur doit se conformer aux dispositions de la *Section* 2-323. Cette dernière dispose de l'obligation du vendeur dans une vente internationale d'obtenir un connaissance négociable confirmant le chargement de la marchandise à bord.⁴⁶² Cette disposition vient rejoindre le paragraphe (4) de la *Section* 2-319 exigeant –sauf stipulation contraire- le paiement contre document dans ce genre de contrat.

Par ailleurs, nous savons que la *Section* 2-319(1)(c) porte aussi sur les termes de ventes F.O.B. à expédition et à destination (voiture ou tout autre véhicule) où le vendeur doit charger la marchandise à bord du moyen de transport consenti. Or ce paragraphe lu dans le cadre d'une vente internationale, en conjonction avec la *Section* 2-323(3), fait appliquer à ces termes de vente, lorsque c'est l'usage ou le consentement des parties qui le prescrivent, les normes de paiement suivies dans les pratiques du commerce international.⁴⁶³

À cet égard, la doctrine mentionne que le paiement contre document⁴⁶⁴ est la règle dans toutes les ventes F.O.B. à expédition ou à destination ayant le caractère international, et cela en dépit du moyen de transport utilisé.

Rappelons que les paragraphes (a)(b) de la *Section* 2-503(5) portant sur l'offre de livraison dans les contrats à destination disposent de l'obligation du vendeur de livrer un connaissance par l'intermédiaire des usages bancaires et évoquent la traite comme moyen de paiement.

1.2.2.4 La *Section* 2-323(1)(3) disposant de l'obligation du vendeur d'obtenir un connaissance dans la vente internationale

⁴⁶² - UCC § 2-319(1)(C)

⁴⁶³ - Voir paragraphe suivant,

⁴⁶⁴ - Le paiement par document est le moyen le plus commun dans les transactions internationales, DiMatteo, *op.cit.* note 15, page 243.

Lorsque le contrat de vente stipule le transport de la marchandise vers une destination internationale et renferme l'un des termes de livraison suivants: C.I.F., C. & F. ou F.O.B. navire, le vendeur, sauf accord contraire, doit obtenir un connaissement confirmant le chargement à bord. Si le terme utilisé est C.I.F. ou C. & F. il peut obtenir à la place du connaissement un document intitulé " marchandise reçue pour expédition" "*Received for Shipment*".⁴⁶⁵

Par ailleurs, cette *Section* précise aussi que tout contrat portant expédition de marchandise par voie aérienne ou maritime, sans égard à la nature du terme de vente utilisé, est considéré de caractère international, lorsque par l'accord des parties ou l'effet des usages il est soumis aux pratiques commerciales, financières et de transport de marchandises, applicables dans le commerce international.⁴⁶⁶

Notons à cet effet que le paragraphe (6) de la *Section* 1-201 dispose que le "document de transport aérien" "*Air Waybill*" est pour le transport aérien ce qu'est le connaissement pour le transport maritime ou ferroviaire..

Citons enfin que la doctrine se réfère aux commentaires de l'*Official Comment* 2 de la *Section* 2-323⁴⁶⁷ traitant de la forme du connaissement et du paiement par lettre de crédit dans les ventes internationales.⁴⁶⁸

1.2.2.5 Les paragraphes (4) des deux *Sections* 2-319 et 2-320.

Les paragraphes (4) des deux *Sections* 2-319 et 2-320 portant respectivement sur les termes de livraison F.O.B. navire expédition et destination, F.A.S., C.I.F. et C. & F., disposent de l'obligation de l'acheteur d'effectuer le paiement contre l'offre de livraison (*Tender of Delivery*) des documents requis dans le contrat. En outre, le vendeur ne peut livrer et l'acheteur ne peut demander la livraison de la marchandise en substitution des documents.⁴⁶⁹

⁴⁶⁵ - UCC § 2-323(1)

⁴⁶⁶ - UCC § 2-323(3)

⁴⁶⁷ - UCC § 2-323, *Official Comment* 2, op.cit. note 3, page 631.

⁴⁶⁸ - White, Summers, *op. cit.* note 21, page 122.

⁴⁶⁹ - U.C.C. § 2-319(4); U.C.C. § 2-320(4)

Tableau 1.10

Les modes de paiement conditionnés par l'obtention et la livraison d'un document par le vendeur

Terme de livraison	Mode de paiement (Sauf accord contraire des parties)	Incoterms 2000.
F.O.B.Navire-Expédition, §2-319(1)(c)(4) §2-319 <i>Official Comment 4</i> ; §2-323(1)(3)Vente internationale; §2-504(b)	Contre présentation d'un connaissance négociable par le vendeur.	Aucun mode de paiement prescrit. L'obtention et la présentation d'un connaissance ne sont pas prescrites. Dans la pratique le vendeur conclut le contrat de transport.
F.O.B.Navire-Destination, §2-319(1)(c)(4), §2-319 <i>Official Comment 4</i> ; §2-323(1)(3), Vente internationale; §2-503(3)(5);	Contre présentation d'un connaissance négociable par le vendeur	Pas d'Incoterm équivalent.
F.A.S. Navire, §2-319(2)(b)(4);	Contre présentation d'un connaissance par le vendeur	Aucun mode de paiement prescrit.
C.I.F.,C.&F., §2-320(2)(a)(b)(3)(4), <i>Official Comment 1</i> ; Vente internationale §2-323(1)	Contre présentation d'un document négociable ou d'un connaissance négociable par le vendeur.	Aucun mode de paiement prescrit. Obtention et livraison d'un connaissance négociable, lorsque l'acheteur prévoit la vente de la marchandise en transit.
Livraison "Ex-Ship", §2-322, <i>Official Comment 4</i> .	Lorsque le contrat stipule "paiement contre document", le vendeur n'est pas obligé de présenter un connaissance pour le paiement. Il lui suffit de livrer un ordre de livraison et un reçu d'acquiescement de fret.	Aucun mode de paiement prescrit. Dans la pratique le vendeur fournit un connaissance négociable permettant à l'acheteur de réclamer la marchandise au transporteur.

CHAPITRE II

Les autres obligations inhérentes aux termes de vente et qui sont à connotation juridique et opérationnelle

Ce chapitre traite des autres obligations inhérentes aux termes de vente, à savoir : l'obtention des licences, des autorisations, l'accomplissement des formalités ainsi que de la désignation de la partie responsable de payer les coûts relatifs à ces démarches et aux documents administratifs ; le transport et l'assurance; la répartition des frais, l'avis à donner à l'autre partie; la preuve de la livraison; la vérification, l'emballage et l'inspection de la marchandise. Il est certain que l'obligation, portant sur le contrat de transport, revêt un caractère assez particulier vu que le but final de la transaction est d'acheminer la marchandise moyennant transporteur à son point de destination finale

Rappelons qu'il ne s'agit pas de comparer la portée des obligations, mais uniquement d'appréhender leur nature différente.

Section I: Les obligations respectives des parties relativement à l'obtention des licences et autorisations, et à l'accomplissement des formalités douanières

L'un des éléments de base dans l'exécution d'un contrat de vente internationale de marchandise est l'acheminement de cette dernière d'un pays vers un autre.⁴⁷⁰ Pour le faire, plusieurs formalités d'ordre administratif sont à accomplir.⁴⁷¹ Il est certain que la nature du terme de vente définit l'étendue des obligations que chacune des parties doit assumer dans l'accomplissement des présentes formalités. Ainsi, les contractants doivent obtenir, entre autres, des licences à l'exportation ou à l'importation, ou encore d'autres autorisations émanant des autorités publiques, accomplir les formalités douanières, et régler le transit de la marchandise vers un pays tiers. Nous verrons, dans cette section, les positions qu'adoptent les Incoterms et le Code relativement à ces questions.

2.1.1 Le rôle des obligations A2 et B2 des Incoterms

Les Obligations A2 et B2 des Incoterms visent à:

⁴⁷⁰ - Ramberg, *op.cit.*note, 17 , page53

⁴⁷¹ - Incoterms 2000, *op.cit.*note 2, page21

- permettre à chacune des deux parties de savoir avec précision quelle est sa part de responsabilité dans l'obtention des licences et des permis à l'exportation ou à l'importation ainsi que de prévoir les montants à payer pour les acquérir.
- permettre aux intéressés de calculer le montant des droits dûs aux douanes (ainsi que la taxe sur la valeur ajoutée) habituellement exigibles lors du dédouanement⁴⁷² à l'importation.
- permettre au vendeur et à l'acheteur de s'entendre d'avance sur les questions concernant le retard pouvant intervenir à l'occasion du dédouanement, et sur les prohibitions à l'exportation ou à l'importation.⁴⁷³ À noter que sur ce dernier point, les Incoterms sont muets.

2.1.1.1 La répartition des obligations relatives à l'obtention des licences, des autorisations et à l'accomplissement des formalités douanières à l'exportation et à l'importation, dans les ventes au départ et les ventes à destination des Incoterms

Les rédacteurs des Incoterms considèrent que le vendeur est le mieux placé pour l'obtention des licences et autorisations officielles et l'accomplissement des formalités douanières dans le pays de l'exportation; l'acheteur l'est dans le pays de l'importation.⁴⁷⁴ À cet effet, regardons les dispositions de chaque famille des Incoterms quant à la répartition des obligations relatives à ces points entre les deux parties:

- les ventes au départ:

⁴⁷² - Le terme "dédouanement" utilisé dans les publications de la CCI est une traduction du terme anglais "Clearing". A cet effet, la Chambre de commerce international précise que lorsque le terme "Clearing" est utilisé en connexion avec la transition de la marchandise à travers les douanes, il désigne le paiement des droits dûs et aussi l'achèvement de tout autre document administratif nécessaire à cette transition. Il est recommandé que le dédouanement soit assumé par la partie au contrat ayant son domicile dans le pays où la formalité est à accomplir. Ainsi, l'exportateur dédouane la marchandise à l'exportation, tandis que l'importateur doit dédouaner à l'importation. Signalons aussi que contrairement aux Incoterms 1990, ceux de 2000 font assumer, dans les ventes FAS et DEQ, au vendeur, l'obligation de dédouanement à l'exportation, et à l'acheteur l'obligation de dédouanement à l'importation. La vente EXW demeure l'exception en faisant assumer à l'acheteur le dédouanement à l'exportation, Incoterms 2000, *op.cit.*note 2, page 21.

⁴⁷³ - Sur la question de savoir si la partie, qui a failli à une obligation de dédouanement due à une prohibition d'exportation ou d'importation de nature administrative, est en état de rupture de contrat à l'égard de l'autre partie ou si elle profite d'une exonération; l'article 79 de La Convention dispose dans son paragraphe 1 qu' "une partie n'est pas responsable de l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations si elle prouve que cette inexécution est due à un empêchement indépendant de sa volonté et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre d'elle qu'elle le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'elle le prévienne ou le surmonte ou qu'elle en prévienne ou surmonte les conséquences".

⁴⁷⁴ - Incoterms 2000, *op.cit.*note 2, page 21.

les Incoterms de la famille F (F.C.A., F.A.S.,⁴⁷⁵ F.O.B) et les Incoterms de la famille C (C.F.R., C.I.F., C.P.T., C.I.P).

Dans ces ventes, il incombe au vendeur d'obtenir à ses propres risques et frais toute licence ou autorisation officielle et d'accomplir les formalités douanières à l'exportation. Parallèlement, c'est l'acheteur qui les assume pour l'importation ainsi que pour le transit de la marchandise par un pays tiers lorsque le cas se présente.⁴⁷⁶

- Les ventes à l'arrivée:

les Incoterms de la famille D (D.A.F., D.E.S., D.E.Q⁴⁷⁷., D.D.U., D.D.P).

À l'exception de la vente D.D.P., dans toutes ces ventes, il incombe au vendeur d'obtenir à ses propres risques et frais toute licence ou autorisation et d'accomplir les formalités douanières à l'exportation. Par contre, c'est l'acheteur qui les assume pour l'importation ainsi que pour le transit de la marchandise par un pays tiers lorsque le cas se présente.

Dans la vente D.D.P.(Rendu droits acquittés), le vendeur assume ces mêmes obligations à l'exportation et à l'importation.⁴⁷⁸

- Le terme de vente au départ de la famille E (EXW) à l'usine:

afin de souligner l'obligation minimale du vendeur, l'*Incoterm* EXW fait assumer à l'acheteur les obligations de dédouanement de la marchandise à l'exportation ainsi qu'à l'importation.⁴⁷⁹

Il est évident qu'en présence d'accord inter-étatique supprimant tout droit douanier, les obligations A2 et B2 deviennent inutiles.⁴⁸⁰

2.1.2 La répartition des obligations relatives à l'obtention des licences, des autorisations et à l'accomplissement des formalités douanières à l'exportation et à l'importation dans les termes de livraison de l'Article 2 du Code⁴⁸¹

⁴⁷⁵ - Avec la version 2000 des Incoterms, l'obligation de dédouaner la marchandise à l'exportation dans la vente F.A.S. incombe au vendeur.

⁴⁷⁶ - Incoterms 2000, *op.cit.*note 2.

⁴⁷⁷ - Avec la version 2000 des Incoterms, l'obligation de dédouanement à l'importation dans la vente DEQ incombe à l'acheteur.

⁴⁷⁸ - *Ibidem.*

⁴⁷⁹ - *Ibidem.*

⁴⁸⁰ - Incoterms 2000, *op.cit.*note 2, page 21.

⁴⁸¹ - La règle générale veut que les parties soient libres de désigner qui d'entre elles assumera l'obligation d'obtenir les permis et les licences et payera pour les droits à l'importation et à l'exportation.

Les termes de livraison du Code « ne désignent pas clairement » les obligations des parties relatives à l'obtention des licences et des permis exigés ni de l'accomplissement des formalités douanières à l'exportation et à l'importation⁴⁸². Par ailleurs, notons que le paragraphe (b) de la *Section 2-504* portant sur les contrats à expédition dispose de la livraison à l'acheteur de tout document nécessaire lui permettant de prendre possession de la marchandise, ainsi que tout document requis par l'accord des parties ou par les usages de commerce. De son côté, le paragraphe (3) de la *Section 2-503*, portant sur l'offre de livraison dans les contrats à destination, dispose quant à lui de l'obligation du vendeur d'offrir de livrer tout document permettant à l'acheteur de prendre possession de la marchandise. Par conséquent, même la référence à ces deux *Sections* d'attache n'est pas d'un grand secours. Reste à mentionner que dans le silence des parties, le Code fait application des *Sections 1-205(1)(2)(3)* et *§2-208(1)(2)* portant sur les actes précédents des parties et l'usage de commerce.

Citons enfin que la doctrine, en essayant d'établir la responsabilité des parties relativement à ces obligations citées, s'est posée les questions suivantes:⁴⁸³

- Qui des deux contractants doit payer pour l'obtention des licences et des permis et pour l'accomplissement des formalités douanières?⁴⁸⁴
- A qui incombe de les obtenir?⁴⁸⁵
- Quelle est l'étendue de l'obligation d'obtenir une licence? Est-ce une obligation absolue, ou de diligence et d'effort raisonnable?⁴⁸⁶ (*Is it An Absolute Obligation or is it one to use reasonable Diligence, Reasonable Endeavours...?*)

2.1.2.1 L'obtention des licences et des permis et l'accomplissement des formalités douanières à l'exportation dans la vente FOB navire à l'exportation

Il est bien établi que les deux termes FOB. et FAS ont été élaborés par les coutumes et les usages de commerce.⁴⁸⁷ Ainsi, dans la vente FOB, l'acheteur assume le rôle d'expéditeur (*Shipper*) de la

⁴⁸² - Frécon, op.cit. note 13, page 185. On lit dans cet article: "Les termes de livraison ne désignent pas clairement la partie qui doit obtenir les permis et autorisations nécessaires à l'exportation ou à l'importation et payer les frais afférents. Lorsque le contrat est F.O.B. expédition (Code), il est difficile de préciser qui des deux parties contractantes – l'expéditeur ou l'importateur- doit payer pour l'obtention d'un certificat d'origine. Sous l'égide du Code, les obligations du vendeur relativement à l'expédition s'achèvent suite à la livraison de la marchandise au transporteur. Parce que ces licences sont exigées pour la livraison au transporteur, le vendeur serait responsable de les obtenir. Ce dernier pourrait aussi prétendre que ces documents sont requis par les autorités du pays de l'acheteur, par conséquent il lui incombe de les payer... Les contractants doivent désigner, d'avance dans leur contrat, la partie qui assumera la responsabilité d'obtenir et de payer pour les divers documents requis..."

⁴⁸³ - Ewan Mckendrick, "Contract law", 5th Edition, Basingtoke: Palgrave, Macmillan, England, 2003, page 638.

⁴⁸⁴ - *Ibidem*

⁴⁸⁵ - *Ibidem*

⁴⁸⁶ - *Ibidem*.

marchandise.⁴⁸⁸ Le contractant désigné, dans le manifeste du navire (*Ship's Manifest*) comme expéditeur, est responsable d'obtenir les différents documents exigés par les douanes (*Customs*).⁴⁸⁹ La doctrine considérait que les permis et les licences d'expédition, les tarifs et les frais, ainsi que les droits dûs à l'exportation, sont des questions à régler avant le chargement de la marchandise. Cependant, toutes ces dépenses n'étaient pas inhérentes à l'obligation de livraison, et relevaient plutôt du processus de l'expédition de la marchandise.⁴⁹⁰ Donc, puisque l'acheteur est considéré l'expéditeur, il lui incombe, par conséquent, la responsabilité d'assumer ces tâches.⁴⁹¹ Notons que cette situation ne se présente pas dans tous les contrats F.O.B. En effet, dans les contrats où le connaissance est émis au nom du vendeur, c'est ce dernier qui est considéré comme expéditeur.⁴⁹² D'autre part, la nature flexible du contrat F.O.B.⁴⁹³ favorisa l'évolution de ces pratiques. Désormais, les obligations des parties dépendent des conditions et des circonstances qui accompagnent la conclusion du contrat de vente.⁴⁹⁴ Ainsi dans une première étape, la doctrine commence à distinguer, pour désigner la partie responsable de l'obtention des licences et payer les coûts nécessaires à l'exportation, entre la vente interne où les parties sont soumises à une même juridiction d'une part, et la vente conclue avec l'étranger d'autre part. Dans la première c'est la responsabilité de l'acheteur qui est retenue, celle du vendeur dans la seconde.⁴⁹⁵

⁴⁸⁷ - Sassoone, Merren, *op.cit.*note 73, page 325; Aux États-Unis le terme de vente F.A.S a été repéré pour la première fois dans le cas *McCandlish v. Newman*, 22 Pa. 460 (1874), dans, Michael A. Schwind, "F.A.S. Clauses in American Comparative Law" 32 *New York University Law Review* (1957) 1249, en ligne à : www.HeinOnline.com

⁴⁸⁸ - *Idem*, *op.cit.*note 73, page 361. Les auteurs font référence aux commentaires de Lord Brougham dans *Cowasjee v. Thompson Keble* où il écrivait "Il est certain, lorsque les marchandises sont vendues à Londres Franco Bord, l'expéditeur doit assumer le coût de leur expédition, sauf que, c'est l'acheteur qui est considéré l'expéditeur", (1845) 5 Moore 165 at pp. 173,174.

⁴⁸⁹ - Sassoone, Merren, *op.cit.*note 73, page 358

⁴⁹⁰ - *Idem*, *op.cit.*note 15, page 357.

⁴⁹¹ - Dans, *H.O. Brandt & Co. v. H.N. Morris & Co.*, [1917]2K.B.784, at p.798, la question s'était posée de savoir qui des deux parties avait la responsabilité d'obtenir une licence à l'exportation, et, *Scrutton L.J.*, a considéré que "... l'obtention d'une licence à l'exportation dépendait de l'acheteur. C'est à lui de se soucier de l'arrivée du navire au pays de destination après que la marchandise a été chargée à bord, aussi, une...prohibition à l'exportation, ne déplace pas le devoir de l'obtention d'une licence vers le vendeur", dans, Sassoone, Merren, *op.cit.*note 73, page 358.

⁴⁹² - Dans *Stock v. Inglis*, (1845)5 Moore 165 at pp. 173, 174, *Brett M.R.* considéra que "... conformément à l'entente générale entre commerçants, les mots "franco bord", veulent dire... que c'est l'expéditeur qui doit à ses dépenses les charger à bord..."; dans, dans, Sassoone, Merren, *op.cit.*note 73, page 361.

⁴⁹³ - Dans *Pyrene Co. Ltd. v. Scindia Navigation Co. Ltd.*, *Devlin J.* considéra le contrat F.O.B. comme un "instrument flexible", [1954]2Q.B.402, dans, Sassoone, Merren, *op.cit.*note 73, page 328.

⁴⁹⁴ - Dans, *A.V. Pound & Co. Ltd. v. M.W. Hardy & Co. Inc.*, il a été soutenu par le *House of Lords* que " dans les circonstances de l'affaire, il incombait au vendeur et non à l'acheteur, d'obtenir la licence d'exportation nécessaire". [1955]1Q.B.499(C.A.);[1956]A.C.588(H.L.), dans, Sassoone, Merren, *op.cit.*note 73, page 372. À l'occasion de cette affaire, Lord Somervell, mentionna que relativement à la vente F.O.B., il ne saurait y avoir une règle générale, imposant à l'acheteur de garantir l'obtention de toute licence nécessaire à l'exportation. Ce raisonnement est imputé à l'affaire *Brandt*, décidé il y a 40 ans... [1955]1Q.B.499(C.A.);[1956]A.C.588(H.L.), dans Sassoone, Merren, *op.cit.*note 73, page 330.

⁴⁹⁵ - Sassoone, Merren, *op.cit.*note 73, page 358.

Les tribunaux américains, qui avaient toujours opté pour faire assumer la responsabilité de l'obtention des licences à l'exportation dans la vente F.O.B. à l'acheteur, commencèrent à changer leur attitude à partir de 1957. À cet effet, il a été écrit: "... les tribunaux Américains ont soutenu que dans le contrat F.O.B. il incombe normalement à l'acheteur et non pas au vendeur d'obtenir les permis à l'exportation, cependant, ces cas portaient sur des contrats de vente conclus entre vendeur et acheteur américains, où la livraison est faite à l'intérieur des États-Unis. Récemment, une Cour américaine interpréta la déclaration du vendeur, d'avoir compris à l'occasion du contrat, qu'il lui incombait d'obtenir le permis à l'exportation, comme un fait engageant sa responsabilité absolue, et qu'il ne s'agissait pas d'une simple obligation de diligence".⁴⁹⁶

Cette évolution est due à l'esprit du Code,⁴⁹⁷ qui a mis l'accent sur la volonté des parties et sur les circonstances de l'engagement contractuel,⁴⁹⁸ ainsi que sur la notion de "garantie absolue du vendeur". Cette nouvelle orientation coïncidait avec les considérations et les orientations du cas sus-mentionné de *Pound v. Hardy*.⁴⁹⁹

- L'influence des cas *Brandt*; *Pound v. Hardy*, *Banking & Trading Corp.*

La règle établie par le cas *Brandt*,⁵⁰⁰ considère que le contrat F.O.B s'exécute comme une vente interne ordinaire à l'exception du point relatif au lieu de livraison.⁵⁰¹ Cette approche s'applique aussi sur l'obligation de l'acheteur de payer pour les droits à l'exportation (*Liability for Export Duties*).⁵⁰²

Notons que la jurisprudence aux États-Unis, qui a adopté la règle *Brandt*, considère que dans le contrat F.O.B. le vendeur exécute ses obligations en livrant à bord, et par conséquent il ne doit pas

⁴⁹⁶ - Berman, "Force majeure and the Denial of an Export Licence under Soviet Law", 73 Harv. L.Rev. 1141 (1959-1960), en ligne à: www.HeinOnline.com, Lire dans ce sens, *Amtorg Trading Corp. v. Miehle Printing Press & Mfg. Co.*, 206 F. 2d 103 (2d.Cir.1953); *Bardons & Oliver, Inc. v. Amtorg Trading Corp.*, 301 N.Y. 622, 93 N.E. 2d 915 (1950), dans, Sassoon, Merren, *op.cit.* note 73, page 373.

⁴⁹⁷ - Rappelons que l'article 2 du Code a été promulgué en 1957, dans, Gabriel, Rusch, *op.cit.* note 98, page 1.

⁴⁹⁸ - Dans, *Banking & Trading Corp. v. Reconstitution Finance Corporation*, 147 F. Supp. 193 (S.D.N.Y.1956), en ligne à: <http://lawschool.westlaw.com>, "il a été jugé que le vendeur n'a pas exécuté ses obligations contractuelles lorsqu'il manque à son devoir d'obtenir une licence à l'exportation conforme aux régulations sur l'exportation", dans, Sassoon, Merren, *op.cit.* note 23, page 373; à propos de ce même cas, on peut lire aussi le commentaire suivant: " Bien que la règle générale admise dans les ventes F.O.B. navire, fait assumer à l'acheteur l'obligation de l'obtention des permis à l'exportation et d'en payer les droits afférents, cette obligation peut être assumée par le vendeur si les parties contractantes le désirent. Ma décision est que les parties n'avaient pas l'intention de transférer l'obligation au vendeur. Elles avaient prévu que l'obligation du vendeur dépendait d'une condition préexistante et connue par le vendeur voulant que ce dernier obtienne le permis à l'exportation", dans, Sassoon, Merren, *op.cit.* note 73, page 373.

⁴⁹⁹ - *Supra*, *op.cit.* note 495.

⁵⁰⁰ - *Supra*, *op.cit.* note 491.

⁵⁰¹ - Sassoon, Merren, *op.cit.* note 73, page 374.

⁵⁰² - *Ibidem*.

assumer d'autres obligations subséquentes. Ainsi, il relève de l'acheteur étranger de payer les taxes à l'exportation.⁵⁰³

Cependant, ce raisonnement évolua à partir du cas *Pound v. Hardy* jugé en 1956,⁵⁰⁴ suivi par le cas américain, *Banking & Trading Corp. v. Reconstruction Fin. Corp.* jugé aussi en 1956.⁵⁰⁵

Synthétisons: Lorsque le contrat F.O.B. expédition porte sur une vente avec l'étranger, la jurisprudence tend à faire assumer les taxes à l'exportation ainsi que les permis et licences au vendeur.⁵⁰⁶

Le problème ne se pose pas pour la vente F.O.B. destination, relativement à l'obtention des licences et des permis et l'accomplissement des formalités douanières à l'exportation puisqu'il incombe au vendeur l'obligation de livrer à destination.

2.1.2.2 Les permis et les droits à l'importation

Comme les textes des Sections concernées sont muets sur le sujet, référons nous encore une fois à la doctrine et la jurisprudence.

Ainsi, lorsqu'une prohibition à l'importation affecte la marchandise dûment expédiée et livrée, c'est l'acheteur qui doit en assumer les conséquences.⁵⁰⁷ La jurisprudence estime que le vendeur n'est pas supposé garantir les effets de la législation dans le pays de destination de la marchandise, ou encore ceux du pays où l'acheteur envisage de la revendre.⁵⁰⁸

Aussi, il a été considéré que le fait pour le transporteur de ne pas livrer la marchandise au lieu de déchargement convenu, suite à une décision de grève prise par les employés de la compagnie du chemin de fer, ne justifiait pas la prétention de l'acheteur à l'impossibilité de l'exécution du contrat, du fait que le transporteur n'avait pas livré à l'endroit de déchargement convenu.⁵⁰⁹

⁵⁰³ - La Division d'Appel de la Cour Suprême de New York (*Appellate Division of the Supreme Court of New York*) décida dans *Krauter v. Menchastorre et al.* que "la taxe à l'exportation porte sur les marchandises qui sont destinées à être exportées hors du pays. Comme c'est l'acheteur qui expédie la marchandise il lui incombe d'assumer cette taxe", 195 N.Y.S. 361; 202 App. Div. 200 (1920), dans Sassoon, Merren, *op.cit.* note 73, page 375.

⁵⁰⁴ - *Supra*, *Op. cit.* note 494.

⁵⁰⁵ - *Supra*, *Op. cit.* note 498.

⁵⁰⁶ - Dans, *Bowhill Coal Co. Ltd. v. A. Tobias*, suite à la conclusion d'un contrat F.O.B. entre un vendeur écossais et un acheteur allemand, une taxe fut imposée sur le charbon vendu à l'exportation. L'acheteur paya la taxe sous réserve et revendiqua ensuite sa récupération. La Scottish Court of Session, décida que la taxe à l'exportation incombait au vendeur, (1902) 5F. (Ct. of Sess.) 262, dans, Sassoon, Merren, *op.cit.* note 73, page 374.

⁵⁰⁷ - *Idem*, *op. cit.* note 73, page 385.

⁵⁰⁸ - Dans, *Sumner Permain & Co. v. Webb & Co.*, [1922] 1 K.B. 55, il a été jugé que le produit vendu et livré à destination demeure un objet approprié pour le commerce, même si l'acheteur ne peut plus le revendre dans une autre destination suite à une prohibition à l'importation, et ceci malgré le fait que le vendeur n'ignorait pas dès le début l'intention de l'acheteur, Sassoon, Merren, *op.cit.* note 73, page 385.

⁵⁰⁹ - Dans, *J.S. Hatcher et al. v. Barlow Ferguson*, 33 Idaho 639, 198 Pac. 680 (1921), le vendeur a assumé ses obligations contractuelles, lorsqu'à l'occasion d'une vente F.O.B., il a chargé le bétail à ses propres frais, à bord d'une voiture ferroviaire, sans en garantir la livraison à une destination particulière. Le fait pour le transporteur de ne pas livrer la marchandise à une destination spécifique conformément aux attentes de l'acheteur suite à un risque

Ainsi, nous déduisons que dans la vente F.O.B., contrat à destination, il incombe à l'acheteur d'assumer la responsabilité de la marchandise dans le pays de destination et par conséquent, l'obligation d'obtenir les permis et les licences à destination et d'accomplir les formalités de dédouanement pour l'importation.

2.1.2.3 Les prohibitions à l'exportation ou à l'importation

Habituellement, les parties stipulent, dans leur contrat, une clause présumant la nullité de ce dernier, au cas où l'inexécution du vendeur est due à une cause qui échappe à son contrôle incluant le cas du refus de l'administration de lui octroyer une licence à l'exportation.⁵¹⁰ Cependant, en l'absence d'une telle clause, la jurisprudence considère que l'obligation du vendeur d'obtenir une licence à l'exportation n'est pas de nature absolue. Il lui suffit à cet égard "de faire de son mieux" "*To Do His Best*".⁵¹¹

En outre, la doctrine considère la question d'apprécier si le vendeur a agi avec tout le zèle nécessaire pour l'obtention de la licence, comme une question de fait.⁵¹²

Aussi, pour décider de la responsabilité du vendeur, une distinction a été retenue entre la prohibition absolue et partielle.⁵¹³

Il arrive que la vente porte sur des choses de genre, et qu'une prohibition empêche le vendeur d'obtenir un permis à l'exportation. À cet effet, il a été jugé que le vendeur peut, afin d'exécuter ses obligations, se procurer une marchandise d'une source différente que celle choisie lors de l'accord des parties.⁵¹⁴

de grève, n'exonère pas ce dernier de son obligation d'accepter la marchandise et d'en payer le prix, *Sassoon, Merren, op.cit.note 73, page 386.*

Sur l'obtention des licences, le General Producer Brokers' Association fournit dans un proto-type de contrat F.O.B., la clause suivante sur l'obtention des licences: "A chaque fois que l'obtention d'une licence est nécessaire, l'acheteur s'engage à en obtenir une. Plus encore, l'acheteur s'engage à assumer les conséquences qui peuvent affecter le contrat suite à son incapacité d'obtenir les licences nécessaires ainsi que les conséquences de la révocation ou de l'annulation de la licence accordée; pourvu qu'aucun comportement de la part du vendeur n'empêche ou n'a empêché l'obtention de la licence requise. Advenant, que la révocation ou l'annulation ou le refus d'accorder la licence émane d'un "Ordre du Gouvernement", pris avant l'expédition, et prohibant à titre inconditionnel l'importation de la marchandise objet du contrat, ce dernier sera annulé immédiatement et sans l'octroi d'indemnité ou de pénalité aux parties. Ce qui vient d'être mentionné s'appliquera également au vendeur en ce qui concerne toute licence requise à l'exportation", *Ibidem.*

⁵¹⁰ - *Sassoon, Merren, op.cit.note 73, pp. 376-377.*

⁵¹¹ - La Cour d'appel de Londres "*The Court of Appeal*", dans *Re Anglo Russian Merchant Traders and John Batt & Co. (London)*, déclara qu' "une appréciation raisonnable du contrat... montre que l'expédition du produit vendu est sujet à l'obtention d'une licence, que le vendeur s'est engagé implicitement à faire de son mieux afin d'obtenir la licence d'exportation "*To Use Their Best Endeavours to Obtain A Licence*", [1917] 2K.B. 679; dans le cas *Peter Cassidy Seed Co. Ltd. v. Osuustukkukaupa I.L.*, [1957] 1W.L.R.273, Devlin J. donna l'opinion suivante: "...Lorsque rien n'est mentionné dans le contrat relativement à l'obtention d'une licence...je pense qu'il serait juste de considérer que le vendeur doit garantir qu'il agira avec tout le zèle nécessaire, et qu'il ne fait pas de doute que chaque cas doit être décidé en fonction de ses propres circonstances..."; "...l'obligation de fournir une licence ...est conditionnelle et non absolue" dans, *Sassoon, Merren, op.cit.note 73, pp. 377-378.*

⁵¹² - *Sassoon, Merren, op.cit.note 73, page 379.*

⁵¹³ - *Agroexport State Entreprise for Foreign Trade v. Compagnie Européenne De Céréales*, [1974] 1 Lloyd's Rep.499, dans, *Sassoon, Merren, op.cit.note 73, page 380.*

2.1.2.4 La vente FAS

Dans un article publié en 1957 dans la *New York University Law Review*, un auteur a estimé que le caractère distinctif de la vente FAS réside dans le fait que l'acheteur est l'exportateur. En outre, le vendeur achève l'exécution de ses obligations en livrant sur le quai le long du navire désigné par l'acheteur (Voir, le cas *Royal Italian Government v. National Brass & Copper Tube Co.*, 294 Fed. 23, 26 (2d Cir. 1923), cert. denied, 264 U.S. 587 (1924) considéré par la doctrine comme le "*Leading American Case*" relativement à la vente FAS).

Aux États-Unis, il incombe à l'acheteur d'assumer les frais et la responsabilité d'obtention des licences et de payer les droits dûs à la douane à l'exportation. Il lui revient aussi d'obtenir les permis et les documents gouvernementaux à l'importation. Ce raisonnement repose sur le fait que le vendeur s'engage uniquement à transporter la marchandise jusqu'au quai du port désigné. Cependant, et comme pour la vente FOB, la jurisprudence américaine ne tarda pas à suivre la règle établie par le cas *Pound v. Hardy*, et ensuite par *Banking & Trading Corp. v. Reconstruction Fin. Corp.*, laissant au vendeur la responsabilité d'assurer l'obtention des licences à l'exportation.⁵¹⁵

2.1.2.5 Les permis, licences et droits à l'exportation dans les ventes C.I.F et C.& F.

La vente C.I.F. est un contrat à expédition. Le transfert des risques à l'acheteur se réalise suite à la livraison de la marchandise au transporteur dans le port d'expédition.

Comme pour la majorité des Sections de la 3ème partie de l'*Article 2*, les parties peuvent elles-même décider des modalités de la répartition de leurs obligations respectives. À défaut d'un tel consentement, la lecture de la §2-320 (2) (d) montre que le vendeur doit "fournir la facture ainsi que tous les documents requis permettant l'expédition, ou qui sont exigés par le contrat".⁵¹⁶ La doctrine interprète cette dernière disposition du Code, comme indiquant l'obligation pour le vendeur d'obtenir une licence à l'exportation ainsi que l'autorisation gouvernementale nécessaire pour l'expédition de la marchandise.⁵¹⁷

Cependant, comme pour la vente F.O.B. maritime expédition, il serait indispensable afin de cerner les données de droit et de fait dans l'attribution des obligations de chacun du vendeur et de l'acheteur dans

⁵¹⁴ - *Beves & Co. Ltd. v. Farkas* [1953] 1 Lloyd's Rep. 103, applying *Blackburn Bobbin Co. v. Allen (T.W.) & Sons* [1918] 1 K.B. 540; [1918] 2 K.B. 467; voir aussi, *George Wills & Sons Ltd. v. R. S. Cunningham Son & Co. Ltd.* [1924] 2 K.B. 220, dans, *Sassoon, Merren, op.cit.* note 73, page 381.

⁵¹⁵ - *Schwind, op.cit.* note 488; Voir aussi, *Pound v. Hardy, op.cit.* note 495; *Banking & Trading Corp. v. Reconstruction Fin. Corp.*, *op.cit.* note 499; sur les taxes à l'exportation, voir, *Krauter v. Menchasatorre et al*, *op.cit.* note 504. Vu la doctrine et la jurisprudence fortement pernicieuse sur la vente FAS, il est conseillé de lire les paragraphes relatives à cette vente dans le livre de *Sassoon et Merren*, en particulier les pages 371 à 376.

⁵¹⁶ - U.C.C. §2-320, (2) (d).

⁵¹⁷ - *Hawkland U.C.C. Series § 2-320: 6, Part. 3. General Obligation and Construction of Contract, U.C.C. § 2-320. C.I.F. and C. & F. Terms*, en ligne à: <http://lawschool.westlaw.com>

l'obtention des permis à l'exportation et à l'importation, de parcourir les décisions des tribunaux. C'est ce que nous verrons dans les paragraphes suivants.

2.1.2.6 Les permis et les licences à l'importation dans une vente C.I.F.

Lorsque le contrat est muet sur l'obtention des licences, il a été considéré que chacune des parties assume une obligation conditionnelle et non absolue afin d'obtenir les permis.⁵¹⁸ Par conséquent, si les efforts déployés n'aboutissent pas, aucune faute ne sera retenue et le contrat sera "probablement annulé".⁵¹⁹

Par ailleurs, il a été soutenu que lorsque l'acheteur manquait à son devoir, de prendre toutes les mesures nécessaires pour l'obtention d'une licence à l'importation, il lui incombait de payer le prix de la marchandise.⁵²⁰

L'engagement du vendeur, à obtenir et fournir la licence, lui impose une obligation conditionnelle d'agir avec le plus grand zèle afin d'obtenir le permis à l'exportation.⁵²¹

Il peut arriver que le contrat soit conclu sous l'égide d'une loi permettant l'exportation d'un produit quelconque sans que l'obtention d'un permis soit requis, et qu'au moment de l'exécution, une nouvelle réglementation soit imposée, obligeant le vendeur à en obtenir un.⁵²² Afin de parer à une pareille situation, la plupart des contractants aujourd'hui stipulent des clauses, dans lesquelles les contractants prévoient les conséquences d'une prohibition à l'exportation ou à l'importation. À cet effet, il est

⁵¹⁸ - Re Anglo Russian Merchant Traders and John Batt & Co. (London), voir note 512.

⁵¹⁹ - Sassoon, Merren, op.cit.note 73, page 101.

⁵²⁰ - Dans, *Mitchell Cotts & Co. (Middle East) Ltd. v. Hairco Ltd.*, [1943] 2 A ll E.R. 552, le contrat C.I.F. stipulait le paiement comptant suite à l'acceptation de la marchandise par l'acheteur au port d'arrivée. Le contrat n'indiquait pas à qui des deux parties incombait l'obligation d'obtenir une licence d'importation. Comme cette dernière ne fut pas obtenue, la marchandise a été saisie par les autorités douanières. L'acheteur refusa de payer et soutena qu'il relève du vendeur d'obtenir le permis. La Cour d'appel décida que le paiement était dû au vendeur, qu'il relevait de l'acheteur de prendre toutes les mesures nécessaires afin d'obtenir des autorités l'autorisation de contrôler la marchandise; ce qui lui permettait de refuser ou d'accepter la marchandise; que l'acheteur n'a fait aucun effort pour obtenir la licence nécessaire, dans, Sassoon, Merren, op.cit.note 73, page 101.

⁵²¹ - Dans, *Anglo-Russian Merchant Traders Ltd. v. Batt*, [1917] 2 K.B. 679, la Cour soutint, que le fait pour les vendeurs de ne pas expédier la marchandise était justifié par leur incapacité à obtenir une licence à l'exportation. Les parties conclurent le contrat avec la connaissance préalable de l'existence d'une prohibition à l'exportation, et par conséquent, toute exportation nécessitait l'obtention d'un permis des autorités compétentes. Le vendeur ne s'engage pas à assumer la responsabilité des conséquences résultant de son incapacité à obtenir le permis, il doit uniquement prendre toutes les mesures raisonnables afin d'obtenir le permis, dans, Sassoon, Merren, op.cit.note 73, page 102.

⁵²² - Dans, *Ross T. Smyth & Co. Ltd. (Liverpool) v. W. N. Lindsay Ltd. (Leith)*, [1953] 1 W.L.R. 1280, un contrat de vente C.I.F. Glasgow, stipulant l'exportation de 500 tonnes de fèves pour cheval d'un port sicilien vers Glasgow. Le contrat prévoyait qu'en cas où l'exécution du contrat devenait impossible suite à une prohibition à l'exportation...la partie non exécutée sera annulée. Au cours de la période fixée pour l'exécution, et sans qu'une expédition partielle ne soit faite, une réglementation fut adoptée en Italie prohibant l'exportation de la fève de cheval sicilien. L'acheteur considéra le vendeur défaillant. En arbitrage il a été soutenu que "l'exécution du contrat s'est rendue impossible en raison du changement de la loi en Italie", dans, David M. Sassoon & h. Orren Merren, op.cit.note 15, page 102.

d'usage dans ces cas d'accorder une période supplémentaire pour l'expédition. Au cas où la prohibition persiste, le contrat est annulé.

Notons que les obligations du vendeur, dans les deux ventes C.I.F. et C. & F. de l'Article 2 et des Incotems sont similaires.⁵²³

2.1.2.7 Les droits des douanes dans la vente C.I.F.

Considérons séparément les obligations de chacune des deux parties:

- L'obligation du vendeur:⁵²⁴

Le paiement des droits à l'importation dans une vente C.I.F. ne fait pas partie des obligations du vendeur. Cependant, il arrive à l'occasion de l'exécution d'un contrat, que le vendeur paie pour le dédouanement à l'importation, vu que l'offre de livraison est faite suite à l'arrivée de la marchandise à destination. Dans ce cas, le vendeur peut récupérer le montant des droits payés de l'acheteur.⁵²⁵

Sauf accord contraire (*Produce Brokers New Company (1924) Ltd. v. British Italian Trading Co. Ltd. [1952] 1 Lloyd's Rep., dans Sassoon, Merren, op.cit, note 73, page 212*), dans une vente C.I.F., il incombe au vendeur de payer les droits de dédouanement à l'exportation (*Anglo-Russian Merchant Traders, Ltd. v. Batt (1917) 2 K.B. 679, C.A., dans, Dennis C. Thompson, Kennedy's C.I.F. Contract, 3rd Edition, Stevens & Sons Limited, London, 1959, page 133*), pour le simple fait que ces dépenses sont nécessaires pour exécuter l'obligation d'expédition de la marchandise.⁵²⁶

- L'obligation de l'acheteur:

Sauf stipulation contraire, le dédouanement à l'importation est à la charge de l'acheteur.⁵²⁷

⁵²³ - 1Hawkland U.C.C. Series § 2-230: 6, *op. cit.* note 4, en ligne à: <http://lawschool.westlaw.com>; voir aussi, Spanogle, *op.cit.note13*, page 119

⁵²⁴ - *Anglo-Russian Merchant Traders, Ltd. v. Batt (1917) 2 K.B. 679, C.A., dans, Dennis C. Thompson, Kennedy's C.I.F. Contract, 3rd Edition, Stevens & Sons Limited, London, 1959, page 133.*

⁵²⁵ - David M. Sassoon & h. Orren Merren, *op.cit.note 73*, page 212.

⁵²⁶ - *Ibidem.*

⁵²⁷ - Dans, *American Commerce Co., Ltd. v. Frederick Boehm, Ltd., (1919) 8 Com Cas.*, page 107, *op.cit. note 16*, page 132, un contrat de vente C.I.F. "droits payés", portait sur du saccharine. Ce dernier devait être expédié de New York vers un port en Angleterre. Entre la période de la conclusion du contrat et l'offre de livraison, une taxe supplémentaire fut imposée sur l'importation du saccharine en Angleterre. Au dédouanement, le vendeur régla cette augmentation de taxe puis la réclama par une action en justice. Bray J. soutena que les termes "droits payés" ne constituent pas un accord impliquant l'obligation du vendeur de payer le montant de l'augmentation suite à la conclusion du contrat... par conséquent, le vendeur était autorisé à récupérer la somme payée...., dans, *Sassoon, Merren, op.cit.note 73*, page 212

Synthèse

Relativement à ces obligations, une constante du Code veut que l'attribution des charges entre vendeur et acheteur émane de leur devoir mutuel d'accomplir ce qui leur incombe nécessairement et normalement pour que le contrat soit réalisable.⁵²⁸ Ainsi, le vendeur fera le nécessaire pour faire acheminer et livrer la marchandise à l'acheteur; parallèlement, il relève de ce dernier d'entreprendre les démarches nécessaires auprès des autorités afin qu'il puisse exercer son droit de vérification et en l'occurrence d'accepter ou de refuser la marchandise.⁵²⁹

Sauf stipulation contraire, l'obtention d'une licence d'importation est une obligation de l'acheteur, et l'obtention d'une licence d'exportation est une obligation du vendeur.⁵³⁰

Lorsque le contrat est muet sur la distribution de ces obligations, il est à déduire que chacune des deux parties contractantes a pris un engagement conditionnel⁵³¹ de faire de son mieux pour obtenir la licence ou le permis, mais ne s'est pas engagée à assumer le risque du refus de l'obtention du permis par les autorités compétentes.⁵³²

Si, malgré les efforts déployés par l'une ou l'autre des parties, la licence requise n'est pas octroyée, le contrat est simplement annulé.⁵³³

Il est à noter aussi que le contrat C.I.F. est basé sur l'offre de soumettre des documents. Une fois que le vendeur soumet les documents nécessaires, il n'est plus concerné par les étapes qui s'en suivent; d'où la présomption voulant que les licences et le dédouanement à l'importation soient à la charge de l'acheteur.⁵³⁴

Sur la question des retards éventuels dans l'obtention des permis des licences et des autorisations, ou encore sur la question des prohibitions des licences à l'exportation ou à l'importation, les parties stipulent habituellement dans leur contrat des clauses autorisant le prolongement de la période d'expédition ou de transport. Dans le cas où les prohibitions ne sont pas levées et continuent à paralyser l'exécution de la vente, le contrat devient annulable.⁵³⁵

⁵²⁸ - UCC §2-314 (3), *Official Comment 12*, en ligne à : <http://lawschool.westlaw.com>

⁵²⁹ - Sassoon, Merren, *op. cit.* note 73, page 101.

⁵³⁰ - *Ibidem*

⁵³¹ - *Sociétés d'Avances Commerciales (London) Ltd. v. A. Beese & Co. (London) Ltd.*, (1952)1 T.L.R. 47.

⁵³² - *J.W. Taylor & Co. v. Landauer & Co.* (1940) 57 T.L.R. 47, dans, Sassoon, Merren, *op. cit.* note 73, page 102

⁵³³ - *Ibidem*

⁵³⁴ - Sassoon, Merren, *op. cit.* note 73, page 105

⁵³⁵ - Sassoon, Merren, *op. cit.* note 73, page 104; Voir aussi dans ce sens, *Walton (Grain & Shipping) Ltd. v. British Italian Trading Co. Ltd.* (1959) 1 Lloyd's Rep. 279; *Malik Co. v. Central European Trading Agency Ltd.; Central European Trading Agency Ltd. v. Industrie Chimiche Italia Centrale S.P.A.*, dans, Sassoon, Merren, *op. cit.* note 73, page 104.

Tableau 2.1

La répartition des obligations relativement au dédouanement, licence, formalités et autorisations dans les termes de vente de l'Article 2

Les termes de vente du UCC A2	Licences, Formalités, Autorisations, à l'exportation	Licences, Formalités, Autorisations, à l'importation	Dédouanement à l'exportation	Dédouanement à l'importation
Les termes à expédition				
§2-319 F.O.B.; F.A.S.	V	A	V	A
§2-320 C.I.F. & C.& F	V	A	V	A
Les termes à destination				
§2-319 F.O.B.	V	A	V	A
§2-322 Livraison EX-SHIP	V	A	V	A

Ce tableau est basé sur la jurisprudence. Les Sections de l'Article 2 réfèrent à l'accord des parties (Section 1-102(3)). À défaut d'un tel accord, la référence est toujours faite aux deux Sections 1-205(1)(2)(3) et 2-208(1)(2).

Tableau 2.2

La répartition des obligations relativement au dédouanement, licence, formalités et autorisations dans les Incoterms

Les Incoterms	Dédouanement, licence, formalités et autorisations	
	A l'exportation	A l'importation
Les ventes au départ: Termes de la famille F&C: FCA; FAS; FOB; CFR; CIF; CPT; CIP	Le vendeur	L'acheteur
Le terme ExW	Aucune obligation	L'acheteur
Les ventes à l'arrivée Termes de la famille D: DAF; DES; DEQ; DDU;	Le vendeur	L'acheteur
Le terme DDP	Le vendeur	Le vendeur

SECTION II Les obligations respectives des parties relativement au transport et à l'assurance

Le transport reste de loin l'élément le plus important de toute l'opération de vente.⁵³⁶ C'est un facteur décisif dans le choix du terme de vente.⁵³⁷ À cet effet, une vente, qui doit être exécutée moyennant un transport maritime, implique nécessairement la sélection d'un terme de vente destiné à ce mode de transport, comme par exemple, les Incoterms F.O.B. ou C.I.F.⁵³⁸ Néanmoins, il existe aussi des termes de ventes qui sont multimodaux; on pense au terme FCA.⁵³⁹ Dans ce dernier, le terme transporteur désigne "toute personne qui, aux termes d'un contrat de transport, s'engage à faire effectuer un transport par rail, route, mer, air, voies navigables intérieures ou une combinaison de ces divers modes de transport".⁵⁴⁰

Il est évident que plusieurs facteurs, aussi, influent le choix du mode de transport à savoir, entre autres:

- la nature de la marchandise: est-elle rapidement périssable, fragile ou difficile à manipuler?⁵⁴¹
- la promptitude qu'exige l'acheteur dans la livraison: produit destiné à une vente saisonnière;⁵⁴²
- la disponibilité d'un moyen de transport;⁵⁴³
- les coûts du transport.⁵⁴⁴

Puisque toute marchandise doit être transportée d'un pays vers un autre et éventuellement être transbordée d'un moyen de transport à un autre, les risques de perte ou de dommages, que peut encourir la marchandise durant cette opération, poussent le vendeur et l'acheteur à conclure un contrat d'assurance. Signalons que le transport international nécessite la conclusion de contrats avec des transitaires et des courtiers pour le chargement et le déchargement⁵⁴⁵.

2.2.1 Les Incoterms et le contrat de transport⁵⁴⁶

Les obligations A3 et B3 des Incoterms traitent respectivement de la prise en charge par le vendeur du transport et de l'assurance, et du transport par l'acheteur.

⁵³⁶ - Day, Griffen, *op.cit.*note8, page 2.

⁵³⁷ - Sur l'importance du transport de la marchandise par mer, Bradgate, White, *op. cit.* note 12, page 229; Voir aussi, Ramberg, *op.cit.* note 17, page 20.

⁵³⁸ - Ramberg, *op.cit.*note 17, page 20.

⁵³⁹ - Eismann, Derains, *op.cit.*note 72, page 24.

⁵⁴⁰ - Incoterms 2000, *op.cit.*note 2, page 34.

⁵⁴¹ - Day, Griffen, *op.cit.*note 8, page 2.

⁵⁴² - *Ibidem.*

⁵⁴³ - *Ibidem.*

⁵⁴⁴ - Day, Griffen, *op.cit.*note 8, page 2.

⁵⁴⁵ - *Ibidem*

⁵⁴⁶ - "Le contrat de transport apparaît économiquement comme l'accessoire du contrat de vente, mais juridiquement ce sont deux opérations distinctes...", Rodière et du Pontavice, dans, Jolivet, *op.cit.*note 84, page 197.

La doctrine considère qu'un lien étroit existe entre les Incoterms et le contrat de transport, vu les données suivantes:⁵⁴⁷

- Certains Incoterms ne peuvent être utilisés que lorsque le transport de la marchandise s'effectue par voie maritime.⁵⁴⁸ Ces Incoterms sont: F.A.S., F.O.B., C.F.R., C.I.F., D.E.S. et D.E.Q..⁵⁴⁹

- Les pratiques de commerce relatives aux contrats de transport varient d'un port ou d'une région à l'autre.⁵⁵⁰

Par souci d'économie et d'efficacité, la CCI recommande aux parties de ne pas se partager les responsabilités du contrat de transport, même si ce dernier est multimodal.⁵⁵¹

Dans les paragraphes qui suivent, nous étudierons le rôle que joue le contrat de transport dans chacune des quatre familles des Incoterms.

- Le terme EXW et le contrat de transport⁵⁵²

Dans ce contrat, le vendeur a l'obligation de mettre la marchandise dans ses locaux à la disposition de l'acheteur. L'Incoterm EXW ne traite pas de la question de transport et n'impose, à cet effet, aucune obligation aux parties.⁵⁵³

- Les termes de la famille F et le contrat de transport⁵⁵⁴

Dans les ventes de la famille F, le vendeur doit acheminer la marchandise vers le point de transport et la remettre au transporteur. Signalons que les Incoterms sont muets sur la phase qui précède le transport principal. Cependant, l'entrée du terme FCA en vigueur en 1980 a fait éviter au vendeur les risques d'un tel parcours. En effet, on peut lire dans l'introduction de ce dernier terme: "le vendeur remplit ses obligations lorsqu'il délivre la marchandise entre les mains du transporteur au point convenu".⁵⁵⁵ Par ailleurs, toujours selon les termes de cette famille, l'acheteur se charge du transport principal.⁵⁵⁶

La nature de la marchandise et le moyen de transport contrôlent les conditions de livraison de la marchandise au transporteur. Ainsi, tout en tenant compte des différentes pratiques commerciales en application dans les ports, il incombe à l'acheteur responsable du transport principal, d'instruire le

⁵⁴⁷ - Ramberg, *op.cit.* note 17, page 20.

⁵⁴⁸ - *Ibidem.*

⁵⁴⁹ - *Ibidem*

⁵⁵⁰ - *Ibidem*

⁵⁵¹ - *Ibidem.*

⁵⁵² - Ramberg, *op.cit.* note 17, page 39

⁵⁵³ - Incoterms 2000, *op.cit.* note 2, pp. 28-29.

⁵⁵⁴ - Ramberg, *op.cit.* note 17, page 40.

⁵⁵⁵ - Incoterms 2000, *op.cit.* note 2, page 33.

vendeur avec précision sur la façon de livrer la marchandise au transporteur ainsi que sur le lieu où elle doit avoir lieu.⁵⁵⁷

Il est à noter que dans la pratique il arrive souvent que le vendeur prenne en charge la conclusion du contrat du transport pour le compte de l'acheteur. Cette situation se présente fréquemment lorsque les prérogatives de ce dernier dépendent du lieu de présence et de la nature de la marchandise, ou encore lorsque le fret est le même malgré la possibilité de choisir entre plusieurs moyens de transport.⁵⁵⁸

- Les termes de la famille C et le contrat de transport⁵⁵⁹

Les deux termes CFR et CIF sont utilisés lorsque la marchandise est transportée par mer. Les deux autres termes de cette famille-CPT et CIP- s'utilisent dans le transport multimodal⁵⁶⁰.

Dans les ventes de la famille C c'est le vendeur qui conclut le contrat de transport. Ce dernier doit être du genre habituellement en usage pour l'expédition de la marchandise objet de la transaction. Rappelons que la vente CIF est de nature documentaire. À cet égard, la possession du connaissement permet :

- de réclamer la livraison de la marchandise une fois à destination ;
- sa revente en cours de voyage.⁵⁶¹

- Les ventes de la famille D et le contrat de transport⁵⁶²

Le recours à un terme de la famille D invite les contractants à bien considérer la question du partage des coûts et des risques, lors du déchargement de la marchandise à destination, et la désignation de la partie responsable du dédouanement à l'importation. La doctrine considère qu'il est dans l'intérêt des exportateurs, qui possèdent un volume important et constant de vente de marchandises à l'exportation, de prendre en charge l'opération de transport et de livraison à destination, et ceci pour trois raisons:

- obtenir un fret compétitif;
- s'assurer que la marchandise est livrée en de bonnes conditions;
- rendre les produits plus compétitifs en procédant à leur livraison dans le pays de l'acheteur.⁵⁶³

⁵⁵⁶ - Ramberg, *op.cit.* note 17, page 40

⁵⁵⁷ - *Ibidem*

⁵⁵⁸ - *Ibidem.*

⁵⁵⁹ - Ramberg, *op.cit.* note 17, page 42.

⁵⁶⁰ - Incoterms 2000, *op.cit.* note 2, page 66.

⁵⁶¹ - Ramberg, *op.cit.* note 17, page 22.

⁵⁶² - Ramberg, *op.cit.* note 17, page 46.

⁵⁶³ - *Ibidem*

Notons que les ventes DES et DEQ sont utilisées pour le transport de la marchandise par mer. Le premier terme impose à l'acheteur de faire retirer la marchandise du navire, tandis que le second attribue au vendeur l'obligation du déchargement sur le quai.⁵⁶⁴

Il est important pour l'acheteur, dans les ventes DES et DEQ, de bien connaître la date de l'arrivée du navire, pour retirer la marchandise et éviter que cette dernière ne soit retenue au port.

Les autres termes de la famille D, à savoir: DDU, DDP, DAF, sont multimodaux. Le terme DAF est utilisé essentiellement dans les transports ferroviaires.⁵⁶⁵

2.2.1.2 Les Incoterms et l'assurance

Les Incoterms traitent de l'obligation du vendeur de souscrire un contrat d'assurance au profit de l'acheteur, uniquement dans les deux ventes CIP et CIF.⁵⁶⁶

La doctrine justifie cette obligation d'assurance par les considérations suivantes:

- l'acheteur assume le risque de la marchandise dès qu'elle franchit le bastingage du navire. Pour cette raison le vendeur souscrit une assurance pour le compte de l'acheteur, couvrant les risques du transport,⁵⁶⁷
- l'acheteur doit pouvoir se retourner contre l'assureur, indépendamment du vendeur;⁵⁶⁸
- le vendeur doit conclure une assurance avec une compagnie de bonne réputation, et à moins d'un accord contraire, la police doit être équivalente aux conditions minima (clause C)⁵⁶⁹ comme établie à l'*Institute Cargo Clauses* et rédigée par l'*Institute of London Underwriters*.⁵⁷⁰ Notons que l'assurance de type clause C est convenable pour les cargaisons en vrac qui, normalement, ne subissent pas d'avarie en cours de transport, à moins que le dommage n'arrive aussi bien au navire qu'à la cargaison tels: échouement, collisions, incendies.⁵⁷¹ La durée de la couverture de l'assurance débute avec la passation du bastingage du navire, le temps du transport, et jusqu'à l'arrivée de la marchandise à destination.⁵⁷² L'autre raison, justifiant la couverture minimale, dans la vente CIF, est la revente de la marchandise lors de son transport; par conséquent, il est impossible au vendeur de prévoir les

⁵⁶⁴ - *Ibidem*

⁵⁶⁵ - *Ibidem*.

⁵⁶⁶ - Ramberg, *op.cit.* note 17, page 26.

⁵⁶⁷ - *Ibidem*

⁵⁶⁸ - Ramberg, *op.cit.* note 17, page 120

⁵⁶⁹ - La couverture conforme à l'*Institute Cargo Clauses* existe dans les trois catégories A, B et C, dans Ramberg, *op.cit.* note 17, page 120.

⁵⁷⁰ - Ramberg, *op.cit.* note 17, page 120

⁵⁷¹ - *Ibidem*.

⁵⁷² - Ramberg, *op.cit.* note 17, page 121.

conditions de la nouvelle police qui sera souscrite par l'acheteur éventuel.⁵⁷³ Notons que ce dernier peut aussi exiger une assurance contre la guerre, les grèves, les émeutes et les soulèvements populaires. Dans ce cas, le vendeur souscrira cette couverture additionnelle aux frais de l'acheteur.⁵⁷⁴

Le montant de l'assurance doit correspondre au prix d'achat fixé dans le contrat, majoré de 10%..⁵⁷⁵ Cette majoration de 10% représente l'équivalent du bénéfice moyen que l'acheteur prévoit gagner de la vente des marchandises. L'assurance doit être libellée dans la même monnaie que celle stipulée dans le contrat pour le prix de la marchandise.⁵⁷⁶

L'acheteur peut consentir avec le vendeur à élargir la couverture de la police ou même la conclure lui-même.⁵⁷⁷

2.2.2 Le Code et les obligations de transport et d'assurance

Les obligations de transport et d'assurance sont traitées dans le cadre des contrats nécessitant, pour l'exécution de la livraison, le recours à un moyen de transport.⁵⁷⁸

À cet effet, le Code connaît principalement deux genres de contrats d'envoi de marchandises:

- le contrat à expédition.

Dans ce genre de contrat, le vendeur doit mettre la marchandise en la possession du transporteur. Cependant, c'est l'acheteur qui assume la responsabilité des risques en cours de voyage.⁵⁷⁹ Dans le contrat d'expédition, il est présumé qu'une distance sépare les contractants. Par conséquent, il est difficile à l'acheteur absent -qui assume la responsabilité du transport de la marchandise- de négocier avec le transporteur les meilleures conditions pour la conclusion d'un contrat de transport. À cet effet, le Code impose au vendeur, comme nous le verrons, des obligations supplémentaires dans le but de mieux protéger les intérêts de l'acheteur⁵⁸⁰.

- le contrat à destination.

Dans ce genre de contrat, le vendeur assume la responsabilité de transporter et de livrer la marchandise à une destination convenue.⁵⁸¹ Dans ces transactions, l'acheteur n'assume aucun risque particulier, du fait qu'il incombe au vendeur de prendre en charge la responsabilité du transport de la marchandise.

⁵⁷³ - Ramberg, *op.cit.* note 17, page 26

⁵⁷⁴ - Ramberg, *op.cit.* note 17, page 120.

⁵⁷⁵ - Ramberg, *op.cit.* note 17, page 121.

⁵⁷⁶ - *Ibidem.*

⁵⁷⁷ - Ramberg, *op.cit.* note 17, page 26.

⁵⁷⁸ - Henson, *op.cit.* note 242, page 55.

⁵⁷⁹ - UCC §2-504.

⁵⁸⁰ - Alderman, *op.cit.* note 127, page 144.

⁵⁸¹ - UCC §2-503(3).

Ainsi, le vendeur prendra le soin, lors de la conclusion du contrat de transport, de bien protéger ses intérêts.⁵⁸²

2.2.2.1 Les obligations du vendeur dans un contrat d'expédition relativement au transport et à l'assurance.

Dans l'absence de stipulations contractuelles contraires entre les parties, les questions de l'assurance et du transport dans un contrat à expédition se lisent en fonction des deux *Sections* 2-504 et 2-509(1)(a), portant respectivement sur les obligations de livraison par le vendeur et sur le transfert de risque sans rupture de contrat, lorsque ce dernier doit expédier la marchandise moyennant un transporteur.⁵⁸³

Les obligations du vendeur sont:⁵⁸⁴

- mettre la marchandise en la possession du transporteur⁵⁸⁵ et conclure un contrat approprié pour son transport, tout en prenant en considération la nature de la marchandise et les circonstances de la vente⁵⁸⁶.

Le vendeur et le transporteur doivent transcrire la vraie valeur de la marchandise. Faute de le faire, l'acheteur risque d'être mal indemnisé au cas où la marchandise est avariée ou perdue.⁵⁸⁷

Pour la doctrine, lorsque le contrat de vente ne traite pas de l'assurance, le contrat de transport n'est considéré approprié qu'en fournissant une forme de garantie contre les risques; le fait pour le vendeur de manquer à cette obligation, permet à l'acheteur de rejeter toute marchandise avariée⁵⁸⁸

Citons enfin, pour qu'un contrat d'assurance soit valable, la présence de l'intérêt assurable est requise.⁵⁸⁹ L'acheteur obtient l'intérêt assurable par l'identification d'une marchandise existante comme conforme à celle désignée par le contrat.⁵⁹⁰

- obtenir et livrer ou offrir de livrer tout document nécessaire à l'acheteur.⁵⁹¹ :

Dans une vente documentaire, l'acheteur est tenu d'effectuer le paiement suite à l'offre de livraison des documents. Ainsi, il n'a pas le droit d'inspecter la marchandise avant de régler le prix. Le fait pour l'acheteur de payer ne le prive pas du recours contre le vendeur pour rupture du contrat, dans le cas où

⁵⁸² - UCC §2-503.

⁵⁸³ - Henson, *op.cit.* note 242, page 133.

⁵⁸⁴ - UCC § 2-504(a).

⁵⁸⁵ - *Ibidem*.

⁵⁸⁶ - *Ibidem*

⁵⁸⁷ - *La Casse v. Blaustein*, 93 Misc. 2d 572, 403 N.Y.S.2d 440, 23 U.C.C. Rep. Serv. 907(Civ. Ct. 1978), dans, Alderman, *op.cit.* note 127, page 145.

⁵⁸⁸ - *Rheinberg-Kelleri GMBH v. Vineyard Wine Co.*, 53 N.C. App. 560, 281 S.E.2d 425, 32 U.C.C. Rep. Serv. 96 (1981), dans, Henson, *op.cit.* note 242, page 134.

⁵⁸⁹ - Voir , *Supra*, page 70 de ce travail.

⁵⁹⁰ - UCC Section § 2-501(2).

⁵⁹¹ - UCC § 2-504 (b).

la marchandise n'est pas conforme aux stipulations contractuelles. L'exemple type demeure la vente CIF;

- aviser promptement l'acheteur de l'expédition.⁵⁹²;

Le but de cette obligation est de permettre à l'acheteur de prendre toutes les mesures lui permettant de prendre livraison. Ainsi, au cas où il désire souscrire une assurance, il lui est impératif de connaître avec précision la date de la mise de la marchandise en possession du transporteur ainsi que la date de l'expédition.

Notons enfin, que la *Common Law* considère qu'il ne relève pas du vendeur d'assurer la marchandise en cours de transport dans une vente FOB⁵⁹³. D'ailleurs, même dans le cas où le vendeur souscrit la police, il le fait pour le compte de l'acheteur, afin que ce dernier supporte l'éventualité de l'augmentation du prix de la prime d'assurance. Cependant, le vendeur est tenu d'aviser l'acheteur de la date de l'embarquement et de la date de l'expédition en mer afin précisément de lui permettre de souscrire une assurance⁵⁹⁴.

2.2.2.2 Les obligations du vendeur dans un contrat à destination relativement au transport et à l'assurance.

Sauf accord contraire entre les parties, dans un contrat à destination, le vendeur assume le risque de la marchandise en possession du transporteur, jusqu'à sa livraison convenable au lieu consenti. Ainsi, les deux contrats de transport et d'assurance relèvent de la responsabilité du vendeur.⁵⁹⁵

⁵⁹² - UCC § 2-504 (c)

⁵⁹³ - *Wimble Sons & Co. v. Rosenberg* [1913] 3K.B. 743, dans Ewan McKendrick, op.cit.note 484, page 621.

⁵⁹⁴ - Ewan McKendrick, op.cit.note 85, page 621.

⁵⁹⁵ - UCC §2-503(3); UCC §2-509(1)(b).

Tableau 2.3
Le transport et l'assurance dans les contrats à expédition et à destination
Contrat à expédition-*Article 2*

Terme de vente	Transport	Assurance
F.O.B. navire	A	
F.A.S. ⁵⁹⁶	A	
C.I.F.	V	V
C.&F.	V	--

Contrat à destination-Code

Terme de vente	Transport	Assurance
F.O.B. navire	V	
D.E.S.	V	

Tableau 2.4
Le transport et l'assurance dans les Incoterms
Les Incoterms

Les Sigles	Transport	Assurance
EXW	A	-
FCA	A	-
FAS	A	-
FOB	A	-
CFR	V	-
CIF	V	V
CPT	V	-
CIP	V	V
DAF	V	-
DES	V	-
DEQ	V	-
DDU	V	-
DDP	V	-

⁵⁹⁶ - Relativement à la vente F.A.S., le Code et les Incoterms considèrent que, le plus souvent dans cette vente, l'acheteur est l'affrètement, et il lui incombe de désigner le nom du navire, du port et du quai. En outre, il est recommandé aussi, pour définir les obligations des parties dans cette vente, de se référer aux usages de commerce suivis dans les différents ports et lieux et de voir aussi les accords précédents des contractants, dans, Daniel E. Murray, op.cit. note 30, page 4.

SECTION III Les obligations respectives des parties relativement à la répartition des frais

La doctrine indique que les Incoterms font concorder les réglementations relatives à la distribution des frais inhérents à la marchandise avec celles concernant le transfert des risques. Donc, pratiquement, le vendeur assume les frais occasionnés par la marchandise jusqu'à l'instant où il achève l'obligation de livraison.⁵⁹⁷

Signalons que les termes de vente ainsi que les *Sections* 2-503 et 2-504 de l'*Article 2* adoptent une approche similaire à celle des Incoterms.

Bien que dans les deux institutions, l'affectation des frais n'est pas spécifiée et clarifiée, cependant on peut penser que la nature du contrat et les obligations afférentes permettent de les délimiter. C'est ce que nous étudierons dans les lignes qui suivent.

2.3.1 La répartition des frais dans les Incoterms

La Chambre de commerce⁵⁹⁸ établit un lien entre la répartition des frais et l'obligation de livraison⁵⁹⁹, et considère à cet effet que l'un des rôles que joue la livraison est de trancher la question de la répartition des coûts dans la "vente internationale de marchandises".⁶⁰⁰ Ainsi, relativement à la question de savoir quelle partie au contrat assume tel coût, la CCI répond qu'il relève du vendeur de payer les frais nécessaires pour que la marchandise arrive au point de livraison convenu, et de l'acheteur, de payer tous les frais supplémentaires à partir de ce point.⁶⁰¹

Les paragraphes suivants nous exposent l'affectation des coûts conformément à la doctrine de la CCI.⁶⁰²

2.3.1.1 Les coûts relatifs à la marchandise

Ce sont les coûts liés directement à la marchandise comme par exemple, les frais d'entreposage. En ramenant les frais à la marchandise, les Incoterms "les attribuent au vendeur ou à l'acheteur en fonction de la livraison".⁶⁰³

2.3.1.2 Les coûts relatifs au transport⁶⁰⁴

⁵⁹⁷ - Eisemann, Derains, *op.cit.* note 72, page 15.

⁵⁹⁸ - *Ibidem*.

⁵⁹⁹ - *Ibidem*; voir aussi, Jolivet, *op.cit.* note 84, page 263.

⁶⁰⁰ - Jolivet, *op.cit.* note 84, page 263.

⁶⁰¹ - Ramberg, *op.cit.* note 17, page 63.

⁶⁰² - Jolivet, *op.cit.* note 84, pp. 263-264.

⁶⁰³ - *Idem*, *op.cit.* note 84, page 264.

⁶⁰⁴ - *Ibidem*.

Ce sont les coûts qui résultent de la conclusion et de l'exécution du contrat de transport. Ils dépendent de trois éléments:

- a- les frais de la préparation, de la conclusion, et de la livraison de documents (les frais de la conclusion d'un contrat de transport, les coûts de livraison d'un document);
- b- les frais résultant de l'acheminement de la marchandise. La répartition de ces frais dépend de la phase du transport international concerné. Ainsi on distingue entre le transport d'approche⁶⁰⁵, le transport principal,⁶⁰⁶ et le post-transport;⁶⁰⁷
- c- les frais de chargement et de déchargement: en général, ils sont attribués par l'Incoterm à l'une des parties.

2.3.1.3 Les coûts relatifs au dédouanement⁶⁰⁸

Les Incoterms distinguent entre deux catégories de coûts qui sont en rapport avec le dédouanement:

- a- Les droits et taxes⁶⁰⁹ (droits d'assises, taxes intérieures...). Les coûts émanant de la préparation des documents (certificats d'origine, factures consulaires);⁶¹⁰
- b- Les coûts relatifs à la mise à disposition ou à la remise de la marchandise:⁶¹¹ Ces coûts portent principalement sur l'emballage et la vérification de la marchandise et la preuve de livraison.

2.3.1.4 Les coûts liés à l'assistance⁶¹²

Ces frais portent, entre autres, sur l'obligation A10 du vendeur qui consiste à " Prêter à l'acheteur, à la demande de ce dernier et à ses risques et frais, tout son concours pour obtenir tous

⁶⁰⁵ - "C'est le transport nécessaire à l'acheminement de la marchandise au point de remise au transporteur en vue du transport international...", dans, Jolivet, *op.cit.* note 84, page 265.

⁶⁰⁶ - "C'est le transport qui correspond à la partie véritablement internationale du transport depuis le pays d'exportation jusqu'au pays d'importation...", *Ibidem*.

⁶⁰⁷ - "...post-transport correspond à la partie du transport effectué dans le pays d'importation", *Ibidem*.

⁶⁰⁸ - Jolivet, *op.cit.* note 84, page 267.

⁶⁰⁹ - Incoterms 2000, *op.cit.* note 2, voir les obligations A6 et B6 de tous les Incoterms. À noter que l'obligation A6 de la vente EXW n'impose pas les frais des formalités douanières au vendeur; ils sont assumés par l'acheteur pour l'exportation et pour l'importation. Par contre, l'obligation A6 de la vente DDP fait assumer au vendeur les frais de ces formalités pour l'exportation et pour l'importation.. La version 2000 des Incoterm fait assumer maintenant au vendeur dans les deux ventes FAS et DEQ "tous les frais des formalités douanières nécessaires à l'exportation ainsi quetous les droits, taxes et autres charges exigibles du fait de l'exportation", Incoterms, *op.cit.* note 2, pp. 21-108.

⁶¹⁰ - Jolivet, *op.cit.* note 84, page 267.

⁶¹¹ - *Ibidem*; La doctrine de la CCI préside qu'en principe le vendeur assume les coûts nécessaires à l'acheminement de la marchandise jusqu'au point de livraison et l'acheteur les assume après ce point. Habituellement les transitaires s'occupent du suivi et de l'accomplissement de ces formalités, Ramberg, *op.cit.* note 17, pages 63 et 64 ; *Supra* tableau 1.2 page 22 ; Pour une étude détaillée sur les opérations de dédouanement et sur le rôle que joue l'avocat en droit de douanier, voir Philippe Fortin, *La pratique du commerce international*, Québec, Publications CCH Ltée, 2005, pp.579 et suiv.

⁶¹² - *Idem*, *op.cit.* note 84, page 268.

documents...émis...dans le pays d'expédition...dont l'acheteur pourrait avoir besoin pour l'importation de la marchandise..."

L'établissement de ces différents coûts en fonction de la notion de livraison transforme cette dernière d'un simple élément de fait en une "notion juridique", jouant un rôle principal dans la vente commerciale et servant de référence à la détermination des obligations des contractants.⁶¹³

Nous venons d'exposer l'explication fournie par la CCI relativement aux différents genres de coûts traités par les *Incoterms*. Dans le tableau suivant, nous présentons les détails des attributions des coûts conformément aux stipulations de chaque sigle.

Tableau 2.5
Répartition des Coûts dans les *Incoterms*

1	2	3	4	5	6	7	8	9
EXW	V	A	A	A	A	A	A	A
FAS	V	A	V	V	A	A	A	A
FCA	V	V	V	V	A	A	A	A
FOB	V	V	V	V	V/A	A	A	A
CFR	V	V	V	V	V	V	A	A
CPT	V	V	V	V	V	V	A	A
CIF	V	V	V	V	V	V	V	A
CIP	V	V	V	V	V	V	V	A
DAF	V	V	V	V	V	V/A	V/A	A
DES	V	V	V	V	V	V	V	A
DEQ	V	V	V	V	V	V	V	A
DDU	V	V	V	V	V	V	V	A
DDP	V	V	V	V	V	V	V	A

V: frais à la charge du vendeur /A: frais à la charge de l'acheteur

1: Sigle/ 2: Emballage / 3: Chargement / 4: Transport d'approche / 5: Formalités à l'exportation 6: Passage port / 7: Transport principal / 8: Assurance / 9: Déchargement.

Signalons enfin que, par souci d'empêcher l'acheteur de faire retarder le transfert des coûts, tous les *Incoterms* stipulent que le transfert des coûts, du vendeur à l'acheteur, peut précéder la livraison "si l'acheteur ne prend pas livraison de la marchandise comme convenu, ou ne donne pas les instructions

⁶¹³ - *Idem*, *op.cit.* note 84, page 271.

nécessaires au vendeur pour lui permettre de s'acquitter de l'obligation de livrer".⁶¹⁴ La condition de ce transfert prématuré des coûts est l'individualisation de la marchandise.

2.3.2 La répartition des frais dans le Code

Similairement aux Incoterms, les dispositions des termes de vente de l'*Article 2* ont réparti les frais relatifs à la marchandise entre vendeur et acheteur, en fonction de l'exécution de l'obligation de livraison. Regardons, dans le tableau qui suit, l'attribution des frais dans les termes de livraison des deux catégories de contrats de vente à expédition et à destination. Rappelons que tous les types de frais liés à la livraison ne figurent pas dans les dispositions des termes de livraison ni dans celles des *Sections 2-503* et *2-504*. À cet effet, la doctrine indique que les parties doivent toujours veiller à bien définir la distribution des frais afférents à l'exécution de la transaction lors de la conclusion de leur contrat.⁶¹⁵

Tableau 2.6
Distribution des frais

Distribution des frais dans les termes de l'ARTICLE 2	
Termes de livraison A2	Contrats à expédition
F.O.B. lieu d'expédition . Multimodal	Le vendeur assume les frais de la mise de la marchandise en la possession du transporteur au lieu nommé. ⁶¹⁶ Il assume également les frais du transport d'approche. ⁶¹⁷
F.O.B. navire, voiture ou autre véhicule, lieu d'expédition	Le vendeur assume les frais de la mise de la marchandise en la possession du transporteur au lieu nommé, les frais du transport d'approche, les frais du chargement de la marchandise à bord, ⁶¹⁸ ainsi que les frais de l'obtention d'un connaissement à bord.
F.A.S.	Le vendeur doit à ses propres frais livrer la marchandise le long du navire au port d'embarquement désigné par l'acheteur. ⁶¹⁹
C.I.F.	Le vendeur doit à ses propres frais mettre la marchandise en possession du transporteur et la charger à bord; il assume les frais de l'obtention d'un connaissement ou d'un document équivalent. ⁶²⁰
C.F.	Le vendeur doit à ses propres frais mettre la marchandise en possession du transporteur et la charger à bord; il assume les frais de l'obtention d'un connaissement ou d'un document équivalent. ⁶²¹
Contrats à destination	
F.O.B. lieu de destination	Le vendeur doit à ses propres frais transporter la marchandise au point de livraison convenu. ⁶²²
F.O.B. navire, voiture ou autre véhicule, lieu de destination,	Le vendeur assumer les frais du transport d'approche, du chargement à bord, de l'obtention d'un connaissement et du transport de la marchandise au point de livraison convenu. ⁶²³
D.E.S.	Le vendeur doit à ses propres frais transporter la marchandise au point de livraison convenu. ⁶²⁴

⁶¹⁴ - Incoterms 2000, *op.cit.* note 2, page 12. Ces règles sont stipulées dans toutes les obligations B6 des différents Incoterms.

⁶¹⁵ - Frécon, *op.cit.* note 13, pp.354-355.

⁶¹⁶ - UCC § 2-319 (1).

⁶¹⁷ - Hawkland UCC Series § 2-319: 3, *op.cit.* note 71, en ligne à: <http://lawschool.westlaw.com>

⁶¹⁸ - UCC § 2-319(1)(c).

⁶¹⁹ - UCC § 2-319(2)(a).

⁶²⁰ - UCC § 2-320(2)(a)(b).

⁶²¹ - UCC § 2-320(3).

⁶²² - UCC § 2-319(1)(b).

⁶²³ - UCC § 2-319(1)(c).

SECTION IV Les obligations respectives des parties relativement à l'envoi d'un avis

Les usages ont construit l'obligation de notification en se basant sur le bon sens commercial suivant: le besoin de donner, à chaque partie au contrat, le temps convenable et nécessaire pour la bonne exécution de ses obligations, en l'occurrence la livraison convenable de la marchandise à destination.⁶²⁵

Ainsi, l'acheteur a besoin de savoir la date exacte de l'expédition de la marchandise, afin de prendre les mesures nécessaires pour la recevoir.⁶²⁶

Nous verrons dans les paragraphes suivants, que pour la doctrine, la négligence de donner un avis adéquat, dans le délai donné, peut être considérée comme une rupture de contrat. Les Incoterms stipulent que ce genre de manquement occasionne un transfert de risque préalable(l'obligation B5), ainsi qu'il laisse assumer à l'acheteur des frais additionnels(l'obligation B6).⁶²⁷

Le Code traite aussi de l'obligation de notification dans les deux contrats à expédition et à destination, ainsi que dans les paragraphes (25)(26)(27) de la *Section* 1-201, portant sur les définitions générales et les principes de l'interprétation.⁶²⁸ Les conséquences de la négligence, de donner un avis dans l'*Article* 2, ne sont pas moins sévères que dans les *Incoterms*, et lorsqu'une perte en résulte, l'acheteur peut refuser la marchandise.⁶²⁹

2.4.1 L'obligation de donner un avis à l'autre partie dans les Incoterms

Les Incoterms précisent les situations dans lesquelles chacune des parties est obligée d'adresser un avis à l'autre. Ainsi, l'acheteur est tenu d'adresser un avis au vendeur, lorsque dans le silence du contrat, il lui incombe de déterminer:

- la date et le lieu où il doit prendre livraison dans la vente EXW et les ventes de la famille D;
- la nomination du transporteur et la livraison dans les ventes de la famille F;
- la date de l'expédition ou le lieu de destination dans les ventes de la famille C;⁶³⁰

⁶²⁴ - UCC § 2- 322.

⁶²⁵ - Dans, *Rheinberg-Kellerei GmbH v. Vineyard Wine Co., Inc.*, il a été jugé que le fait, pour le vendeur allemand, de ne pas notifier l'acheteur de l'expédition du vin qu'après la perte du navire en mer, ne constitue pas une prompte notification, et les risques ne passent pas à l'acheteur. Une notification rapide et adéquate aurait permis à l'acheteur de protéger ses intérêts par l'assurance ou autrement, dans, 2 Hawkland UCC Series § 2-504: 4, Article 2 Sales, Part 5. Performance, UCC § 2-504, Shipment by Seller, Proper Notice, en ligne à: <http://lawschool.westlaw.com>

⁶²⁶ - 2 Hawkland UCC Series § 2-504: 4, Article 2 Sales, Part 5. Performance, UCC § 2-504, Shipment by Seller, Proper Notice, en ligne à: <http://lawschool.westlaw.com>.

⁶²⁷ - Jan Ramberg, *op.cit.* note 21, page 63.

⁶²⁸ - UCC § 2- 201(25)(26)(27).

⁶²⁹ - UCC § 2- 504(c).

⁶³⁰ - Jan Ramberg, *op.cit.* note 17, page 62.

Parallèlement, lorsque le contrat ne le stipule pas, le vendeur est tenu d'aviser l'acheteur:

- de la date et du lieu de la mise de la marchandise à sa disposition dans la vente EXW;⁶³¹
- de la date et du lieu de la livraison au transporteur dans les ventes de la famille C;⁶³²
- de la date et du lieu prévu pour l'arrivée de la marchandise dans les ventes de la famille D. Ainsi, l'acheteur pourra prendre les mesures appropriées pour recevoir la marchandise à la date communiquée à cette fin.⁶³³

2.4.1.1 De l'avis relatif à l'assurance

Dans les ventes C.I.F. et C.I.P. , le vendeur doit souscrire une assurance pour le compte de l'acheteur. À cet effet, ce dernier communiquera au vendeur tous les renseignements dont il a besoin pour conclure le contrat d'assurance .(B10)

Dans le cas où c'est l'acheteur qui souscrit une assurance, le vendeur est tenu de lui communiquer tous les renseignements dont il a besoin pour le faire.(A10)⁶³⁴

2.4.1.2 De la forme de l'avis

Les *Incoterms* ne spécifient pas une forme particulière pour la notification. Cette dernière peut être adressée sous forme de lettre, de télex... La seule exigence des *Incoterms* est que la notification soit adéquate.⁶³⁵

2.4.1.3 La négligence d'adresser un avis adéquat

Pour la doctrine, la négligence d'adresser un avis adéquat constitue une rupture de contrat et a de graves conséquences ; à cet effet, la partie lésée peut demander l'annulation du contrat.

En outre, comme on l'a déjà mentionné plus haut, les *Incoterms* traitent de deux situations relatives au retard dans l'envoi des avis dans le délai approprié : la première est caractérisée par le transfert préalable des risques (pratiquement avant la livraison) (B5);⁶³⁶ la seconde par la responsabilité de l'acheteur de payer des frais supplémentaires (B7).

⁶³¹ - *Ibidem*

⁶³² - *Ibidem*.

⁶³³ - *Ibidem*

⁶³⁴ - *Ibidem*

⁶³⁵ - *Ibidem*

⁶³⁶ - Jan Ramberg, *op.cit.* note 17, page 63.

Tableau 2.7
De l'avis à donner à l'autre partie-les obligations A7 et B7 des Incoterms

L'Obligation de donner un avis		
Sigle	Le vendeur doit prévenir l'acheteur dans un délai suffisant	L'acheteur doit prévenir le vendeur dans un délai suffisant
EXW	Du moment et du lieu de la mise de la marchandise à sa disposition.	Lorsque le contrat le stipule, la date et le lieu de livraison.
FCA	De la remise de la marchandise au transporteur. De la non prise en charge de ce dernier, au moment convenu.	Du nom du transporteur, la date et le délai où la marchandise doit lui être livrée.
FAS	De la livraison le long du navire désigné.	Du nom du navire, lieu de chargement et du moment de livraison.
FOB	De la livraison de la marchandise à bord.	Du nom du navire, lieu de chargement et du moment de livraison.
CFR; CIF	De la livraison de la marchandise à bord. Des renseignements nécessaires pour sa réception.	Lorsque le contrat le stipule, de la date d'embarquement, et/ou du port de destination.
CPT; CIP	De la livraison de la marchandise au transporteur dans le délai convenu. Des renseignements nécessaires pour sa réception	Lorsque le contrat le stipule, de la date d'expédition et/ou du port de destination.
DAF	De l'expédition de la marchandise au lieu désigné à la frontière. Des renseignements nécessaires pour sa réception	Lorsque le contrat le stipule, la date dans le délai convenu et le lieu de livraison.
DES; DEQ	Du moment d'arrivée probable du navire désigné au port de déchargement convenu.(livraison à bord)	Lorsque le contrat le stipule la date dans un délai donné et le lieu de livraison.
DDU; DDP	De l'expédition de la marchandise. Des renseignements nécessaires pour sa réception.	Lorsque le contrat le stipule, la date dans un délai donné et le lieu de livraison.

Signalons enfin que l'avis, doit être toujours donné dans un délai raisonnable. Les *Incoterms* ne précise pas la durée de ce dernier, cependant la doctrine nous informe qu'il doit en principe être "suffisant pour que l'acheteur soit à même de prendre livraison"⁶³⁷.

⁶³⁷ - Eisemann, Derains, *op.cit.* note 72 , page 43.

2.4.2 L'obligation de donner un avis à l'autre partie dans le Code

Les termes de livraison du Code sont construits sur les bases des deux *Sections* 2-503, portant sur la livraison dans les contrats à destination et 2-504 portant sur les contrats à expédition.

À cet effet, la première *Section* dispose, dans son paragraphe (1), de l'obligation du vendeur de donner à l'acheteur tout avis nécessaire, afin de lui permettre de prendre livraison.⁶³⁸ La seconde *Section* dispose, dans son paragraphe (c),⁶³⁹ de l'obligation du vendeur de notifier l'acheteur promptement de l'expédition de la marchandise.⁶⁴⁰ Cette promptitude doit être conforme aux normes.⁶⁴¹

Il est à retenir que, conformément à l'*Article 2*, une personne est considérée comme notifiée, non seulement lorsqu'elle reçoit un avis formel, mais aussi lorsqu'elle est au courant de la réalité des choses ou est supposée l'être.⁶⁴²

Tableau 2.8
L'obligation d'adresser un avis dans les termes du Code

L'obligation d'adresser un avis		
Contrats à expédition	Le vendeur doit	L'acheteur doit
-F.O.B. lieu d'expédition -F.O.B. navire, voiture ou autre véhicule, lieu d'expédition -F.A.S. -C.I.F. -C. & F. Application de la §2-504(c)	Notifier l'acheteur promptement de l'expédition de la marchandise	Lorsque le terme utilisé est F.O.B. expédition, F.O.B. navire, voiture ou tout autre véhicule, F.A.S. l'acheteur doit donner les instructions appropriées ⁶⁴³ afin d'exécuter la livraison; lorsque le terme est F.A.S ou F.O.B. il doit désigner le quai de chargement, le nom du navire, la date de l'embarquement. ⁶⁴⁴
Contrats à destination		
-F.O.B. lieu de destination -F.O.B. navire lieu de destination -D.E.S. Application de la §2-503(1)	Donner à l'acheteur tout avis nécessaire lui permettant de prendre livraison.	

⁶³⁸ - UCC §2- 503(1).

⁶³⁹ - UCC § 2- 504 (c).

⁶⁴⁰ - 2 Hawklnd UCC Series § 2-504: 4, Article 2 Sales, Part 5. Performance, UCC § 2-504, Shipment by Seller, Proper Notice, en ligne à: <http://lawschool.westlaw.com>.

⁶⁴¹ - UCC § 2- 504, *Official Comment 5*, *op.cit.*note3, page 751.

⁶⁴² - UCC § 1-201(25)(c).

⁶⁴³ - Le texte anglais lit "Seasonably" UCC § 2-319(3). Le sens du terme "Seasonably" est fourni par UCC §1-204(3): "Une mesure est prise au "moment approprié" lorsqu'elle est entreprise à temps ou à l'intérieur de la période convenue; dans le cas où aucun accord n'existe, il suffit d'un délai raisonnable, *op.cit.* note 3, page 119.

Le fait pour l'acheteur de manquer à l'obligation de donner les instructions nécessaires, pour effectuer la livraison, laisse au vendeur la possibilité de déplacer la marchandise de la façon appropriée en vue de sa livraison ou de son expédition.⁶⁴⁵ En outre, le fait pour le vendeur de manquer à son obligation de notifier l'acheteur de la date de l'envoi de la marchandise, dans un contrat à expédition, peut constituer, au cas où un retard important ou une perte est subie, une raison à ce dernier pour rejeter la marchandise.⁶⁴⁶

SECTION V Les obligations respectives des parties relativement à la preuve de la livraison

L'importance de cette obligation réside dans ses multiples répercussions d'ordre pratique et juridique sur l'exécution du contrat.⁶⁴⁷ Rappelons-nous que la livraison déclenche une série d'obligations contractuelles, à savoir, entre autres, le transfert de risque, le paiement, l'individualisation de la marchandise lorsque cette dernière est mise entre les mains d'une tierce personne, en l'occurrence le transporteur. De là, il devient nécessaire de conditionner toutes ces obligations à la soumission d'un document.⁶⁴⁸ Ajoutons aussi que le refus de l'acheteur d'accepter cette preuve de livraison, surtout lorsqu'elle est conforme, est considéré comme une rupture de contrat, et donne au vendeur la possibilité de réclamer des indemnités. Cependant, l'acheteur reste en mesure de refuser tout document ne montrant pas des preuves probantes de livraison. La doctrine cite le cas des remarques inscrites sur un document de livraison indiquant la défectuosité de la marchandise, ou mentionnant un manque dans la quantité. On parle alors d'un document qui n'est pas propre "*Unclean Document*".⁶⁴⁹

Dans les lignes qui suivent, nous étudierons les moyens selon lesquels le vendeur établit la preuve de livraison de la marchandise dans les *Incoterms* ainsi que dans les termes de livraison énumérés dans le Code⁶⁵⁰.

2.5.1 La preuve de la livraison dans les Incoterms

Tous les termes de vente, à l'exception de la vente EXW,⁶⁵¹ stipulent l'obligation du vendeur de soumettre à l'acheteur la preuve formelle de l'accomplissement de son obligation de livraison (A8)⁶⁵² et celle de l'acheteur de l'accepter.

⁶⁴⁴ - 3A Anderson UCC § 2-319: 12, Article 2 Sales, Part 3, General Obligation and Construction of Contract, General Principles, Shipping Instructions, en ligne à: <http://lawschool.westlaw.com>

⁶⁴⁵ - UCC § 2-319(3).

⁶⁴⁶ - UCC § 2-504(c).

⁶⁴⁷ - Ramberg, *op.cit.* note 17, page 56

⁶⁴⁸ - Eisemann, Derains, *op.cit.* note 72, page 21.

⁶⁴⁹ - Ramberg, *op.cit.* note 21, page 86

⁶⁵⁰ - UCC § 2-503; UCC § 2-504.

Notons qu'il existe un lien substantiel entre les trois obligations A8, A4 et A3, portant respectivement sur la preuve de la livraison, la livraison et les deux contrats d'assurance et de transport. Regardons dans les paragraphes qui suivent les stipulations des familles C, F et D relativement à l'exécution de l'obligation A8.

2.5.1.1 La preuve de livraison et les termes de la famille C

Dans tous les termes de vente de la famille C, le transport principal est acquitté par le vendeur.⁶⁵³ À cet effet, le document de transport revêt une importance particulière puisqu'il est la preuve de la livraison au transporteur dans le délai consenti. En outre, ce document permet à l'acheteur de revendiquer la marchandise une fois à destination. La doctrine cite l'exemple du connaissement dans les deux ventes maritimes C.I.F. et C.& F.⁶⁵⁴

2.5.1.2 La preuve de livraison et les termes de la famille F

Dans les termes de la famille F, le transport principal est préparé et réglé par l'acheteur⁶⁵⁵. Par conséquent, le rapport contractuel est direct entre ce dernier et le transporteur. Dans la pratique, le document de transport peut être toujours livré au vendeur en sa qualité d'expéditeur. La doctrine clarifie à cet effet que la soumission du connaissement au vendeur n'est pas tout à fait légale, cependant une fois soumis, ce document constituera la preuve de la conclusion du contrat de transport ainsi que de la livraison.⁶⁵⁶

⁶⁵¹ - Le terme EXW stipule l'obligation de l'acheteur de récupérer la marchandise des prémisses du vendeur (A4), ainsi que l'obligation de fournir à ce dernier "une preuve appropriée de la prise de livraison" (B8), dans, Incoterms 2000, *op. cit.* note 2, pp. 28-31.

⁶⁵² - Jan Ramberg, *op.cit.* note 17, page 56

⁶⁵³ - Incoterms 2000, *op.cit.* note 2, page 13.

⁶⁵⁴ - Jan Ramberg, *op.cit.* note 17, page 56. Dans le cas où l'acheteur n'a pas besoin d'un connaissement pour la revente de la marchandise en période de voyage, les contractants peuvent avoir recours à l'un des deux termes CPT ou CIP. Ces derniers font référence au document de transport ordinaire et non pas à un connaissement à bord. D'autre part, il est bien établi que le connaissement représente la marchandise, atteste du contrat de transport et de la livraison au transporteur, permet la revente en cours de transport et autorise l'acheteur à la revendiquer sans l'intervention du vendeur une fois arrivée à destination. Vu l'importance des droits attachés à ce document La Chambre s'est demandée s'il est possible de le faire remplacer par la procédure d'échange de données électronique? Il semblerait qu'un accord entre les trois parties concernées à savoir, le vendeur l'acheteur et le transporteur sur les détails de cet échange, le rend valable et possible, dans, Jan Ramberg, *op. cit.* note 21, page 56

⁶⁵⁵ - Incoterms 2000, *op.cit.* note 2, page 12.

⁶⁵⁶ - Ce point de vue est confirmé par l'obligation A8 des termes F, stipulant le devoir du vendeur de prêter à l'acheteur, à la demande de ce dernier et à ses propres risques et frais, tout son concours pour obtenir le document de transport, au cas où le document qui lui a été fourni ne prouve pas la livraison au transporteur, dans, Jan Ramberg, *op.cit.* note 17, page 58 ; Par ailleurs, l'auteur précise que dans la vente FAS le vendeur qui a l'obligation de livrer le long du navire n'obtient pas toujours du transporteur un reçu ou un document de transport ; cependant, il doit fournir à l'acheteur un document prouvant la livraison de la marchandise. En outre, dans les deux ventes FCA et FOB, lorsque le vendeur obtient un « *Mate's Receipt* » suite au chargement de la

2.5.1.3 La preuve de livraison et les termes de la famille D

Dans les termes de la famille D, la livraison s'effectue au pays de destination convenu. Toutefois, malgré l'obligation du vendeur de déposer la marchandise sur le quai ou de l'acheminer vers un point donné à l'intérieur du pays, l'acheteur a toujours besoin du document de transport pour recevoir la marchandise. À cet égard, la CCI fournit l'exemple de la vente DES, où l'acheteur doit soumettre le connaissance original au navire, afin qu'il puisse prendre possession de la marchandise.⁶⁵⁷

Le tableau suivant nous montre une lecture de l'obligation A8 conjuguée avec les deux obligations A4 et A3.

marchandise sur le navire affrété par l'acheteur, il doit assister ce dernier et à sa demande, obtenir le document de transport. L'assistance est fournie aux risques et frais de l'acheteur, Jan Ramberg, *op.cit.* note 17, pages 82, 92, 100.

⁶⁵⁷ - Dans le terme DES, pour livrer, le vendeur doit mettre la marchandise "à la disposition de l'acheteur à bord du navire au port de destination convenu" Incoterms 2000, *op.cit.* note 2, page 98.

Tableau 2.9
La preuve de la livraison dans les *Incoterms*

SIGLE	Obligation A8 Preuve de la livraison	Obligation A4 La livraison	Obligation A3 L'assurance et le transport	Nature document ⁶⁵⁸ du
EXW	Aucune obligation	La marchandise est mise à la disposition de l'acheteur au lieu de livraison convenu.	Aucune obligation	Aucun document.
FCA	Fournir le document attestant de la livraison conformément à A4.	Remettre la marchandise au transporteur désigné conformément à A3.	Aucune obligation relativement au contrat de transport.	Fournir le document de transport.
FAS; FOB	Fournir le document attestant de la livraison conformément à A4	Livrer la marchandise le long du navire désigné par l'acheteur.	Aucune obligation relativement au contrat de transport.	Fournir le document de transport.
CFR	Fournir le document de transport.	Livrer la marchandise à bord du navire	Conclusion du contrat de transport	Un connaissance négociable.
C.I.F.	Fournir le document de transport.	Livrer la marchandise à bord du navire	Conclusion des deux contrats de transport et d'assurance.	Un connaissance négociable.
CPT	Fournir le document de transport.	Livrer la marchandise au transporteur.	Conclusion du contrat de transport.	Fournir le document de transport.
CIP	Fournir le document de transport.	Livrer la marchandise au transporteur.	Conclusion des deux contrats de transport et d'assurance.	Fournir le document de transport.
DAF	Fournir le document de transport.	Livraison au lieu convenu à la frontière.	Conclure un contrat de transport.	Fournir un document de transport direct obtenu dans le pays d'expédition
DES	Fournir le document de transport.	Livraison à bord du navire au port de déchargement.	Conclure un contrat de transport.	Fournir un connaissance négociable ou une lettre de transport maritime.
DEQ	Fournir le document de transport.	Livraison sur le quai au port de destination.	Conclure un contrat de transport.	Fournir un connaissance négociable ou une lettre de transport maritime.
DDU DDP	Fournir le document de transport conformément à A4/BA	Livrer conformément à A3.	Conclure un contrat de transport.	Fournir le bon de livraison ou le document de transport.

À noter que les renvois entre les trois obligations sus-mentionnées sont tributaires de la partie qui conclura le contrat de transport ainsi que de la nature de ce contrat.⁶⁵⁹

2.5.2 La preuve de la livraison dans les termes du Code

Dans les deux paragraphes qui suivent, nous verrons que le jumelage de chacune des deux *Sections* 2-503 et 2-504 avec la *Section* 2-323 fournira la réponse à la question de la preuve de livraison.⁶⁶⁰

⁶⁵⁸ - Dans les termes affectés à un usage multimodal, à savoir FCA, CPT, CIP, DDU, DDP, le document de transport peut être "un connaissance négociable, une lettre de transport maritime non négociable, un connaissance fluvial, une lettre de transport aérien, une lettre de voiture "rail", une lettre de voiture "route" ou un document de transport multimodal", *Idem op. cit.* note 21, pp. 82, 126, 134, 166, 175.

⁶⁵⁹ - Jan Ramberg, *op. cit.* note 17, page 57

2.5.2.1 La preuve de la livraison dans les contrats à destination à caractère international, effet de la Section 2-503(3)(5),⁶⁶¹ de la Section 2-509(b)⁶⁶² et de la Section 2-323(1)(3)⁶⁶³

Lorsque nous parlons d'un contrat de vente à destination, nous désignons tous les contrats de vente en général ainsi que les termes de vente cités dans l'*Article 2* où le vendeur doit livrer la marchandise en un lieu consenti. La *Section 2-323(1)(3)* nous précise que la vente internationale excécutée moyennant le terme F.O.B. navire à destination, oblige le vendeur, sauf accord contraire, à obtenir un connaissance négociable spécifiant le chargement de la marchandise à bord. En outre, la *Section 2-503(1)(3)(5)* précise que dans les cas appropriés, le vendeur doit soumettre les documents requis, à savoir, le connaissance de la *Section 2-323(1)* sus-mentionnée. Enfin, la *Section 2-509(b)* indique que le transfert de risque passe à l'acheteur, lorsque la marchandise en possession du transporteur arrive à destination, et qu'une offre de livraison convenable est faite à l'acheteur de façon à lui permettre de prendre la livraison. Or, nous savons déjà que l'offre de livraison convenable consiste, entre autres, à soumettre les documents de transport requis, en l'occurrence le connaissance permettant la livraison de la marchandise..

2.5.2.2 La preuve de la livraison dans les contrats à expédition à caractère international, effet de la Section 2-504(b)⁶⁶⁴ et de la Section 2-323(1)(3)⁶⁶⁵

Dans les contrats de vente à expédition et les termes de vente ayant cette qualification, la livraison s'effectue lorsque le vendeur met la marchandise en la possession du transporteur. La *Section 2-323(1)(3)* dispose également de l'obligation du vendeur d'obtenir un connaissance dans les ventes C.I.F., C.& F. et F.O.B. navire à expédition. Par ailleurs, la *Section 2-504(b)* dispose de la responsabilité du vendeur d'obtenir et de livrer ou d'offrir de livrer en bonne et dûe forme tout document nécessaire ou requis par l'accord des parties ou les usages de commerce permettant à l'acheteur de prendre possession de la marchandise.

Signalons enfin que l'*Official Comment 1* de la *Section 2-323*, sus-mentionnée, indique que "la règle "Américaine" appliquée considère qu'un simple connaissance, signalant la livraison sur le quai, est jugé suffisant, sauf pour la vente F.O.B. navire, où la marchandise doit être chargée à bord"⁶⁶⁶.

⁶⁶⁰ - UCC, §2-323(1)(3), *op. cit.* note 3, page 630.

⁶⁶¹ - La *Section 2-503* porte sur la livraison appropriée dans les contrats à destination.

⁶⁶² - La *Section 2-509* porte sur le transfert de risque.

⁶⁶³ - La *Section 2-323* porte sur l'obtention du connaissance dans les ventes internationales C.I.F. C. & F. et F.O.B. navire.

⁶⁶⁴ - La *Section 2-504* traite de la livraison appropriée dans les contrats à expédition.

⁶⁶⁵ - Voir supra note 661.

Rappelons que, conformément au paragraphe (6) de la *Section 1-201*, le terme connaissance inclut dans sa portée “la lettre de transport aérien”.⁶⁶⁷

Ainsi, nous remarquons que, parallèlement aux *Incoterms*, il existe un lien substantiel entre la preuve de livraison et le document de transport utilisé.

Tableau 2.10
Preuve de livraison dans les termes du Code

Sigle	À moins d'un accord différent-Preuve de livraison
Contrat à expédition	
F.O.B. navire § 2-319(1)(c); 2-504(b); § 2-323(1)	Livraison par le vendeur d'un connaissance négociable et chargement à bord du navire.
F.O.B. §2-319(1)(c) navire ou tout autre véhicule; Multimodal § 2-504(b); § 2-323(1)(3)	Livraison du document permettant à l'acheteur de prendre la possession de la marchandise §2-504(b); § 2-323(3) ou d'un connaissance dans le sens de la § 1-201(6)
F.A.S. § 2-319(2)(b)(4); § 2-504(b)	Le vendeur doit livrer un document .
C.I.F. § 2-320(2)(d) § 2-323(1); §2-504(b)	Livraison par le vendeur d'un connaissance négociable ou du document “reçu pour livraison”.
C. & F. § 2-320(2)(d); § 2-323(1); §2-504(b)	Livraison par le vendeur d'un connaissance négociable ou du document “reçu pour livraison”.
Contrat à destination	
F.O.B.navire§2-319(1)(c); § 2-323(1); § 2-509(b) § 2-503(3)(5)(a)	Livraison par le vendeur d'un connaissance négociable et chargement à bord du navire
F.O.B.navire§2-319(1)(c); § 2-323(1); § 2-509(b) § 2-503(3)(5)(a)	Livraison par le vendeur d'un connaissance négociable et chargement à bord du navire
ExShip § 2-503(3)(5)(a) § 2-322 <i>Official Comment 4</i>	Lorsque le contrat l'exige, le vendeur doit offrir de présenter un document portant “ordre de livraison” ou un reçu de paiement de fret Le vendeur n'est pas tenu de livrer un connaissance.

SECTION VI Les obligations respectives des parties relativement à la vérification, l'emballage, le marquage et à l'inspection de la marchandise

Ces obligations réglementent les questions des frais de la vérification et du conditionnement de la marchandise⁶⁶⁸ ainsi que les frais de l'inspection avant l'expédition, et désignent la responsabilité des parties quant à leur répartition. Là aussi, nous verrons les positions adoptées relativement à ces obligations dans les *Incoterms* ainsi que dans les termes du Code.

⁶⁶⁶ - UCC § 2-323, *Official Comment 1*, op.cit. note 3, page 631.

⁶⁶⁷ - UCC § 1-201(6).

⁶⁶⁸ - Eisemann, Derains, op.cit. note 72, page 69; Le terme conditionnement désigne l' “emballage de présentation et de vente d'une marchandise”, dans, Dictionnaire de la langue française, Larousse, 1995, page 343.

2.6.1 La vérification, le conditionnement et l'inspection de la marchandise dans les Incoterms (obligation A9)

Les Incoterms traitent, sous le terme générique de "vérification", des obligations de contrôle de la qualité, de mesurage, de pesage et de comptage de la marchandise, et fait assumer au vendeur la responsabilité des frais et de l'accomplissement de ces opérations.⁶⁶⁹ Deux autres obligations importantes sont traitées sous cette rubrique. Ce sont celles de l'emballage ou conditionnement, et du marquage. Le vendeur assume, là encore, les frais et le devoir d'achever ces opérations, nécessaires à la livraison.⁶⁷⁰

Notons que pour exiger du vendeur d'emballer la marchandise conformément aux exigences du moyen de transport, lorsque le terme de vente stipule la conclusion du contrat de transport par l'acheteur, les conditions de l'expédition doivent être communiquées au vendeur avant "la conclusion du contrat de vente".⁶⁷¹

À mentionner aussi, que tous les Incoterms exigent que la vérification soit conforme à l'obligation de livraison (A4), à l'exception du terme EXW, où le vendeur livre la marchandise en la mettant à la disposition de l'acheteur dans un lieu convenu, le terme FCA, où il la livre en la remettant à un transporteur, et le terme FAS, en la livrant le long du navire désigné. Signalons enfin, qu'il incombe à l'acheteur, avant l'expédition, d'assumer tous les frais d'inspection sur la qualité (obligation B9), lorsque cette dernière n'est pas exigée par les autorités publiques du pays d'exportation.⁶⁷² La CCI cite l'exemple de l'inspection avant expédition (*Pre-Shipment Inspection*), demandée cette fois par les autorités du pays de l'importation ou effectuée à la demande de l'acheteur craignant la fraude maritime.⁶⁷³

Lorsque la marchandise n'est pas conforme au contrat, c'est le vendeur qui assume les frais de vérification.⁶⁷⁴

2.6.2 La vérification, le conditionnement et l'inspection de la marchandise dans le Code

Les termes de livraison, cités par l'Article 2, ne sont pas explicites sur la réglementation des obligations similaires à celles mentionnées dans A9 et B9 des *Incoterms*. Regardons dans les lignes qui

⁶⁶⁹ - Jan Ramberg, *op.cit.* note 17, page 52

⁶⁷⁰ - Jan Ramberg, *op.cit.* note 17, page 52

⁶⁷¹ - L'obligation A9 des termes EXW, FCA, FAS, FOB, DAF.

⁶⁷² - L'obligation A9 de tous les Incoterms, dans, *Incoterms 2000*, *op. cit.* note 2.

⁶⁷³ - La fraude maritime est une manoeuvre pratiquée par certains vendeurs à l'occasion d'une vente documentaire, et qui consiste à recevoir le paiement moyennant la présentation des documents portant sur des marchandises et sur un navire inexistant, dans, Ramberg, *op.cit.* note 17, page 53

suivent, à qui des deux parties incombe la responsabilité d'accomplir les obligations de vérification, de conditionnement et d'inspection de la marchandise et d'assumer les frais y afférents, lorsque le terme de vente de l'Article 2 est utilisé dans le cours d'une vente internationale de marchandise?

2.6.2.1 Les termes de vente du Code et les obligations de contrôle de qualité, de mesurage, de pesage et d'emballage, considérées dans le cadre des ventes internationales.

Sauf accord contraire des parties, les ventes F.O.B. navire à expédition ou à destination,⁶⁷⁵ C.I.F., C. & F.,⁶⁷⁶ F.A.S. ,⁶⁷⁷ et en général, toutes les ventes internationales exécutées dans le cadre des deux Sections 2-503(vente à destination) et 2-504(marchandise expédiée par le vendeur), sont des ventes documentaires imposant à l'expéditeur l'obtention d'un connaissement où sont mentionnés: le nombre, le poids, les marques, la quantité et la description de la marchandise⁶⁷⁸, en plus du poids des conteneurs.⁶⁷⁹ Concernant le contrôle de qualité, la Section 2-503 impose au vendeur de livrer une marchandise conforme aux stipulations contractuelles.⁶⁸⁰

En outre, la Section 2-314(e) dispose de l'obligation du vendeur d'assumer la responsabilité de l'emballage et du marquage de la marchandise.⁶⁸¹

Rappelons enfin que les obligations du vendeur dépendent aussi de la coutume et des usages du commerce.

2.6.2.2 Le transport maritime et le *Carriage of Goods by Sea Act (COGSA)*

Le *Carriage of Goods by Sea Act*,⁶⁸² dispose que le transporteur, à la demande de l'expéditeur, marque la marchandise pour l'identifier, mentionne le nombre des pièces ou des paquets, ainsi que la quantité ou le poids, comme transmis par l'expéditeur.⁶⁸³ En outre, il incombe à ce dernier de garantir au

⁶⁷⁴ - Jan Ramberg, *op.cit.* note 17, page 52

⁶⁷⁵ - UCC §2- 319(1)(c).

⁶⁷⁶ - UCC§2-320(2)(b).

⁶⁷⁷ - UCC §2-319(2)(b).

⁶⁷⁸ - Folsom, Gordon, Spanogle, *op.cit.*note 4, page 97.

⁶⁷⁹ - Spanogle, Winship, *op.cit.*note 20, page 35.

⁶⁸⁰ - Les obligations de garantie implicite et contractuelle sont réglementées par les Sections 2-312 à 2-318.

⁶⁸¹ - UCC §2-314(e).

⁶⁸² - United States Code (46 U.S.C. App. §§ 1300-15), *Carriage of Goods by Sea Act* qui est inspiré des *Hague Rules* a été promulgué en 1936,dans le but d'établir un connaissement uniforme régissant la responsabilité du transporteur et celle de l'expéditeur, relativement à la cargaison dans le commerce international, dans,Folsom, Gordon, Spanogle, *op.cit.*note 4, page 103.

⁶⁸³ - COGSA 46 U.S.C. App. § 1303(3), dans, Ralph H. Folsom & Michael Wallace Gordon & John A.Spanogle, *op.cit.*note 107, page 105.

transporteur, à la date de l'envoi, les données exactes et assume la responsabilité de toute information erronée.⁶⁸⁴

Par ailleurs, le *Federal Bills of Lading Act*, (FBLA) dispose aussi que le transporteur n'est pas tenu responsable de la fausse description de marchandise, lorsqu'il est mentionné dans le connaissement que la marchandise a été pesée comptée et chargée par l'expéditeur.⁶⁸⁵

2.6.2.3 L'inspection de la marchandise par l'acheteur

La partie 5 de l'*Article 2*, relative à l'exécution du contrat, traite dans la *Section 2-513* du droit de l'acheteur à l'inspection de la marchandise. Ainsi, et sauf accord contraire, lorsque la marchandise a été livrée, ou qu'elle a fait l'objet d'une offre de livraison, ou qu'elle a été identifiée au contrat, l'acheteur a le droit, avant de l'accepter ou d'en payer le prix, de vérifier sa conformité aux stipulations contractuelles.⁶⁸⁶ Il lui incombe aussi de payer les frais de l'inspection.⁶⁸⁷ Lorsque la marchandise n'est pas conforme ou est rejetée, les frais sus-mentionnés deviennent exigibles du vendeur.⁶⁸⁸

2.6.2.4 L'inspection et le paiement contre document

Lorsque le contrat de vente stipule une clause de paiement contre présentation de document, l'acheteur n'a pas le droit de vérifier la marchandise avant d'effectuer le paiement. Ainsi, et suite à la présentation des documents en bonne et dûe forme par le vendeur, l'importateur est tenu de les accepter et de payer le prix comme prévu dans le contrat. À noter que l'acceptation des documents n'est pas fonction de la vérification préalable de la marchandise.⁶⁸⁹

Rappelons que la *Section 2-323(1)* dispose que les contrats de vente internationale exécutés, moyennant l'un des termes de livraison suivants, C.I.F., C.&F. et F.O.B. navire, sont des ventes documentaires, du fait que le vendeur doit obtenir un connaissement négociable indiquant le chargement de la marchandise.

⁶⁸⁴ - Williston on Contracts § 58: 25, Chapter 58: Contracts of Carriage by Sea and Air, 46 App. U.S.C.A. § 1303 (5); COGSA s'applique à toutes les expéditions de marchandises effectuées entre les États-Unis et un port étranger, Folsom, Gordon, Spanogle, *op.cit.* note 4, pp.108-109.

⁶⁸⁵ - Federal Bills of Lading Act (FBLA), United States Code (49 U.S.C.A. §§ 80101- 80116), dans, Folsom, Gordon, Spanogle, *op.cit.* note 4, page 107.

⁶⁸⁶ - UCC §2-513(1).

⁶⁸⁷ - UCC §2-513(2). Voir, Gillette, Walt, *op.cit.* note 2, pp.206; Alderman, *op.cit.* note 127, page 245

⁶⁸⁸ - UCC §2-513(2).

SECTION VII Les obligations respectives des parties relativement aux coûts pour service et assistance

2.7.1 Les obligations relatives aux coûts pour service et assistance dans les Incoterms

La règle de base, relative à la distribution des coûts entre les parties, stipule l'obligation du vendeur de payer tous les frais nécessaires à l'acheminement de la marchandise jusqu'au point de livraison consenti, et pour l'acheteur l'obligation de payer pour tous les frais supplémentaires après ce point.⁶⁹⁰ Cependant, il arrive que l'une des parties au contrat manifeste le besoin d'un concours additionnel de l'autre, afin d'obtenir certains documents supplémentaires nécessaires à l'exécution du contrat. L'obligation A10 de tous les Incoterms, sauf le terme DDP, traite de cette question et impose à cet effet au vendeur de prêter assistance à l'acheteur, lorsque ce dernier le demande, afin d'obtenir tout document ou données informatiques équivalentes émis dans le pays de livraison et "dont il pourrait avoir besoin pour l'exportation ou l'importation de la marchandise ou pour le transit par un pays tiers".⁶⁹¹ Notons que c'est l'acheteur qui assume les frais et les risques relatifs à ces obligations. Concernant le terme DDP, les rôles sont inversés:

Là, le vendeur livre, lorsqu'il soumet à destination, la marchandise dédouanée à l'importation. Par conséquent, il est tout à fait normal qu'il assume les frais sus-mentionnés dans A10 et de rembourser ceux encourus par l'acheteur lorsqu'il prête son concours.⁶⁹² De son côté, l'acheteur, à la demande du vendeur, et à ses propres risques et frais, prête à ce dernier, toute l'assistance requise pour l'obtention des documents nécessaires émis dans le pays d'importation et dont il pourrait avoir besoin pour livrer la marchandise à destination.

2.7.2 Les frais divers et les termes de vente de l'A2

Ces frais sont répartis entre les parties conformément à leur stipulation contractuelle. Il suffit à cet égard de consulter les *Sections* concernées mentionnées dans ce travail.

⁶⁸⁹ - UCC § 2-315(3)(b)

⁶⁹⁰ - Ramberg, *op.cit.* note 17, page 63.

⁶⁹¹ - Incoterms 2000, *op.cit.* note 2.

⁶⁹² - Incoterms 2000, *op.cit.* note 2, page 124.

CONCLUSION

La recherche a été inspirée de la problématique suivante:

La domiciliation aux États-Unis de l'une des parties à un contrat de vente internationale de marchandises interpelle l'application de l'*Article 2* du Code de commerce uniforme, lorsqu'un différend, relatif à l'interprétation de l'étendue d'un terme de vente inséré dans le contrat, surgit entre les parties, faute d'avoir précisé s'il relève des termes de vente cités par l'*Article 2* sus-mentionné ou s'il fait partie des *Incoterms* élaborés par la Chambre de commerce international.

Le traitement des éléments de cette problématique nous a menés aux résultats concluants suivants:

1- Malgré la similarité de certains acronymes et leur finalité, les *Incoterms* et les termes de vente de l'*Article 2* du Code portent des différences substantielles, quant à la technique de la mise en oeuvre de certaines des obligations réglementées par leurs termes respectifs. Par conséquent, il est essentiel, pour la bonne exécution du contrat, de bien définir l'identité exacte du terme.

2- Treize *Incoterms* élaborés principalement en vue de réaliser une livraison appropriée de la marchandise. Dépendamment du terme de vente choisi, lorsque la livraison a lieu avant le transport de la marchandise, on dit que c'est une vente au départ, et lorsque la livraison a lieu suite à son transport on dit que c'est une vente à l'arrivée.

Parallèlement l'*Article 2* du Code, en traitant de la question de livraison dans les contrats de vente de marchandises, dispose de contrat à expédition et de contrat à destination. Les termes de livraison de l'*Article 2* sont rédigés conformément aux dispositions de ces deux contrats.

En étudiant les deux corps de termes de vente, nous avons vu que les *Incoterms* visent à instaurer une sorte de langage et de procédure internationaux cohérents dans l'exécution de la vente, instituant pour ainsi dire la sécurité et la rapidité de la transaction.

Par ailleurs, l'analyse des termes de livraison du Code nous a montré que, contrairement aux *Incoterms*, ils ne portent en eux aucune propriété intrinsèque dans le sens que leur mécanisme n'est pas autosuffisant quant à la définition de l'étendue des obligations des parties, et par conséquent, ils dépendent des autres dispositions du Code. La preuve de cette défaillance est la présence des dispositions qualifiées, par la doctrine américaine, "*Gap Fillers*".

Le terme clé du Code est FOB. Il permet à lui seul, de par sa construction, de couvrir presque toutes les fonctions des différents *Incoterms*, à l'exception du terme EXW qui n'exige pas le recours à un transporteur. Les termes de vente de l'*Article 2* qui sont conçus à l'origine pour un usage local, soit à

l'intérieur des États-Unis, sont applicables aussi aux transactions internationales, lorsqu'ils prennent la forme d'une vente documentaire.

L'Article 2 du Code ainsi que les *Incoterms* s'accordent à considérer que la livraison et le transfert de risque ne dépendent pas du titre de la propriété.

4- En traitant de la nature juridique des *Incoterms*, la doctrine de la CCI les qualifie "d'usages du commerce international pour l'interprétation des termes commerciaux". Plus tard, La Convention des Nations-Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises ouvre grande, dans son article 9, la voie à l'application des *Incoterms*, en prévoyant dans son article 9 " non seulement une application des usages qui soit convenue entre les parties, mais aussi que des usages soient considérés comme objectivement applicables à un contrat". En outre, la CNUDCI, déjà en 1968 à l'occasion de la tenue de sa première session, a considéré les *Incoterms* comme un instrument d'harmonisation et d'unification de la loi portant sur la vente internationale de marchandises.⁶⁹³

Par ailleurs, l'adoption du principe de la liberté contractuelle par la plupart des législations, a permis aux acteurs de la vente internationale d'insérer, dans leur contrat, un *Incoterm* permettant de définir l'étendue de leur obligation, quant à la livraison de la marchandise, le transfert des risques et la répartition des coûts et frais.

5- Le Code est de caractère supplétif. Ses dispositions sont construites en vue de simplifier, de clarifier et de moderniser les règles régissant les transactions commerciales. Le terme "accord", dans l'acception du Code, désigne la transaction des parties interprétée conformément à leur volonté exprimée par les clauses contractuelles, ainsi que par les circonstances de leur consentement comme déduites à partir de leurs précédents commerciaux et des usages de commerce.

La doctrine ainsi que la jurisprudence des États-Unis s'accordent aujourd'hui à considérer que "la CCI est une entité non gouvernementale. Par conséquent, les *Incoterms* ne sont ni une législation, ni un traité international et ne constituent pas des règles de conflit. Ils sont une forme écrite d'usage et de coutume de commerce. Lorsqu'ils ne sont pas insérés expressément dans le contrat, ils peuvent être considérés, conformément aux dispositions du Code d'une part, et en fonction de l'Article 9(2) de La Convention appliquant les directives de la CNUDCI d'autre part, comme une stipulation contractuelle implicite d'un usage international. "⁶⁹⁴

⁶⁹³ - UNCITRAL, 33 Session, New York, 12 June – 7 July 2000, Dist. General, A/CN.9/479/ 10 April 2000, en ligne à: <http://www.uncitral.org/french/sessions/unc-33/acnf9-479-f.pdf>;

⁶⁹⁴ - J.A. Spanogle, "Incoterms and UCC A2- Conflicts and Confusions", (1997) 31 J. Int'l L., pp.111-132, en ligne à: <http://lawschool.westlaw.com>

6- Aujourd'hui, plusieurs auteurs américains pensent que les termes de vente de l'A2 du Code appartiennent à une époque révolue, qu'ils sont inadaptés aux besoins du commerce, et sont source de confusions et d'ambiguïtés inutiles. Ils n'hésitent pas à proner ouvertement leur abolition et le recours exclusif aux Incoterms dans les contrats de vente internationale de marchandises⁶⁹⁵ On trouve les mêmes tendances dans le projet d'amendement de l'A2 élaboré par la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (NCCUSL)*.⁶⁹⁶

7- Quant à nous, après avoir démontré la structure juridique permettant l'application d'un Incoterm à un contrat de vente internationale de marchandises, ayant un facteur de rattachement avec les États-Unis, et exposé presque tous les tenants et aboutissants des termes de vente de l'Article 2 et des Incoterms, nous allons laisser notre travail en suspens et attendre l'évolution du projet d'amendement de l'A2 par la *NCCUSL*.

Par acquit de conscience, en tournant la dernière page, nous citons cette phrase de *Gilbert K. Chesterton*: "*From Sale and Profanation... Deliver us Good Lord*". *A Hymn* (1915).⁶⁹⁷

⁶⁹⁵ - J. Murray, Jr., & H.M. Flechtner, "The Summer 1999 Draft of Revised A2 of the UCC: What hath NCCUSL Rejected?", (1999) 19 *The Journal of Law and Commerce*, p.1, en ligne à : <http://lawschool.westlaw.com>;

- D.E. Murray, "Risk of Loss of Goods in Transit", (1991) 93 *University of Miami Inter-American Law Review*, p.8, en ligne à : <http://lawschool.westlaw.com>;

- S. Linn Williams, *Export Contract for the Sale of Goods*, Practising Law Institute, Commercial Law and Practice, Course Handbook Series, (1988) p.22, en ligne à : <http://lawschool.westlaw.com>

⁶⁹⁶ - National Conference on Uniform State Laws: <http://www.nccusl.org/nccusl/default.asp> ;

- Drafts in Progress for the UCC: <http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/ulc.htm>

⁶⁹⁷ - William Tetley, Faculty of Law, McGill University, en ligne à : <http://tetley.law.mcgill.ca>

Appendice 1:

La lettre de crédit relative à l'affaire *Bharat Salt Refineries Ltd. v. Allied International Marketing Corporation*, Civil Action No 99 CV 1079-A, US District Court for the Eastern District of Virginia, January 7, 2000

1998 08: 9817678982 ALLI INTL MKTGX PAGE 02

TRANSMISSION CONFIRMATION SRV_PHONE.03413823 02/09/98 17:38:44 Page 01

Company: CAI
Message: 1/00980902011699 Queue : PRT_PHONE Nature: SWF Type : 700
MUR : 1/00980902011699 Services: BCDV Networks: SWIFT Prio : N

Created: 02/09/98 11:05:44 By: K1422 Modif: 2

Message mention(s): MESSAGE AUTHENTIFIE



Addressed : Correspondant CHREINBBROB LT :
CANARA BANK
CANARA BANK
MUMBAI INDIA
1SH/USH : 993021 Session Number : 7284

----- MTPAK : Message Text -----

(177) DATE TIME 02.SEP.98 17H39M
(431) ACCEPT REJECT 0
(100) MUR E700980902011699

----- MT700 : Message Text -----

FROM : CREDIT AGRICOLE INDOUEZ
GENEVA SWITZERLAND
TO : CANARA BANK
MUMBAI INDIA
DATE : 02/09/1998 11:05

MT700 : ISSUE OF A DOCUMENTARY CREDIT

(27) SEQUENCE OF TOTAL MESSAGE NUMBER 1
NUMBER OF MESSAGES /1
(40A) FORM OF DOCUMENTARY CREDIT IRREVOCABLE
(20) DOCUMENTARY CREDIT NUMBER C10619494
(31C) DATE OF ISSUE 02.SEP.98
(31D) DATE AND PLACE OF EXPIRY DATE 22.OCT.98
INDIA
(50) AFFILIANT UNIVERSAL PLAIN S.A. FOR A/C OF
ALLIED INTL. MARKETING CORP.
1255A LYNFIELD ROAD, SUITE 137
MEMPHIS, TN 38119, U.S.A.
(59) BENEFICIARY ACCOUNT NUMBER
ADDRESS
BHARAT SALT REFINERIES LIMITED
HAVELI 32-D NORTH CRESCENT ROAD
T. NAGAR, MADRAS 600 017
INDIA
(52B) CURRENCY CODE, AMOUNT CURRENCY CODE USD
AMOUNT 221,500.00
(39A) PERCENTAGE CRED AMOU TOL 10/10
(41D) AVAILABLE WITH ... BY ... CANARA BANK
OVERSEAS BRANCH
CHENNAI 600 002, INDIA
BY NEGOTIATION
(43F) SHIPMENT (PARTIAL/TRANSSHIPMENT)
NOT ALLOWED
(43I) SHIPMENT (PARTIAL/TRANSSHIPMENT)
NOT ALLOWED
(44A) LOADS ON BU/DISP/TAK IN CH AT/FR
FOOD ST KANDLA
(44C) FOR TRANSPORTATION TO

04/1998 88: 9817678982

ALLIE-INTL MKTGX

PAGE 03

TRANSMISSION CONFIRMATION GRV_RNONE.03413823 02/09/98 17:38:44 Page 02

Company: CAI

Message: E700980902011699 Rueue : PRT_RNONE
PRT : E700980902011699 Services: BCDV

Nature: SWF Type : 700
Network: SWIFT Prio : N

Created: 02/09/98 11:05:44 By: RT422

Modifi: 2

Message location(s): MESSAGE AUTHENTICATED

DISCOUNT IN TRANSIT TO ETHIOPIA
(44C) LATEST DATE OF SHIPMENT 15.OCT.98
(45A) DESCRIPTION OF GOODS AND/OR SERVICES
10,000 METRIC TONS TEN PERCENT MORE OR LESS AT BUYER'S OPTION OF
BAGGED COMMON EDIBLE SALT

SPECIFICATIONS:

WATER INSOLUBLE MATTER	:	1	0/0 MAX.
CHLORIDE CONTENT (ASNACI)	:	96	0/0 MIN.
MATTER SOLUBLE IN WATER OTHER THAN SODIUM CHLORIDE	:	3	0/0 MAX.
MOISTURE	:	6	0/0 MAX.

BY MASS OF
MOISTURE RECEIVED
BASIS WHEN TESTED

IODINE (AS POTASSIUM IODATE) PPM	:	50-80	MAX.
LEAD (PB)	:	2.0 MG/KG	MAX.
IRON (FE)	:	50.0 MG/KG	MAX.
ARSENIC (AS)	:	1.0 MG/KG	MAX.
COPPER (CU)	:	15.0 MG/KG	MAX.
COLOR	:	WHITISH	
STANDARD	:	ES R/Q2/001	

38.2

PACKING:

6,000 M/T - 30 KG NET GREY COLOUR PLAIN LAMINATED HDPE/PP
BAGS SUITABLE FOR PACKING EDIBLE SALT

3,000 M/T MAX. - 50 KG NET GREY COLOUR PLAIN DOUBLE LINED
LAMINATED HDPE/PP BAGS SUITABLE FOR PACKING
EDIBLE SALT

MARKING:

6,000 M/T - AS PER DESCRIPTION IN ANNEX 1
3,000 M/T MAX. - AS PER DESCRIPTION IN ANNEX 2
ANNEXES 1 AND 2 WHICH FORM AN INTEGRAL PART OF THIS CREDIT
ARE FORWARDED TO YOU TODAY BY DHL COURIER

PRICE:

USD 22.15 PER METRIC TON

INCOTERMS:

F.O.B. STOWED KANDLA, INDIA
(46A) DOCUMENTS REQUIRED

1. STATED COMMERCIAL INVOICE IN 1 ORIGINAL AND 7 COPIES,
INDICATING CONFIRMATION OF SPECIFICATIONS WITH
STANDARD NO. ESK.Q2.001, ORIGINAL AND 3 COPIES MUST
BE CERTIFIED BY THE CHAMBER OF COMMERCE
2. 3/5 ORIGINALS AND 4 NON-NEGOTIABLE COPIES OF CLEAN 'ON BOARD'
OCEAN BILL OF LADING ISSUED AS FOLLOWS:
CONSIGNEE : TO THE ORDER OF CREDIT AGRICOLE

04/1998 2 1 9817678982

AL D INTL MKTGX

PAGE 04

TRANSMISSION CONFIRMATION: SRV_RHNE.03413823 02/09/98 17:38:44 Page 03

 Company: CAI
 Message: 1700980902011677 Queue : PRT_RHNE Nature: SWF Type : 700
 MUR : 1700980902011677 Service: BCDV Network: SWIFT Frib : N

Created: 02/09/98 11:05:44 By: B1422 Modifs 2

Message authentication: MESSAGE AUTHENTICABLE

NOTIFY : 'INDOSUEZ, GENEVA'
 : 'ETHIOPIA AMALGAMATED LTD.,
 P.O.BOX 2090,
 ADDIS ABABA, ETHIOPIA
 TELEX 21113/21153 ETHIAMALGA'
 MARKED : 'FREIGHT PREPAID'
 SHOWING : THE ACTUAL AMOUNT OF FREIGHT PREPAID

3. STOWAGE PLAN IN ONE ORIGINAL AND THREE COPIES
 4. CERTIFICATE OF ORIGIN IN ONE ORIGINAL AND 5 COPIES, CERTIFIED BY THE CHAMBER OF COMMERCE, EVIDENCING THAT THE GOODS ARE OF INDIAN ORIGIN, NOT MENTIONING ANY PRICE AND/OR VALUE OF GOODS
 5. SGS PRE-SHIPMENT INSPECTION CERTIFICATE FOR QUALITY, QUANTITY AND WEIGHT IN ONE ORIGINAL AND THREE COPIES
 6. COPY OF BENEFICIARY'S FAX ADVICE OF SHIPMENT SENT TO ALLIED INTERNATIONAL MARKETING CORP., MEMPHIS, TN, USA (FAX NO. +19017678982) NOT LATER THAN 2 (TWO) WORKING DAYS AFTER SHIPMENT DATE INDICATING:
 QUANTITY AND QUALITY OF GOODS SHIPPED
 NAME OF CARRYING VESSEL
 BILL OF LADING DATE AND NUMBER
 VALUE OF GOODS
 E.T.A. AT DUBAÏ
 FOR INSURANCE PURPOSES
- (47A) ADDITIONAL CONDITIONS
- A. CHARTER PARTY BILL OF LADING ACCEPTABLE
 - B. THIRD PARTY DOCUMENTS ACCEPTABLE
 - C. DESPITE THE FACT THAT DELIVERY TERMS ARE FOB STOWED, B/L MARKED 'FREIGHT PREPAID' IS REQUIRED. WE UNDERSTAND THAT FREIGHT WILL BE PREPAID BY THE APPLICANT OUTSIDE OF THIS CREDIT. THIS INFORMATION IS GIVEN TO YOU WITHOUT ANY COMMITMENT NOR RESPONSIBILITY ON OUR PART
 - D. UNIT PRICE, VALUE OF GOODS, DELIVERY TERMS FOR AND REFERENCE NUMBER OF THIS CREDIT MUST APPEAR ON INVOICES ONLY
 - E. WE UNDERSTAND THAT INSURANCE WILL BE COVERED BY THE APPLICANT. THIS INFORMATION IS GIVEN TO YOU WITHOUT ANY COMMITMENT NOR RESPONSIBILITY ON OUR PART
- (718) CHARGES
- ALL CHARGES IN RELATION TO THIS CREDIT OUTSIDE THE COUNTRY OF THE ISSUING BANK ARE FOR THE ACCOUNT OF THE BENEFICIARY
- (48) PERIOD FOR PRESENTATION NOT LATER THAN 7 (SEVEN) DAYS AFTER SHIPMENT DATE AT THE COUNTERS OF CANARA BANK, OVERSEAS BRANCH, CHENNAI
- (49) CONFIRMATION INSTRUCTIONS CONFIRM

02/09/98 11:05:44 SRV_PHONE.03413823 AL D INIL MK16X N-034 PAGE 05
W.A. I. VANCE J13500

Blairat 5/5

TRANSMISSION CONFIRMATION SRV_PHONE.03413823 02/09/98 17:38:44 Page 04

Company: CAI
Message: E700980902011679 Queue: FRT_PHONE Nature: SWF Type: 700
MUR: E700980902011679 Service: BCDV Networks SWIFT Fria: N

Created: 02/09/98 11:05:44 By: B1422 Modif: ?

Message mention(s): MESSAGE AUTHENTIFIE

(70) INSTRUCT TO THE PAY/ACCEPT/NEGOTIATE BANK
IN INCURSEMENT CLAUSE:

UPON RECEIPT OF A DULY AUTHENTICATED SWIFT/TESTED TELEX FROM THE
NEGOTIATING BANK QUOTING OUR REF. AND CERTIFYING THAT STRICTLY
COMPLYING DOCUMENTS HAVE BEEN TAKEN UP AND FORWARDED TO US:
CREDIT AGRICOLE INDOSUEZ, TRADE FINANCE DEPT., 19, RUE DU RHONE,
5TH FL., 1204 GENEVA, SWITZERLAND
IN ONE COVER BY DHL OR SIMILAR COURIER SERVICE, WE SHALL COVER
THEM BY TELEGRAPHIC TRANSFER, AS PER THEIR INSTRUCTIONS, VALUE
THREE U.S. AND SWISS BANKS WORKING DAYS AFTER THE INCOMING DATE
OF THEIR AUTHENTICATED MESSAGE

(S7D) ACCOUNT WITH BANK

CANARA BANK, OVERSEAS BRANCH,
770-A SPENCER TOWERS, ANNA SALAI,
CHENNAI 600 002

(72) SENDER TO RECEIVER INFORMATION

//REC/PLS ACKNOWLEDGE RECEIPT
//QUOTING YOUR AND OUR REF.
//THANKS - BEST REGARDS
//TRADE FINANCE DEPT.
//GEORGES NICOLET

(-) END OF MESSAGE

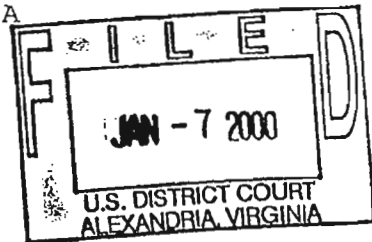
END TRANSMISSION CONFIRMATION SRV_PHONE.034138

Appendice 2:

Le jugement du tribunal dans l'affaire:

Le cas Bharat Salt Refineries Ltd. v. Allied International Marketing Corporation, Civil Action No 99 CV 1079-A, US District Court for the Eastern District of Virginia, January 7, 2000

IN THE UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE
EASTERN DISTRICT OF VIRGINIA
ALEXANDRIA DIVISION



BHARAT SALT REFINERIES, LTD.)
)
) Plaintiff,)
)
) v.)
)
) ALLIED INTERNATIONAL MARKETING)
) CORPORATION,)
)
) Defendant.)

CIVIL ACTION NO. 99-1079-A

O R D E R

This matter is before the Court on Defendant's Motion for Summary Judgment and Plaintiff's Motion for Partial Summary Judgment. For the reasons stated in open court and below, the Defendant's motion is GRANTED, and Plaintiff's motion is DENIED.

1. Plaintiff Bharat Salt Refineries Ltd. and Defendant Allied International Marketing Corporation entered into two contracts whereby Plaintiff was to sell salt to Defendant. Plaintiff filed this action against Defendant alleging breach of contract. Both parties seek summary judgment.
2. Federal Rule of Civil Procedure 56(c) provides that summary judgment should be granted where there exists "no genuine issue of material fact and the moving party is entitled to judgment as a matter of law." In reviewing the evidence,

Am 1/11/2000

the court must view the facts and inferences to be drawn in the light most favorable to the nonmoving party. See *Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574 (1986). Initially, the moving party bears the responsibility of stating the basis of the motion and demonstrating the absence of a genuine issue. See *Celotex Corp. v. Catrett*, 477 U.S. 317, 323 (1986). Rule 56(e) requires the nonmoving party to go beyond the pleadings, and by her own affidavits, or by depositions, answers to interrogatories, and admissions, designate specific facts showing there is a genuine issue for trial. See *id.* at 324.

3. As to the First Order, the issue is whether Plaintiff Seller or Defendant Purchaser bore the risk and held the title to the portion of salt which had been boarded upon the ship when a cyclone struck. Plaintiff contends that Defendant bore the risk and held the title to all of the salt which had been boarded onto the vessel because Plaintiff's performance was complete upon physical delivery of the goods. Defendant contends that the risk and title were never transferred to Defendant because Plaintiff did not complete the stowing of all of the salt, no bill of lading was issued, and partial delivery was prohibited under the contract.
4. Plaintiff asserts, and Defendant does not contest, that Tennessee law applies as the order was made from Defendant's

Tennessee office. Thus, the Court applies Tennessee law.

5. The Tennessee Commercial Code is explicit. Section 2-319 provides

(1) Unless otherwise agreed the term F.O.B. (which means "free on board") at a named place, even though used only in connection with the stated price, is a delivery term under which:

(a) when the term is F.O.B. the place of shipment, the seller must at that place ship the goods in the manner provided in this chapter (§ 47-2-504) and bear the expense and risk of putting them into the possession of the carrier

(c) when under either (a) or (b) the term is also F.O.B. vessel, car or other vehicle, the seller must in addition at his own expense and risk load the goods on board. If the term is F.O.B. vessel the buyer must name the vessel and in an appropriate case the seller must comply with the provisions of this chapter on the form of bill of lading (§ 47-2-323)

Tenn. Code Ann. § 47-219(1) (emphasis added). See also Va. Code Ann. § 8.2-319(1) (having identical language).

6. Even the Comment to this section states "F.O.B. vessel" by its very language makes express the need for an "on board" document. See Tenn. Code Ann. § 47-2-319, Comment ¶ 4. See also *Sumitomo Corp. of America v. M/V SIEKIM*, 632 F. Supp. 824, 835 (S.D.N.Y. 1985) (applying an identical UCC provision and stating that "F.O.B. vessel" requires the seller to obtain an on-board bill of lading).

7. In discussing the form of the bill of lading required in overseas shipment, section 2-323 states

(1) Where the contract contemplates overseas shipment and contains a term . . . F.O.B. vessel, the seller unless otherwise agreed must obtain a negotiable bill of lading stating that the goods have been loaded on board

See also Va. Code Ann. 8.2-323 (having identical language).

8. Plaintiff relies on section 2-401 for the proposition that its performance was complete upon physical delivery even though a document of title would be delivered at some other time or place, or despite any reservation of a security interest by the bill of lading. However, Plaintiff's reliance is misplaced as even the title to 2-401 refers to the "[l]imited application of this section." Section 2-401 explicitly provides that it applies "[i]nsofar as situations are not covered by the other provisions of this chapter." Tenn. Code Ann. § 47-2-401. Here, sections 2-319 and 2-323 apply because they govern overseas shipments like that at issue presently. Thus, section 2-401 does not apply.
9. In this case, the parties agreed that delivery of the salt would be FOB stowed. See *Defendant's Statement of Material Facts Not in Dispute* (hereinafter "Defendant's SF"), Exhibits 89, 90. Furthermore, under the Tennessee Commercial Code, overseas shipments require a bill of lading. Plaintiff did not complete stowing 17,500 MTs of salt on the vessel and no bill of lading was issued. Plaintiff cannot recover damages because the risk and title to the salt were never transferred from Plaintiff to Defendant.
10. Thus, the Court need not reach the issue of partial delivery

- or the effect of the letter of credit which also required a bill of lading and prohibited partial delivery. Defendant is entitled to summary judgment as to the First Order.
11. As to the Second Order, the issue is whether Plaintiff Seller repudiated the contract for the purchase of salt when he refused to accept the ship which Defendant Purchaser had selected as provided for under the contract terms.
 12. A party's failure to perform a contractual obligation excuses the other party from performing the remaining obligations. See *McClain v. Kimbrough Construction Co., Inc.*, 806 S.W.2d 194, 198 (Tenn. Ct. App. 1990); see also *Lane Construction Co. v. Brown & Root, Inc.*, 29 F. Supp.2d 707, 724 n.24 (E.D. Va. 1998). A party who has materially breached the contract is not entitled to damages stemming from the other party's later breach of the same contract. See *McClain*, 806 S.W. 2d at 199.
 13. In this case, the contract provided that Defendant was to select a vessel to carry the salt. Defendant's SF, Exhibits 23, 27. The Second Order did not provide that Plaintiff had any right to reject or approve the vessel. See *id.* See also Defendant's SF, Exhibit D, Anadam Transcript, pp. 57-58; see also Defendant's SF, Exhibit C, Madhan Transcript, p. 91.
 14. Plaintiff's rejection of the M.V. NINA constituted a

repudiation of the Second Order. Plaintiff's repudiation ended the contract and relieved Defendant of its obligation to perform. See *McClain*, 806 S.W.2d at 199; *Horton v. Horton*, 254 Va. 111, 487 S.E.2d 200, 203-04 (Va. 1997).

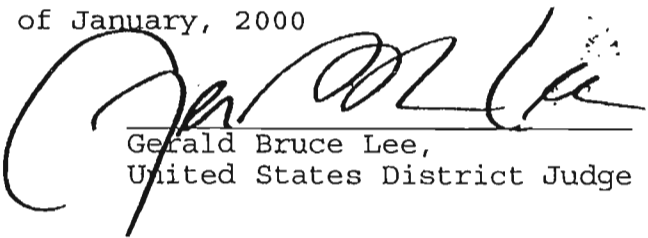
15. In order for there to be a modification of the original agreement, new consideration is required. See *Galbreath v. Harris*, 811 S.W.2d 88, 91 (Tenn. Ct. App. 1990), cert. denied, 502 U.S. 939 (1991). In this case, there was no new consideration for any alleged modification to grant Plaintiff the right to reject the vessel.

16. Furthermore, Plaintiff provides no authority to support its position that it had an implied right to reject the M.V. NINA. Thus, Plaintiff is not entitled to relief under a contract which it breached. It is hereby

ORDERED that judgment be entered in favor of Defendant Allied International Marketing Corporation on all counts.

The Clerk is directed to enter judgment in favor of the defendant pursuant to Fed. R. Civ. P. 58 and forward copies of this Order to counsel of record.

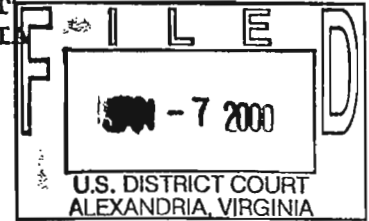
ENTERED this 7th day of January, 2000


Gerald Bruce Lee,
United States District Judge

Alexandria, Virginia
1/7/00

IN THE UNITED STATES DISTRICT COURT
FOR THE EASTERN DISTRICT OF VIRGINIA

Alexandria Division



BHARAT SALT REFINERIES, LTD.)
v.)
ALLIED INTERNATIONAL MARKETING)
CORPORATION)

Civil Action 99-1079-A

JUDGMENT

Pursuant to the order of this Court entered on January 7, 2000
and in accordance with Federal Rules of Civil Procedure 58,

JUDGMENT is hereby entered in favor of the defendant, Allied
International Marketing Corporation and
against the plaintiff, Bharat Salt Refineries, Ltd. (See
attached Order)

NORMAN H. MEYER, JR., CLERK

By: J. Solomon
Deputy Clerk

Alexandria, Virginia
January 7, 2000

BIBLIOGRAPHIE

MONOGRAPHIES – OUVRAGES GÉNÉRAUX DE DOCTRINE

- Alderman, Richard, M. "A Transactional Guide to the Uniform Commercial Code", Second Edition, Vol. I, American Law Institute, American Bar Association, Philadelphia, 1984.
- Audit, B. La vente Internationale de marchandises, Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980, Paris, L.G.D.J., 1990.
- Bradgate, Robert & White, Fidelma "Commercial Law, Legal Practice Course Guide", Oxford University Press, 2004
- Damatteo, Larry A. "The Law of International Business Transaction", Thomson, 2003
- Day & Griffin, "The Law of International Sales", 3rd Edition, Butterworths, LexisNexis, 2003
- Eisemann, Frederic, *Usages de la vente commerciale internationale, Incoterms: Aujourd'hui et demain*, Paris, Editions Jupiter, 1980
- Eisemann, Frédéric et Derain, Yves, *La pratique des Incoterms, Usages de la vente internationale*, Paris, ICC Publishing SA, 1988
- Emanuelli, Claude *Droit International Privé Québécois*, Wilson & Lafleur Lté, 2001
- Folsom, Ralph H. & Gordon, Micheal Wallace & Spanogle, Jr., John A. "International Business Transactions", Second Edition, West Group, St. Paul, Minn., 2001
- Fortin, Philippe, *La Pratique du Commerce International*, Québec, Publications CCH LTÉE, 2005.
- Gabriel, Henry D. & Rusch, Linda J. "The ABCs of the UCC, Article 2 Sales, Section of Business Law", American Bar Association, Chicago, IL., 1997
- Ghestin, Jacques Gilles Goubeaux, Muriel Fabre-Magnan, *Traité de droit civil, Introduction générale*, 4^{ème} éd., Paris, L.G.D.J., 1994, page 174.
- Gillette, Clayton P. & D.Walt, Steven "Sales Law Domestic and International", New York, Foundation Press, 2002
- Gourion, Pierre-Alain et Peyrard, Georges *Droit international du commerce*, 3^{ème} éd., Paris, L.G.D.J. 2001
- Henson, Ray D. "The Law of Sales", American Law Institute, American Bar Association, Pennsylvania, 1985
- Heuzé, Vincent *La vente internationale de marchandises*, Droit uniforme, Paris, GLN Jolie, 1992
- Hubbell, Micheal R. *Le Code de commerce uniforme, dans, Pratique du droit des affaires aux États-Unis*, sous la direction de Raiph H. Folsom, Alain A. Levasseur, Paris, Dalloz, 1994
- Jacquet, Jean M., Delebecque, Philippe *Droit du commerce international*, Paris, Dalloz, 2002
- Jolivet, Emmanuel *Les Incoterms, Étude d'une norme de commerce international*, Paris, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec, 2003
- Khan, Philippe *La vente commerciale internationale*, Paris, Librairie Sirey, 1961
- Leben, Charles *Le droit international des affaires*, 6^{ème} éd., Paris, Presse Universitaire de France, 2003

Luelles, Didier *Droit Québécois des obligations*, Volume 1, Les Éditions Thémis, Inc, 1998

“Law of International Trade in Practice, Inns of Court School of Law”, 3rd Edition, Blackstone Press Limited, 2000

Queen, Thomas, M. “Uniform Commercial Code Commentary and Law Digest”, Warren, Gorham, Lamont, Boston, New York, 1978, avec mise à jour .

Ramberg, Jan “ICC Guide to Incoterms 2000, The Essential Understanding and Practical Use”, ICC. Publishing, Inc., ICC No. 620, New York, 1999

Sassoon, David M. & Merren, Orren H. “British Shipping Laws, C.I.F. And F.O.B. Contracts”, London, Stevens & Sons

Schmitthoff’s Export Trade, “The Law and Practice of International Trade”, London, Sweet & Maxwell, 2000.

Spanogle, John A., Winship, Peter “International Sales Law”, A Problem Oriented Coursbook, West Group, St. Paul, Minn, 2000

Stone, Bradford “Uniform Commercial Code in a Nutshell”, 4th Edition, West Publishing Co., St. Paul, Minn, 1995

Thieffry Jean et Granier, Chantal *La vente internationale*, 2^{éd.} , Paris, Centre français du commerce extérieur, 1992.

Thompson, Dennis C., “Kennedy’s C.I.F. Contacts”, 3rd Edition, London, Stevens & Sons Limited, 1959

White James J. and Summers Robert S. “Uniform Commercial Code”, 5th Edition, Hornbook Series, West Group, St. Paul, Minn., 2000

COLLOQUES

Didier Le Masson, Sibille Stenay, *Les Incoterms, dans dans La convention de Vienne sur la vente internationale et les Incoterms*, Actes du colloque du 1er et 2 décembre 1989, Sous la direction de Yves Derains et de Jacques Ghestin, Paris, L.G.D.J., 1990

SÉMINAIRES

Les ventes internationales et les transports, les nouveaux Incoterms, Séminaire de droit des transports, Louvain-La-Neuve, Université Catholique de Louvain, Faculté de droit, sous la direction de Jacques Putzeys, 1992.

TRAITÉS INTERNATIONAUX

Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Conclue à Vienne le 11 Avril 1980), Treaties Series, Treaties and International Agreements Registered or Filed and Recorded with the Secretariat of the United Nations, Volume 1489, 1988, I. No. 25567, page 180; Pour connaître les pays adhérent à la Convention, voir, United Nations Treaties.

Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978, Hambourg 1978, Entrée en vigueur 1er Novembre 1992: Texte, Nations – Unies, Recueil des traités, vol.695, page 3, en ligne à: <http://www.admiraltylaw.com/statutes/hamberg.html>

DOCUMENTS PUBLIÉS PAR DES ORGANISATIONS PRIVÉES

Incoterms 2000, New York, ICC Publishing Corporation, ICC Publication No. 560, 1999.

Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires”(UCP500)

RÉFÉRENCES EN LIGNE

Uniform Laws Annotated, Uniform Commercial Code, Vol.2, St.Paul Minn., West Publishing, 1989, mise à jour 2003, en ligne à: <http://www.nccusl.org/nccusl/default.asp>; <http://lawschool.westlaw.com>; <http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/ulc.htm>; <http://web.lexis.com/lawschoolreg/ca>; UCC2@aol.com

Hawland UCC Series, Article 2 Sales, en ligne à: <http://lawschool.westlaw.com>.

Anderson UCC Series, Article 2 Sales, en ligne à: <http://lawschool.westlaw.com>.

Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Conclue à Vienne le 11 Avril 1980), Treaties Series, Treaties and International Agreements Registered or Filed and Recorded with the Secretariat of the United Nations, Volume 1489, 1988, I. No. 25567, page 180; Pour connaître les pays adhérent à la Convention, voir, United Nations Treaties, en ligne à: <http://www.un.org/Depts/Treaty>

Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978, Hambourg 1978, Entrée en vigueur 1er Novembre 1992: Texte, Nations – Unies, Recueil des traités, vol.695, page 3, en ligne à: <http://www.admiraltylaw.com/statutes/hamberg.html>

ARTICLES EN LIGNE:

Andres, Kim B. “Risk of Loss and State Long Arm Jurisdiction: Obligations Fashioned by the Delivery Term in an Article 2 Sales Contract”, 17 Hous. L. Rev. 573 (1979-1980), en ligne à: www.HeinOnline.com

Giblin Bryan M., “Tender of Delivery, for Article 2 Limitations Purposes is not Necessarily Contingent Upon Seller’s Satisfaction of Testing Obligations”, 59 Md L Rev 799 (2000), en ligne à: <http://ecarswell.westlaw.com>

Bainbridge, Stephen “Trade Usages in International Sales of Goods: An Analysis of the 1964 and 1980 Sales Conventions”, 24 Va. J. Int. L.619 (1983-1984), en ligne à: www.HeinOnline.com

Barski, Katherine A. “Letters of Credit: A comparison of Article 5 of the Uniform Commercial Code and the Uniform Customs and Practice for Documentary Credits”, 41 Loy. L. Rev. 735 (1995-1996), en ligne à: www.HeinOnline.com

Chen Jim C “Code, Custom, and Contract: “The Uniform Commercial Code as Law Merchant”, 27 Tex.Int’L.J.91 (1992), en ligne à: www.HeinOnline.com

Flores, Robert L. "Risk of Loss in Sales: A Missing Chapter in the History of the U.C.C.: Through Llewellyn to Williston and a Bit Beyond", 27 Pac. L. J. 161 (1995-1996), en ligne à: www.HeinOnline.com

Gillette, Clayton P. "The Law Merchant in the Modern Age: Institutional Design and International Usages Under the GISC", 5 Chi J. Int'l L. 157 (2004), en ligne à: <http://lawschool.westlaw.com>.

_____ "Harmony and Stasis in Trade Usages for International Sales", 39 Va J Int'l L 707 (1999), en ligne à: <http://lawschool.westlaw.com>.

Gütershold, B.P. "Incoterms and the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods", 2 Pace Int'l L. R. 41 (1999), en ligne à: www.HeinOnline.com

Harold, Berman J., Ladd, Monica "Risk of Loss or Damage in Documentary Transactions Under the Convention on the International Sale of Goods", 21 Com. Int'l L. J. 423(1988), en ligne à: <http://ecarswell.westlaw.com>

Honnold, John "A uniform Law for International Sales", 107 U Pen L. Rev. 299 (1959), en ligne à: <http://lawschool.westlaw.com>.

Kirst, Roger W "Usage of Trade and Course of Dealing: Subversion of the UCC Theory", 1977 U. Ill. L.F. 812 (1977), en ligne à: www.HeinOnline.com

Leflar, Robert A. "Conflicts of Law Under the UCC", 35 Ark.L.Rev.87 (1981-1982), en ligne à: www.HeinOnline.com.

Lansing, P. "The Change on American Attitude to the International Unification of Sales Law Movement and UNCITRAL", 18 Am. Bus. L. J. 273 (1980), en ligne à: www.HeinOnline.com

Levie, Joseph H. "Trade Usage and Custom Under the Common Law and the Uniform Commercial Code", 40 N.Y.U.L. Review 1101 (1965), en ligne à: www.HeinOnline.com.

Linzer, Peter "Non-[UN-?] American Law and the Core Curriculum", 72 Tul L Rev. 2031 (1998), en ligne à: <http://lawschool.westlaw.com>.

Mead, Carl A. "Documentary Letters of Credit", 22 Colum. L. Rev. 297 (1922), en ligne à: www.HcinOnline.com

Murray Daniel E. "Risk of Loss of Goods in Transit: A comparison of the 1990 Incoterms with Terms from Other Voices", 23 U. Miami Inter-Am. L. Rev. 93 (1991), en ligne à: <http://ecarswell.westlaw.com>

Rave, Jr. Donald, Tranchina, Stacey, "Marine Cargo Insurance: An Overview", 66 Tul. L. Rev. 371(1991), en ligne à: <http://lawschool.westlaw.com>

Rosett, Arthur I. "The Unidroit Principles of International Commercial Contracts: A New Approach to International Commercial Contracts", 46 Am. J. Comp. L 347 (1998), en ligne à: <http://lawschool.westlaw.com>

Roth, P.M., "The passing of Risk", 27 Am. J. Comp. L. 291 (1979), en ligne à: www.HeinOnline.com .

Rusch, Linda J. "The Relevance of Evolving Domestic and International Law on Contracts in the Classroom: Assumption About Assent", 72 Tul. L. Rev. 2043 (1998), en ligne à: <http://lawschool.westlaw.com>.

_____ "Is the Saga of the Uniform Commercial Code Article 2 Revisions Over? A Brief Look of What NCCUSL Finally Approved", 6 Del. L. Rev. 41, en ligne à: <http://www.lexis.com>

Stocks, Mitchell "Risk of Loss Under the Uniform Commercial Code and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A comparative Analysis and Proposed Revision of UCC Sections 2-509 and 2-510", 87 Nw. U. L. J. 1415 (1993), en ligne à: <http://lawschool.westlaw.com>.

Thayer, Philip W. "C.I.F. Contracts in International Commerce", 53 Harv. L. Rev. 792 (1939-1940), en ligne à: www.HeinOnline.com

Tomko, Lisa K "United States Convention on the International Sale of Goods: Its Effect on United States and Canadian Sales Law, 66 U Det. L. Rev. 73 (1988), en ligne à: <http://lawschool.westlaw.com>.

Williams, Stephen L., "The Risk of Loss After an Executory Contract of Sale in the Civil Law", 9 Harv. L. Rev. 72 (1895-1986), en ligne à: www.HeinOnline.com

Warren, Elizabeth "Trade Usage and Parties in the Trade: An Aconomic Rationale for an Inflexible Rule, 42 U. Pitt. L. Rev. 515 (1980-1981), en ligne à: www.HeinOnline.com.

Weaver, Robert "A Practising Law Institute, Export Practice: Customs and International Trade Law", en ligne à: <http://lawschool.westlaw.com>

Williston, Samuel "The Law of Sales in the Proposed Uniform Commercial Code", 63 Harv. L. Rev. 562 (1950), en ligne à: <http://lawschool.westlaw.com>.

Winship P. "The New Unform Law for International Sales and the UCC: A Comparision", 18 J. Int'l L. (1984), en ligne à: <http://lawschool.westlaw.com>.

DES RAPPORTS DE DROITS PUBLIÉS SUR LE SITE WESTLAW ET CARSWELL

Danne Jr., William H., "Who bears the Risk of Loss of Goods Under the UCC §§ 2-509, 2-510", American Law Report, 66 A.L.R.3d 145 (1975-2004), en ligne à: <http://ecarswell.westlaw.com>.

Borek, Charles A., "Contract Drafting and Review for the Maryland Lawyer, Operative Language", CDR MD-CLE 277 (2003), en ligne à: <http://lawschool.westlaw.com>

PUBLICATIONS DE L' "AMERICAN LAW INSTITUTE-AMERICAN BAR ASSOCIATION"

Crawford, Blair, Rich, Janet L., Ingersoll Buchanan "New Rules for Contracting in the Global Marketplace in the United Nations Convention on Contrcts for the International Sale of Goods ("CISG")", C395 ALI-ABA 115, en ligne à: <http://lawschool.westlaw.com>.

Gaa, Thomas M. "Foreign Accounts: Marketing Loves Them..Financing and Collecting is the Problem", N98 Doing Business Worldwide, ABALGLED G-33 (1998), en ligne à: <http://lawschool.westlaw.com>.

PUBLICATIONS DE LA "PRACTISNG LAW INSTITUTE"

Williams S. Linn "Export Contracts for the Sale of Goods", 458 PLI/Comm 183 (1988), en ligne à: <http://lawschool.westlaw.com>

LES LOIS NATIONALES DU QUÉBEC

Le Code civil du Québec, Québec, 10ème Édition, 2002-2003

ARTICLES TIRÉS DE LA JURISPRUDENCE QUÉBÉCOISE

Samson C. *La Convention des Nations-Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises: Étude comparative des dispositions de la Convention et des règles du droit québécois en la matière*, 23 C de.D. 919 – 1008 (1982).

_____ *L'harmonisation du droit de la vente: L'influence de la Convention de Vienne sur l'évolution et l'harmonisation du droit des provinces canadiennes*, 32 C de.D. 1017 (1991).

“UNIFORM LAWS ANNOTED”, “UNIFORM COMMERCIAL CODE”, LA JURISPRUDENCE AMÉRICAINE (CASES) EN LA MATIÈRE, ET LES PROJETS DE RÉFORME DU “UCC” EN LIGNE:

Uniform Laws Annotated, Uniform Commercial Code, Vol.2, St.Paul Minn., West Publishing, 1989, Current through mars 2004, en ligne à: <http://www.nccusl.org/nccusl/default.asp>; <http://lawschool.westlaw.com>; <http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/ulc.htm>; <http://web.lexis.com/lawschoolreg/ca>; UCC2@aol.com

Uniform Laws Annotated : <http://lawschool.westlaw.com>.

Click on Westlaw in ULA database. Then choose UCC-CS or UCC-CS+ Library.

Uniform Commercial Code : <http://web.lexis.com/lawschoolreg/ca> .

Lexis.UCC Library. Click on area of law by topic, then choose “Commercial Law Official Text Comments”

National Conference on Uniform State Laws:

<http://www.nccusl.org/nccusl/default.asp>. The official site web for the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws contains information about UCC acts, drafts and state legislation based on the UCC.

Drafts in Progress for the UCC: <http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/ulc.htm>.

This site includes an index to drafts in progress for the UCC and the full-text of the drafts themselves.

LA LOI AMERICAINE

Uniform Laws Annotated, Uniform Commercial Code, Vol.2, St.Paul Minn., West Publishing, 1989, Current through mars 2004.

DES LIENS UTILES⁶⁹⁸

American Bar Association: <http://www.abanet.org/home.html>

American Institute of Marine Underwriters: <http://www.aimu.org>

Company Guide to Shipping, Materials on Incoterms, Bills of Lading, Shipping Documents, and a Glossary: <http://www.yellowglobal.com/resources/index.jsp>

International Chamber of Commerce: <http://www.iccwbo.org>

International Trade Administration -- Exemple of Pro Forma Invoice:

<http://www.unzco.com/basicguide/figure11.html>

⁶⁹⁸ - Ces liens sont pris du livre de Larry A. DiMatteo, “The Law of International Business Transactions”, Thomson, South-Western, West, 2003.

International Trade Administration – Sample of a Straight Bill of Lading:
<http://www.unzco.com/basicguide/figure3.html>

International Trade Administration – Sample Packing List:
<http://www.unzco.com/basicguide/figure7.html>

International Trade Data System - “International Trade Terms”:
<http://www.itds.treas.gov/glossaryfrm.html>

Institute of London Underwriters: <http://www.iaa.co.uk>

Major Maritime Laws in the United States: <http://www.megalaw.com/top/admiralty.php3>

Revised Draft of Article 2: <http://www.law.upenn.edu/bl/ulc/ucc2/ucc20600.pdf>

Text of the York-Antwerp Rules – 1994 Edition:
<http://www.jus.uio.no/Im/cmi.york.antwerp.rules.1994/doc.html>

United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL): <http://www.uncitral.org/en-index.htm>

United States Department of Commerce – Guide to International Trade:
<http://www.unzco.com/basicguide>

Annexe I:

Les Sections 47-2-319; 47-2-323; 47-2-325; 47-2-401 du Code de Commerce Uniforme de l'État de Tennessee.¹

¹ - En ligne: www.lexis.com/research/lawschool

47-2-319. F.O.B. and F.A.S. terms.

(1) Unless otherwise agreed the term F.O.B. (which means "free on board") at a named place, even though used only in connection with the stated price, is a delivery term under which:

(a) when the term is F.O.B. the place of shipment, the seller must at that place ship the goods in the manner provided in this chapter (§ 47-2-504) and bear the expense and risk of putting them into the possession of the carrier; or

(b) when the term is F.O.B. the place of destination, the seller must at his own expense and risk transport the goods to that place and there tender delivery of them in the manner provided in this chapter (§ 47-2-503);

(c) when under either (a) or (b) the term is also F.O.B. vessel, car or other vehicle, the seller must in addition at his own expense and risk load the goods on board. If the term is F.O.B. vessel the buyer must name the vessel and in an appropriate case the seller must comply with the provisions of this chapter on the form of bill of lading (§ 47-2-323).

(2) Unless otherwise agreed the term F.A.S. vessel (which means "free alongside") at a named port, even though used only in connection with the stated price, is a delivery term under which the seller must:

(a) at his own expense and risk deliver the goods alongside the vessel in the manner usual in that port or on a dock designated and provided by the buyer; and

(b) obtain and tender a receipt for the goods in exchange for which the carrier is under a duty to issue a bill of lading.

(3) Unless otherwise agreed in any case falling within subsection (1)(a) or (c) or subsection (2) the buyer must seasonably give any needed instructions for making delivery, including when the term is F.A.S. or F.O.B. the loading berth of the vessel and in an appropriate case its name and sailing date. The seller may treat the failure of needed instructions as a failure of cooperation under this chapter (§ 47-2-311). He may also at his option move the goods in any reasonable manner preparatory to delivery or shipment.

(4) Under the term F.O.B. vessel or F.A.S. unless otherwise agreed the buyer must make payment against tender of the required documents and the seller may not tender nor the buyer demand delivery of the goods in substitution for the documents.

[Acts 1963, ch. 81, § 1 (2-319).]

47-2-323. Form of bill of lading required in overseas shipment - "Overseas."

(1) Where the contract contemplates overseas shipment and contains a term C.I.F. or C. & F. or F.O.B. vessel, the seller unless otherwise agreed must obtain a negotiable bill of lading stating that the goods have been loaded on board or, in the case of a term C.I.F. or C. & F., received for shipment.

(2) Where in a case within subsection (1) a bill of lading has been issued in a set of parts, unless otherwise agreed if the documents are not to be sent from abroad the buyer may demand tender of the full set; otherwise only one (1) part of the bill of lading need be tendered. Even if the agreement expressly requires a full set:

(a) due tender of a single part is acceptable within the provisions of this chapter on cure of improper delivery (§ 47-2-508(1)); and

(b) even though the full set is demanded, if the documents are sent from abroad the person tendering an incomplete set may nevertheless require payment upon furnishing an indemnity which the buyer in good faith deems adequate.

(3) A shipment by water or by air or a contract contemplating such shipment is "overseas" insofar as by usage of trade or agreement it is subject to the commercial, financing or shipping practices characteristic of international deep water commerce.

[Acts 1963, ch. 81, § 1 (2-323).]

47-2-325. "Letter of credit" term - "Confirmed credit."

- (1) Failure of the buyer seasonably to furnish an agreed letter of credit is a breach of the contract for sale.
- (2) The delivery to seller of a proper letter of credit suspends the buyer's obligation to pay. If the letter of credit is dishonored, the seller may on reasonable notification to the buyer require payment directly from him.
- (3) Unless otherwise agreed the term "letter of credit" or "banker's credit" in a contract for sale means an irrevocable credit issued by a financing agency of good repute and, where the shipment is overseas, of good international repute. The term "confirmed credit" means that the credit must also carry the direct obligation of such an agency which does business in the seller's financial market.

[Acts 1963, ch. 81, § 1 (2-325).]

47-2-401. Passing of title - Reservation for security - Limited application of this section.

Each provision of this chapter with regard to the rights, obligations and remedies of the seller, the buyer, purchasers or other third parties applies irrespective of title to the goods except where the provision refers to such title. Insofar as situations are not covered by the other provisions of this chapter and matters concerning title become material the following rules apply:

(1) Title to goods cannot pass under a contract for sale prior to their identification to the contract (§ 47-2-501), and unless otherwise explicitly agreed the buyer acquires by their identification a special property as limited by chapters 1-9 of this title. Any retention or reservation by the seller of the title (property) in goods shipped or delivered to the buyer is limited in effect to a reservation of a security interest. Subject to these provisions and to the provisions of the chapter on Secured Transactions (chapter 9 of this title), title to goods passes from the seller to the buyer in any manner and on any conditions explicitly agreed to by the parties.

(2) Unless otherwise explicitly agreed title passes to the buyer at the time and place at which the seller completes performance with reference to the physical delivery of the goods, despite any reservation of a security interest and even though a document of title is to be delivered at a different time or place; and in particular and despite any reservation of a security interest by the bill of lading:

(a) if the contract requires or authorizes the seller to send the goods to the buyer but does not require the seller to deliver them at destination, title passes to the buyer at the time and place of shipment; but

(b) if the contract requires delivery at destination, title passes on tender there.

(3) Unless otherwise explicitly agreed where delivery is to be made without moving the goods:

(a) if the seller is to deliver a document of title, title passes at the time when and the place where the seller delivers such documents; or

(b) if the goods are at the time of contracting already identified and no documents are to be delivered, title passes at the time and place of contracting.

(4) A rejection or other refusal by the buyer to receive or retain the goods, whether or not justified, or a justified revocation of acceptance reverts title to the goods in the seller. Such reversion occurs by operation of law and is not a "sale."

[Acts 1963, ch. 81, § 1 (2-401).]

Annexe II:

Les Sections 1-102; 1-105; 1-201; 1-205; 2-301; 2-401; 2-319; 2-320; 2-321; 2-322; 2-323; 2-401; 2-501; 2-503; 2-504; 2-509 de l'Article 1 et de l'Article du Code de Commerce Uniforme.²

² - Uniform Laws Annotated, Vol.1. UCC. St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1989. updated 2004.

§ 1-101

Note 3

no prior precedent, in that the code embodies the sound commercial practice which the courts should follow. *Arrow Transp. Co. v. Fruehauf Corp.*, D.C.Or.1968, 289 F.Supp. 170.

Principles set out in first chapter of Uniform Commercial Code apply to all of the chapters in the Code. *Swiden Appliance & Furniture, Inc. v. National Bank of South Dakota, East Branch*, S.D.1984, 357 N.W.2d 271.

Uniform Commercial Code is applicable to equipment-leasing transactions. *Hertz Commercial Leasing Corp. v. Joseph*, Ky.App.1982, 641 S.W.2d 753.

UNIFORM COMMERCIAL CODE

4. Federal law

Uniform Commercial Code should generally be considered as a federal law of commerce, including secured transactions. In re *King-Porter Co.*, C.A.Miss.1971, 446 F.2d 722.

Uniform Commercial Code is appropriate source of federal law, in cases arising under Federal Arbitration Act, as well as in other cases. *Lea Tai Textile Co., Ltd. v. Manning Fabrics, Inc.*, D.C.N.Y.1975, 411 F.Supp. 1404.

Uniform Commercial Code is primary source for "federal" law of sales. *Lounge-A-Round v. GCM Mills, Inc.*, 1980, 166 Cal.Rptr. 920, 109 C.A.3d 190.

§ 1-102. Purposes; Rules of Construction; Variation by Agreement.

(1) This Act shall be liberally construed and applied to promote its underlying purposes and policies.

(2) Underlying purposes and policies of this Act are

- (a) to simplify, clarify and modernize the law governing commercial transactions;
- (b) to permit the continued expansion of commercial practices through custom, usage and agreement of the parties;
- (c) to make uniform the law among the various jurisdictions.

(3) The effect of provisions of this Act may be varied by agreement, except as otherwise provided in this Act and except that the obligations of good faith, diligence, reasonableness and care prescribed by this Act may not be disclaimed by agreement but the parties may by agreement determine the standards by which the performance of such obligations is to be measured if such standards are not manifestly unreasonable.

(4) The presence in certain provisions of this Act of the words "unless otherwise agreed" or words of similar import does not imply that the effect of other provisions may not be varied by agreement under subsection (3).

(5) In this Act unless the context otherwise requires

- (a) words in the singular number include the plural, and in the plural include the singular;
- (b) words of the masculine gender include the feminine and the neuter, and when the sense so indicates words of the neuter gender may refer to any gender.

Official Comment

Prior Uniform Statutory Provision: Section 74, Uniform Sales Act; Section 57, Uniform Warehouse Receipts Act; Section 52, Uniform Bills of Lading Act; Section 19, Uniform Stock Transfer Act; Section 18, Uniform Trust Receipts Act.

Changes: Rephrased and new material added.

Purposes of Changes:

1. Subsections (1) and (2) are intended to make it clear that:

12

GENERAL PROVISIONS

Freedom of contract

§ 1-102

This Act is drawn to provide flexibility so that, since it is intended to be a semi-permanent piece of legislation, it will provide its own machinery for expansion of commercial practices. It is intended to make it possible for the law embodied in this Act to be developed by the courts in the light of unforeseen and new circumstances and practices. However, the proper construction of the Act requires that its interpretation and application be limited to its reason.

Courts have been careful to keep broad acts from being hampered in their effects by later acts of limited scope. *Pacific Wool Growers v. Draper & Co.*, 158 Or. 1, 73 P.2d 1391 (1937), and compare Section 1-104. They have recognized the policies embodied in an act as applicable in reason to subject-matter which was not expressly included in the language of the act; *Commercial Nat. Bank of New Orleans v. Canal-Louisiana Bank & Trust Co.*, 239 U.S. 520, 36 S.Ct. 194, 60 L.Ed. 417 (1916) (bona fide purchase policy of Uniform Warehouse Receipts Act extended to case not covered but of equivalent nature). They have done the same where reason and policy so required, even where the subject-matter had been intentionally excluded from the act in general. *Agar v. Orda*, 264 N.Y. 248, 190 N.E. 479 (1934) (Uniform Sales Act change in seller's remedies applied to contract for sale of choses in action even though the general coverage of that Act was intentionally limited to goods "other than things in action.") They have implemented a statutory policy with liberal and useful remedies not provided in the statutory text. They have disregarded a statutory limitation of remedy where the reason of the limitation did not apply. *Fiterman v. J. N. Johnson & Co.*, 156 Minn. 201, 194 N.W. 399 (1923) (requirement of return of the goods as a condition to rescission for breach of warranty; also, partial rescission allowed). Nothing in this Act stands in the way of the continuance of such action by the courts.

The Act should be construed in accordance with its underlying purposes and policies. The text of each section should be read in the light of the purpose and policy of the rule or principle in question, as also of the Act as a whole, and the

application of the language should be construed narrowly or broadly, as the case may be, in conformity with the purposes and policies involved.

2. Subsection (3) states affirmatively at the outset that freedom of contract is a principle of the Code: "the effect" of its provisions may be varied by "agreement." The meaning of the statute itself must be found in its text, including its definitions, and in appropriate extrinsic aids; it cannot be varied by agreement. But the Code seeks to avoid the type of interference with evolutionary growth found in *Manhattan Co. v. Morgan*, 242 N.Y. 38, 150 N.E. 594 (1926). Thus private parties cannot make an instrument negotiable within the meaning of Article 3 except as provided in Section 3-104; nor can they change the meaning of such terms as "bona fide purchaser," "holder in due course," or "due negotiation," as used in this Act. But an agreement can change the legal consequences which would otherwise flow from the provisions of the Act. "Agreement" here includes the effect given to course of dealing, usage of trade and course of performance by Sections 1-201, 1-205 and 2-208; the effect of an agreement on the rights of third parties is left to specific provisions of this Act and to supplementary principles applicable under the next section. The rights of third parties under Section 9-301 when a security interest is unperfected, for example, cannot be destroyed by a clause in the security agreement.

This principle of freedom of contract is subject to specific exceptions found elsewhere in the Act and to the general exception stated here. The specific exceptions vary in explicitness: the statute of frauds found in Section 2-201, for example, does not explicitly preclude oral waiver of the requirement of a writing, but a fair reading denies enforcement to such a waiver as part of the "contract" made unenforceable; Section 9-501(3), on the other hand, is quite explicit. Under the exception for "the obligations of good faith, diligence, reasonableness and care prescribed by this Act," provisions of the Act prescribing such obligations are not to be disclaimed. However, the section also recognizes the prevailing practice of having agreements set forth standards by which

13

Les définitions à la fin

§ 1-103

Note 29

First Alabama Bank of Birmingham v. Hartford Acc. & Indem. Co., Inc., D.C.Ala.1977, 430 F.Supp. 907.

Uniform Commercial Code has not abolished equitable doctrine of subrogation; Code does not impair equitable right of surety on labor and material bonds to subrogation. Stevlee Factors, Inc. v. State, 1975, 346 A.2d 624, 136 N.J.Super. 461, affirmed 365 A.2d 713, 144 N.J.Super. 346.

This section of the Code does not purport to affect the fundamental equitable doctrine of subrogation. The French Lumber Co. v. Commercial Realty & Finance Co., 1964, 195 N.E.2d 507, 346 Mass. 716.

Uniform Commercial Code does not apply to surety's right to equitable subrogation. Alaska State Bank v. General Ins. Co., Alaska 1978, 579 P.2d 1362.

Uniform Commercial Code does not abrogate, modify, affect or abridge equitable doctrine of subrogation, and a surety is not required to file under the Code to preserve its priority under equitable right of subrogation. Mid-Continent Cas. Co. v. First Nat. Bank & Trust Co. of Chickasha, Okl.1975, 531 P.2d 1370.

Uniform Commercial Code does not abrogate, modify, affect or abridge equitable doctrine of subrogation. Argonaut Ins. Co. v. C & S Bank of Tifton, 1976, 232 S.E.2d 135, 140 Ga.App. 807.

30. Unfair or deceptive trade practices

Uniform Commercial Code, G.S. § 25-1-101 et seq., did not preclude application of statute prohibiting unfair or deceptive trade practices,

UNIFORM COMMERCIAL CODE

G.S. § 75-1.1, to action arising out of promissory note transaction. United Virginia Bank v. Air-Lift Associates, Inc., 1986, 339 S.E.2d 90, 79 N.C.App. 315.

31. Warranties

Mississippi's adoption of the Uniform Commercial Code warranty provisions subsumed and displaced all common-law causes of action for physical injuries under warranty theory. Price v. International Tel. and Tel. Corp., S.D. Miss.1986, 651 F.Supp. 706.

All contrary preexisting Oklahoma law on warranties implied from sale has been replaced by the Uniform Commercial Code. Perry v. Lawson Ford Tractor Co., Okl.1980, 613 P.2d 458.

32. Repeal by Implication

Statute making void contracts for sale of stocks not owned by seller was not repealed by implication on enactment of Uniform Commercial Code. Colt v. Fradkin, 1972, 281 N.E.2d 213, 361 Mass. 447.

G.L. c. 214, § 3, providing that Supreme Judicial and Superior Courts shall have original and concurrent jurisdiction in equity of cases in which three or more parties have distinct rights or interests which cannot be justly and definitely decided and adjusted in one action at law was not impliedly repealed by provision of section 3-116 of this Code that instrument payable to order of two or more persons, if not in the alternative, may be negotiated, discharged, or enforced only by all of them. Marlboro Supply, Inc. v. Webb Supply Co., 1965, 213 N.E.2d 248, 350 Mass. 43.

§ 1-104. Construction Against Implicit Repeal.

This Act being a general act intended as a unified coverage of its subject matter, no part of it shall be deemed to be impliedly repealed by subsequent legislation if such construction can reasonably be avoided.

Official Comment

Prior Uniform Statutory Provision: None.

Purposes:

To express the policy that no Act which bears evidence of carefully considered permanent regulative intention should lightly be regarded as impliedly repealed

by subsequent legislation. This Act, carefully integrated and intended as a uniform codification of permanent character covering an entire "field" of law, is to be regarded as particularly resistant to implied repeal. See Pacific Wool Growers v. Draper & Co., 158 Or. 1, 73 P.2d 1391 (1937).

GENERAL PROVISIONS

§ 1-105

Action in Adopting Jurisdictions

Variations from Official Text: Ohio. Omits "deemed to be".

Library References

American Digest System

Implied repeal of statutes, see Statutes ¶158 to 167.

Encyclopedias

Implied repeal of statutes, see C.J.S. Statutes §§ 286 to 297.

WESTLAW Electronic Research

See WESTLAW guide following the Explanation pages of this volume.

Notes of Decisions

Generally 1
Statutes in pari materia 2

2. Statutes in pari materia

Statutes in pari materia should be considered concurrently whenever possible and if they can be made to stand together effect should be given to both as far as possible. Sterling Acceptance Co. v. Grimes, 1961, 168 A.2d 600, 194 Pa.Super. 503.

Repeals by implication are not favored and will not be implied unless there is an irreconcilable conflict between statutes embracing the same subject matter. First Nat. Bank of Millville v. Horwatt, 1960, 162 A.2d 60, 192 Pa.Super. 581.

1. Generally

This Code provides that it is a general act intended as a unified coverage of its subject matter. In re King Furniture City, Inc., D.C. Ark, 1965, 240 F.Supp. 453.

The provisions of the Uniform Sales Act concerning rights of bona fide purchasers were not repealed by the subsequent enactment of the Cooperative Marketing Act. Pacific Wool Growers v. Draper & Co., 1937, 73 P.2d 1391, 158 Or. 1 (cited in Official Comment, supra).

§ 1-105. Territorial Application of the Act; Parties' Power to Choose Applicable Law.

The following is the present text of section 1-105, as last amended in 1987 to conform to new Article 2A of the Code.

See text of section 1-105 as amended in 1972 to conform to Revised Article 9 of the Code, set out infra.

See text of section 1-105 as it existed prior to the 1972 amendment conforming to Revised Article 9 of the Code, set out infra.

(1) Except as provided hereafter in this section, when a transaction bears a reasonable relation to this state and also to another state or nation the parties may agree that the law either of this state or of such other state or nation shall govern their rights and duties. Failing such agreement this Act applies to transactions bearing an appropriate relation to this state.

(2) Where one of the following provisions of this Act specifies the applicable law, that provision governs and a contrary agreement is effective only to

the extent permitted by the law (including the conflict of laws rules) so specified:

Rights of creditors against sold goods. Section 2-402.

Applicability of the Article on Leases. Sections 2A-105 and 2A-106.

Applicability of the Article on Bank Deposits and Collections. Section 4-102.

Bulk transfers subject to the Article on Bulk Transfers. Section 6-102.

Applicability of the Article on Investment Securities. Section 8-106.

Perfection provisions of the Article on Secured Transactions. Section 9-103.

Official Comment

The following is the present Official Comment for section 1-105. Note that the Official Comment was not changed when the section was amended in 1987.

See Official Comment as it existed prior to change in 1972, set out under section 1-105 as it existed prior to amendment in 1972, infra.

Prior Uniform Statutory Provision: None.

Purposes:

1. Subsection (1) states affirmatively the right of the parties to a multi-state transaction or a transaction involving foreign trade to choose their own law. That right is subject to the firm rules stated in the five sections listed in subsection (2), and is limited to jurisdictions to which the transaction bears a "reasonable relation." In general, the test of "reasonable relation" is similar to that laid down by the Supreme Court in *Seeman v. Philadelphia Warehouse Co.*, 274 U.S. 403, 47 S.Ct. 626, 71 L.Ed. 1123 (1927). Ordinarily the law chosen must be that of a jurisdiction where a significant enough portion of the making or performance of the contract is to occur or occurs. But an agreement as to choice of law may sometimes take effect as a shorthand expression of the intent of the parties as to matters governed by their agreement, even though the transaction has no significant contact with the jurisdiction chosen.

2. Where there is no agreement as to the governing law, the Act is applicable to any transaction having an "appropriate"

relation to any state which enacts it. Of course, the Act applies to any transaction which takes place in its entirety in a state which has enacted the Act. But the mere fact that suit is brought in a state does not make it appropriate to apply the substantive law of that state. Cases where a relation to the enacting state is not "appropriate" include, for example, those where the parties have clearly contracted on the basis of some other law, as where the law of the place of contracting and the law of the place of contemplated performance are the same and are contrary to the law under the Code.

3. Where a transaction has significant contacts with a state which has enacted the Act and also with other jurisdictions, the question what relation is "appropriate" is left to judicial decision. In deciding that question, the court is not strictly bound by precedents established in other contexts. Thus a conflict-of-laws decision refusing to apply a purely local statute or rule of law to a particular multi-state transaction may not be valid precedent for refusal to apply the Code in an analogous situation. Application of the Code in such circumstances may be justified by its comprehensiveness, by the policy of uniformity, and by the fact that it is in large part a reformulation and restatement of the law merchant and of the understanding of a business community which transcends state and even national boundaries. Compare *Global Commerce Corp. v. Clark-Babbitt Industries, Inc.*, 239 F.2d 716, 719 (2d Cir.1956). In particular, where a transaction is governed

GENERAL PROVISIONS

in large part by the Code, application of another law to some detail of performance because of an accident or geography may violate the commercial understanding of the parties.

4. The Act does not attempt to prescribe choice-of-law rules for states which do not enact it, but this section does not prevent application of the Act in a court of such a state. Common-law choice of law often rests on policies of giving effect to agreements and of uniformity of result regardless of where suit is brought. To the extent that such policies prevail, the

relevant considerations are similar in such a court to those outlined above.

5. Subsection (2) spells out essential limitations on the parties' right to choose the applicable law. Especially in Article 9 parties taking a security interest or asked to extend credit which may be subject to a security interest must have sure ways to find out whether and where to file and where to look for possible existing filings.

6. Section 9-103 should be consulted as to the rules for perfection of security interests and the effects of perfection and nonperfection.

1987 Amendment

Subsec. (2) was amended in 1987 to conform to new Article 2A of the Code. The amendment added the item relating to the applicability of the Article on Leases.

1972 Amendment

See note under section 1-105 as amended in 1972, set out infra.

Official Reasons for 1972 Change

See Official Reasons under section 1-105 as amended in 1972, set out infra.

Action in Adopting Jurisdictions

The following jurisdictions have adopted the 1987 conforming amendments to new Article 2A of the Code:

California
Minnesota
Oklahoma
South Dakota

For a list of jurisdictions which have adopted the 1972 amendments conforming to Revised Article 9 of the Code, see section 1-105 as amended in 1972, *infra*.

Variations from Official Text:

Louisiana. Subsec. (2) reads: "(2) Where R.S. 10:4-102(2) applies, that provision governs and a contrary agreement is effective only to the extent permitted by the law."

Mississippi. In subsec. (1), adds at the end thereof: "Provided, however, the law of the State of Mississippi shall always govern the rights and duties of the parties in regard to disclaimers of implied warranties of merchantability or fitness, limitations of remedies for

breaches of implied warranties of merchantability or fitness, or the necessity for privity of contract to maintain a civil action for breach of implied warranties of merchantability of fitness notwithstanding any agreement by the parties that the laws of some other state or nation shall govern the rights and duties of the parties."

Wisconsin. In subsec. (1), omits "hereafter" following "Except as provided".

Forms

Clause selecting applicable law, see U.C.C. Forms § 1-105, Forms 1 and 2.

Foll. § 1-109

on July 1, 1965, by a filing, refiling or recording under a law repealed by chapter 158, laws of 1963, and for the perfection of which, if chs. 401 to 409 applied, no filing of a financing statement would be required, continues under chs. 401 to 409.

"(4) A security interest, however denominated in any law repealed by chapter 158, laws of 1963, which was not perfected on July 1, 1965, which could have been perfected before July 1, 1965, by a filing, refiling or recording under a law repealed by chapter 158, laws of 1963, and if chs. 401 to 409 applied, could be perfected by the filing a financing statement under chs. 401 to 409, may be perfected by the filing of a financing statement under chs. 401 to 409.

"(5) A security interest, however denominated in any law repealed by chapter 158,

UNIFORM COMMERCIAL CODE

laws of 1963, which was not perfected on July 1, 1965, but which could have been perfected before such date by the secured party's taking possession of the collateral under a law repealed by chapter 158, laws of 1963, and which, if chs. 401 to 409 applied, could be perfected by the secured party's taking possession of the collateral, may be perfected by the secured party's taking possession of the collateral under chs. 401 to 409.

"(6) For the purpose of effecting an orderly transition from the filing system prior to enactment of chs. 401 to 409 to the filing system of chs. 401 to 409, filing officers shall, commencing June 1, 1965, accept financing statements for filing as if chs. 401 to 409 were in effect; but all such statements filed prior to July 1, 1965, shall be deemed to have been executed and filed at 12:01 a.m. on July 1, 1965."

PART 2

GENERAL DEFINITIONS AND PRINCIPLES OF INTERPRETATION

§ 1-201. General Definitions.

Subject to additional definitions contained in the subsequent Articles of this Act which are applicable to specific Articles or Parts thereof, and unless the context otherwise requires, in this Act:

(1) "Action" in the sense of a judicial proceeding includes recoupment, counterclaim, set-off, suit in equity and any other proceedings in which rights are determined.

(2) "Aggrieved party" means a party entitled to resort to a remedy.

(3) "Agreement" means the bargain of the parties in fact as found in their language or by implication from other circumstances including course of dealing or usage of trade or course of performance as provided in this Act (Sections 1-205 and 2-208). Whether an agreement has legal consequences is determined by the provisions of this Act, if applicable; otherwise by the law of contracts (Section 1-103). (Compare "Contract".)

(4) "Bank" means any person engaged in the business of banking.

(5) [*The following is subsec. (5) as amended in 1977 to conform to Revised Article 8 of the Code. See, also, subsec. (5) as it existed prior to the 1977 amendment, which is set out infra.*] "Bearer" means the person in possession of an instrument, document of title, or certificated security payable to bearer or indorsed in blank.

(5) [*The following is subsec. (5) as it existed prior to the 1977 amendment conforming to Revised Article 8 of the Code. See, also, subsec. (5) as so amended in 1977, which is set out supra.*] "Bearer" means the person in possession of an instrument, document of title, or security payable to bearer or indorsed in blank.

(6) "Bill of lading" means a document evidencing the receipt of goods for shipment issued by a person engaged in the business of transporting or forwarding goods, and includes an airbill. "Airbill" means a document serving for air transportation as a bill of lading does for marine or rail transportation, and includes an air consignment note or air waybill.

(7) "Branch" includes a separately incorporated foreign branch of a bank.

(8) "Burden of establishing" a fact means the burden of persuading the triers of fact that the existence of the fact is more probable than its non-existence.

(9) [*The following is subsec. (9) as amended in 1972 to conform to Revised Article 9 of the Code. See, also, subsec. (9) as it existed prior to the 1972 amendment, which is set out infra.*] "Buyer in ordinary course of business" means a person who in good faith and without knowledge that the sale to him is in violation of the ownership rights or security interest of a third party in

the goods buys in ordinary course from a person in the business of selling goods of that kind but does not include a pawnbroker. All persons who sell minerals or the like (including oil and gas) at wellhead or minehead shall be deemed to be persons in the business of selling goods of that kind. "Buying" may be for cash or by exchange of other property or on secured or unsecured credit and includes receiving goods or documents of title under a pre-existing contract for sale but does not include a transfer in bulk or as security for or in total or partial satisfaction of a money debt.

(9) [The following is subsec. (9) as it existed prior to the 1972 amendment conforming to Revised Article 9 of the Code. See, also, subsec. (9) as so amended in 1972, which is set out supra.] "Buyer in ordinary course of business" means a person who in good faith and without knowledge that the sale to him is in violation of the ownership rights or security interest of a third party in the goods buys in ordinary course from a person in the business of selling goods of that kind but does not include a pawnbroker. "Buying" may be for cash or by exchange of other property or on secured or unsecured credit and includes receiving goods or documents of title under a pre-existing contract for sale but does not include a transfer in bulk or as security for or in total or partial satisfaction of a money debt.

(10) "Conspicuous": A term or clause is conspicuous when it is so written that a reasonable person against whom it is to operate ought to have noticed it. A printed heading in capitals (as: Non-Negotiable Bill of Lading) is conspicuous. Language in the body of a form is "conspicuous" if it is in larger or other contrasting type or color. But in a telegram any stated term is "conspicuous". Whether a term or clause is "conspicuous" or not is for decision by the court.

(11) "Contract" means the total legal obligation which results from the parties' agreement as affected by this Act and any other applicable rules of law. (Compare "Agreement".)

(12) "Creditor" includes a general creditor, a secured creditor, a lien creditor and any representative of creditors, including an assignee for the benefit of creditors, a trustee in bankruptcy, a receiver in equity and an executor or administrator of an insolvent debtor's or assignor's estate.

(13) "Defendant" includes a person in the position of defendant in a cross-action or counterclaim.

(14) [The following is subsec. (14) as amended in 1977 to conform to Revised Article 8 of the Code. See, also, subsec. (14) as it existed prior to the 1977 amendment, which is set out infra.] "Delivery" with respect to instruments, documents of title, chattel paper, or certificated securities means voluntary transfer of possession.

(14) [The following is subsec. (14) as it existed prior to the 1977 amendment conforming to Revised Article 8 of the Code. See, also, subsec. (14) as so amended in 1977, which is set out supra.] "Delivery" with respect to instruments, documents of title, chattel paper or securities means voluntary transfer of possession.

(15) "Document of title" includes bill of lading, dock warrant, dock receipt, warehouse receipt or order for the delivery of goods, and also any other document which in the regular course of business or financing is treated as adequately evidencing that the person in possession of it is entitled to receive, hold and dispose of the document and the goods it covers. To be a document of title a document must purport to be issued by or addressed to a bailee and purport to cover goods in the bailee's possession which are either identified or are fungible portions of an identified mass.

(16) "Fault" means wrongful act, omission or breach.

(17) "Fungible" with respect to goods or securities means goods or securities of which any unit is, by nature or usage of trade, the equivalent of any other like unit. Goods which are not fungible shall be deemed fungible for the purposes of this Act to the extent that under a particular agreement or document unlike units are treated as equivalents.

(18) "Genuine" means free of forgery or counterfeiting.

(19) "Good faith" means honesty in fact in the conduct or transaction concerned.

(20) [The following is subsec. (20) as amended in 1977 to conform to Revised Article 8 of the Code. See, also, subsec. (14) as it existed prior to the 1977 amendment, which is set out infra.] "Holder" means a person who is in possession of a document of title or an instrument or a certificated investment security drawn, issued, or indorsed to him or his order or to bearer or in blank.

(20) [The following is subsec. (20) as it existed prior to the 1977 amendment conforming to Revised Article 8 of the Code. See, also, subsec. (20) as so amended in 1977, which is set out supra.] "Holder" means a person who is in possession of a document of title or an instrument or an investment security drawn, issued or indorsed to him or to his order or to bearer or in blank.

(21) To "honor" is to pay or to accept and pay, or where a credit so engages to purchase or discount a draft complying with the terms of the credit.

(22) "Insolvency proceedings" includes any assignment for the benefit of creditors or other proceedings intended to liquidate or rehabilitate the estate of the person involved.

(23) A person is "insolvent" who either has ceased to pay his debts in the ordinary course of business or cannot pay his debts as they become due or is insolvent within the meaning of the federal bankruptcy law.

(24) "Money" means a medium of exchange authorized or adopted by a domestic or foreign government as a part of its currency.

(25) A person has "notice" of a fact when

(a) he has actual knowledge of it; or

(b) he has received a notice or notification of it; or

(c) from all the facts and circumstances known to him at the time in question he has reason to know that it exists.

A person "knows" or has "knowledge" of a fact when he has actual knowledge of it. "Discover" or "learn" or a word or phrase of similar import refers to knowledge rather than to reason to know. The time and circumstances under which a notice or notification may cease to be effective are not determined by this Act.

(26) A person "notifies" or "gives" a notice or notification to another by taking such steps as may be reasonably required to inform the other in ordinary course whether or not such other actually comes to know of it. A person "receives" a notice or notification when

- (a) it comes to his attention; or
- (b) it is duly delivered at the place of business through which the contract was made or at any other place held out by him as the place for receipt of such communications.

(27) Notice, knowledge or a notice or notification received by an organization is effective for a particular transaction from the time when it is brought to the attention of the individual conducting that transaction, and in any event from the time when it would have been brought to his attention if the organization had exercised due diligence. An organization exercises due diligence if it maintains reasonable routines for communicating significant information to the person conducting the transaction and there is reasonable compliance with the routines. Due diligence does not require an individual acting for the organization to communicate information unless such communication is part of his regular duties or unless he has reason to know of the transaction and that the transaction would be materially affected by the information.

(28) "Organization" includes a corporation, government or governmental subdivision or agency, business trust, estate, trust, partnership or association, two or more persons having a joint or common interest, or any other legal or commercial entity.

(29) "Party", as distinct from "third party", means a person who has engaged in a transaction or made an agreement within this Act.

(30) "Person" includes an individual or an organization (See Section 1-102).

(31) "Presumption" or "presumed" means that the trier of fact must find the existence of the fact presumed unless and until evidence is introduced which would support a finding of its non-existence.

(32) "Purchase" includes taking by sale, discount, negotiation, mortgage, pledge, lien, issue or re-issuance, gift or any other voluntary transaction creating an interest in property.

(33) "Purchaser" means a person who takes by purchase.

(34) "Remedy" means any remedial right to which an aggrieved party is entitled with or without resort to a tribunal.

(35) "Representative" includes an agent, an officer of a corporation or association, and a trustee, executor or administrator of an estate, or any other person empowered to act for another.

(36) "Rights" includes remedies.

(37) [The following is subsec. (37) as amended in 1987 to conform to new Article 2A of the Code. See, also, versions of subsec. (37) as amended in 1972 to conform to Revised Article 9 of the Code and as it existed prior to the 1972 amendment, both of which are set out *infra*.] "Security interest" means an interest in personal property or fixtures which secures payment or performance of an obligation. The retention or reservation of title by a seller of goods notwithstanding shipment or delivery to the buyer (Section 2-401) is limited in effect to a reservation of a "security interest". The term also includes any interest of a buyer of accounts or chattel paper which is subject to Article 9. The special property interest of a buyer of goods on identification of those goods to a contract for sale under Section 2-401 is not a "security interest", but a buyer may also acquire a "security interest" by complying with Article 9. Unless a consignment is intended as security, reservation of title thereunder is not a "security interest", but a consignment in any event is subject to the provisions on consignment sales (Section 2-326).

Whether a transaction creates a lease or security interest is determined by the facts of each case; however, a transaction creates a security interest if the consideration the lessee is to pay the lessor for the right to possession and use of the goods is an obligation for the term of the lease not subject to termination by the lessee, and

- (a) the original term of the lease is equal to or greater than the remaining economic life of the goods,
- (b) the lessee is bound to renew the lease for the remaining economic life of the goods or is bound to become the owner of the goods,
- (c) the lessee has an option to renew the lease for the remaining economic life of the goods for no additional consideration or nominal additional consideration upon compliance with the lease agreement, or
- (d) the lessee has an option to become the owner of the goods for no additional consideration or nominal additional consideration upon compliance with the lease agreement.

A transaction does not create a security interest merely because it provides that

- (a) the present value of the consideration the lessee is obligated to pay the lessor for the right to possession and use of the goods is substantially equal to or is greater than the fair market value of the goods at the time the lease is entered into,
- (b) the lessee assumes risk of loss of the goods, or agrees to pay taxes, insurance, filing, recording, or registration fees, or service or maintenance costs with respect to the goods,

§ 1-204

Note 9

eration, Inc. v. Osburn, 1979, 252 S.E.2d 686, 148 Ga.App. 772.

Where purchasers of mobile home made repeated efforts to have seller correct defects in mobile home caused by improper placement and installation of mobile home on purchasers' property, and where, approximately four months after purchase of mobile home, purchasers notified seller that they no longer wanted mobile home and were turning matter over to their attorney, purchasers effectively revoked their acceptance of contract within reasonable time. Hughes v. Brown, 1981, 613 S.W.2d 848, 1 Ark.App. 171.

Revocation of acceptance by buyers of automobile six months after filing suit for rescission of contract of sale and eight months after purchase took place was within "reasonable time," when balanced against obligation of seller under contract. Moore v. Howard Pontiac-American, Inc., Tenn.App.1972, 492 S.W.2d 227.

10. Financial information, furnishing

Under Pennsylvania Uniform Commercial Code, any delay by owner and operator of outdoor tennis courts in sending financial information requested by seller of air structures for covering of outdoor tennis courts was not so unreasonable as to relieve seller of its obligation to complete installation by November 15. Tennisland, Inc. v. Precision Tennis Systems, Inc., D.C.Pa.1977, 437 F.Supp. 339.

11. Warranties

Determination of issues whether manufacturer's warranty limitation was manifestly unreasonable or failed in its purpose or operated to deprive either party of substantial value of the bargain required consideration of purpose and effect of time limitation, commercial setting in which contract was executed, reasonableness of time limitation at time of contracting and particular consequences of applying such time limitation to safety device of type in question. McCullough v. General Motors Corp., D.C.Tenn.1982, 577 F.Supp. 41.

Twelve-month limitation for operation of express warranty obligating dealer and manufacturer concerning repair or replacement of certain parts of truck sold to plaintiff was not as matter of law either unreasonable or unconscionable. Broe v. Oneonta Sales Co. Inc., 1978, 420 N.Y.S.2d 436, 100 Misc.2d 1099.

12. Payment

Stock buyer's obligation and commitment to pay "promptly" for stock bought meant not "instantly" but "without undue delay," and where it was promised that payment for shares tendered on or prior to June 6, 1968 would be

UNIFORM COMMERCIAL CODE

made "promptly" thereafter and payment was made on June 25, 1968, there was no loss from breach of contract or negligent handling. Salinger v. Ling-Temco-Vought, Inc., D.C.Pa. 1971, 324 F.Supp. 1006.

13. Notice of breach

Cattle buyer's letter notifying seller of illness was not timely notice of claimed breach of warranty where it was not sent until over four and one-half months after sale and cattle became ill the day after sale and by time of letter the cattle had already been treated and either died or recovered and the seller had purchased the cattle only two days prior to instant sale. Bennett v. Jansma, S.D.1983, 329 N.W.2d 134.

Five months after final delivery and acceptance of goods and after buyer's attempt to set up schedule of payment for goods was not "reasonable time" within which to notify seller of breach by means of answer and counterclaim. International Paper Co. v. Margrove, Inc., 1973, 348 N.Y.S.2d 916, 75 Misc.2d 763.

14. Notice of dishonor

Evidence supported district court's implied finding that bank acted seasonably in delaying notice of dishonor for 52 days where course of dealing had been established between bank and customer, revealing delays from nine to 45 days in prior transactions. Southern Cotton Oil Co., Inc. v. Merchants Nat. Bank, C.A.Miss. 1982, 670 F.2d 548.

15. Questions of fact

Question of whether reseller's notice of design defects of photocopiers given approximately four weeks after delivery was untimely was for the jury. Systemized of New England, Inc. v. SCM, Inc., C.A.R.I.1984, 732 F.2d 1030.

Where facts are in dispute, question of timeliness of notice of claim for breach of warranty is for the jury, especially where defect is not discoverable upon an ordinary inspection. O. Vandenberg and Sons, N.V. v. Siter, 1964, 204 A.2d 494, 204 Pa.Super. 392.

Under Uniform Commercial Code, "reasonableness" in timely taking action, such as sending confirmation of sale of securities, is question of fact to be determined by fact finder. MortgageAmerica Corp. v. American Nat. Bank of Austin, Tex.App. 3 Dist.1983, 651 S.W.2d 851, error refused, n.r.e.

Whether buyers' attempted revocation of acceptance of commercial unit for failure to conform to contract was within reasonable time after buyer discovered or should have discovered ground for revocation is ordinarily question of fact. Dopieralla v. Arkansas Louisiana Gas Co., 1973, 499 S.W.2d 610, 255 Ark. 150.

GENERAL PROVISIONS

§ 1-205

16. Review

Where mortgage company, in breach of contract action, failed to request at trial issue as to timeliness of confirmation of sale of securities between bank and investment banking firm, and whether such confirmation was timely was not otherwise found by fact finder, Court of

Appeals had no authority to find as to such disputed fact, and mortgage company could not complain to Court on appeal of "reasonableness" of timely receipt of confirmations of sale. MortgageAmerica Corp. v. American Nat. Bank of Austin, Tex.App. 3 Dist.1983, 651 S.W.2d 851, error refused, n.r.e.

§ 1-205. Course of Dealing and Usage of Trade.

(1) A course of dealing is a sequence of previous conduct between the parties to a particular transaction which is fairly to be regarded as establishing a common basis of understanding for interpreting their expressions and other conduct.

(2) A usage of trade is any practice or method of dealing having such regularity of observance in a place, vocation or trade as to justify an expectation that it will be observed with respect to the transaction in question. The existence and scope of such a usage are to be proved as facts. If it is established that such a usage is embodied in a written trade code or similar writing the interpretation of the writing is for the court.

(3) A course of dealing between parties and any usage of trade in the vocation or trade in which they are engaged or of which they are or should be aware give particular meaning to and supplement or qualify terms of an agreement.

(4) The express terms of an agreement and an applicable course of dealing or usage of trade shall be construed wherever reasonable as consistent with each other; but when such construction is unreasonable express terms control both course of dealing and usage of trade and course of dealing controls usage of trade.

(5) An applicable usage of trade in the place where any part of performance is to occur shall be used in interpreting the agreement as to that part of the performance.

(6) Evidence of a relevant usage of trade offered by one party is not admissible unless and until he has given the other party such notice as the court finds sufficient to prevent unfair surprise to the latter.

Official Comment

Prior Uniform Statutory Provision: No such general provision but see Sections 9(1), 15(5), 18(2), and 71, Uniform Sales Act.

Purposes: This section makes it clear that:

1. This Act rejects both the "lay-dictionary" and the "conveyancer's" reading of a commercial agreement. Instead the meaning of the agreement of the parties

is to be determined by the language used by them and by their action, read and interpreted in the light of commercial practices and other surrounding circumstances. The measure and background for interpretation are set by the commercial context which may explain and supplement even the language of a formal or final writing.

2. Course of dealing under subsection (1) is restricted, literally, to a sequence of

PART 3

GENERAL OBLIGATION AND CONSTRUCTION OF CONTRACT

§ 2-301. General Obligations of Parties.

The obligation of the seller is to transfer and deliver and that of the buyer is to accept and pay in accordance with the contract.

Official Comment

Prior Uniform Statutory Provision: Sections 11 and 41, Uniform Sales Act.

Changes: Rewritten.

Purposes of Changes:

This section uses the term "obligation" in contrast to the term "duty" in order to provide for the "condition" aspects of delivery and payment insofar as they are not modified by other sections of this Article such as those on cure of tender. It thus replaces not only the general provisions of the Uniform Sales Act on the parties' duties, but also the general provisions of that Act on the effect of conditions. In order to determine what is "in accordance with the contract" under this Article usage

of trade, course of dealing and performance, and the general background of circumstances must be given due consideration in conjunction with the lay meaning of the words used to define the scope of the conditions and duties.

Cross References:

Section 1-106. See also Sections 1-205, 2-208, 2-209, 2-508 and 2-612.

Definitional Cross References:

"Buyer". Section 2-103.

"Contract". Section 1-201.

"Party". Section 1-201.

"Seller". Section 2-103.

Law Review and Journal Commentaries

Acquiring an historical understanding of duties to disclose, fraud, and warranties. Sheldon Gardner. 104 Com.LJ 168 (1999).

How the Cheyenne Indians Wrote Article 2 of the Uniform Commercial Code. David Ray Papke. 47 Buff.L.Rev. 1457 (1999).

Interpretation of contract. Edward J. Murphy. 156 N.Y.L.J. 1 (Sept. 21, 1966).

Introduction to articles 2 (sales) and 6 (bulk transfers); guidelines and warnings for the practitioner. D. J. Rapson. 35 N.Y.St.B.J. 417 (Oct. 1963).

Obligations of parties to sales of goods under the Code. Reed T. Phalan. 62 Dick.L.Rev. 235 (Mar. 1958).

Panacea or nightmare? Leases in article 2. Amelia H. Boss. 64 B.U.L.Rev. 39 (1984).

Public and private rights and remedies. Philip K. Maxwell. 8 St.Mary's L.J. 617 (1977).

Reclamation of goods by buyer or seller in cases of insolvency. 1962 U.Ill.L.F. 434 (Fall 1962).

Rights and remedies under the Code. Stanley V. Kinyon. 53 Minn.L.Rev. 729 (March 1969).

Sales law in Iowa under the Code. Alphonse M. Squillante. 20 Drake L.Rev. 1 (1970).

Why Article 2 cannot apply to software transactions. Lorin Brennan. 38 Duq.L.Rev. 459 (2000).

Library References

Sales ¶150, 177, 183.
Westlaw Topic No. 343.

C.J.S. Sales §§ 151, 157 to 158, 162, 167 to 169, 176, 189, 194, 197 to 198, 208 to 209.

Westlaw Electronic Research

See Westlaw Electronic Research Guide following the Preface.

334

Notes of Decisions

Generally 1
Acceptance and payment, obligation of buyer 6
Burden of proof 12
Condition precedent 9
Fiduciary duty 10
Fraud 8
Jury questions 15
Litigation expenses 11
Obligation of buyer 4-6
In general 4
Acceptance and payment 6
Payment of salvage value 5
Obligation of seller 2, 3
In general 2
Transfer and delivery 3
Payment of salvage value, obligation of buyer 5
Privilege of first refusal 7
Questions of law 14
Transfer and delivery, obligation of seller 3
Weight and sufficiency of evidence 13

1. Generally

In contracts for the sale of goods, the seller must make timely delivery and transfer goods to the buyer, while the buyer has a duty to accept the goods and pay the seller. *Atwood-Kellogg, Inc. v. Nickeson Farms*, S.D.1999, 602 N.W.2d 749, 1999 SD 148. Sales ¶ 150(1); Sales ¶ 177; Sales ¶ 183

2. Obligation of seller—In general

Soft drink bottlers' contracts with syrup supplier, requiring supplier to provide them with "standard syrup," required supplier to provide bottlers with sugar-sweetened syrup, rather than syrup sweetened with high fructose corn syrup (HFCS), although 97% of soft drink bottlers had agreed to contract under which supplier would provide HFCS-sweetened syrup; parties' prior dealings and 1920 consent decree indicated that parties intended syrup to be sweetened with sugar and that "standard" referred to quality of syrup, not to differences in particular ingredients used. *Coca-Cola Bottling Co. of Elizabethtown, Inc. v. Coca-Cola Co.*, C.A.3 (Del.) 1993, 988 F.2d 386, certiorari denied 114 S.Ct. 289, 510 U.S. 908, 126 L.Ed.2d 239. Sales ¶ 69

Evidence supported district court's determination that seller of business assets adequately disclosed SBA loan secured by lien on inventory and accounts receivable, pursuant to terms of sales agreement. *Northern Heel Corp. v. Compo Industries, Inc.*, C.A.1 (N.H.) 1988, 851 F.2d 456. Sales ¶ 52(7)

Where manufacturer of jeans failed to advise operators of retail clothing stores of internal credit limitation placed upon retailers' account, and manufacturer's salesmen wrote up orders which substantially exceeded that limitation, such credit limitation was of no legal significance, and manufacturer could not plead that limitation as justification for a refusal to recognize contractual obligations. *Carl Wagner and Sons v. Appendagez, Inc.*, S.D.N.Y.1980, 485 F.Supp. 762. Sales ¶ 172

Under Pennsylvania Uniform Commercial Code, upon the approval of financing for sale of air structures for covering outdoor tennis courts to owner and operator of such courts on October 28, seller's promise to complete installation of the air structures by November 15 became an unconditional obligation. *Tennisland, Inc. v. Precision Tennis Systems, Inc.*, W.D.Pa.1977, 437 F.Supp. 339. Sales ¶ 56

Daily calls made by buyer to seller to inform seller of the amount of liquid oxygen or nitrogen which buyer would need that day were sufficient to invoke seller's duty to make product available for buyer's purchase under contract which called for buyer to purchase a specified minimum amount from seller each month and for seller to make a specified maximum amount available for purchase each month. *Chemetron Corp. v. McLouth Steel Corp.*, N.D.Ill.1974, 381 F.Supp. 245, affirmed 522 F.2d 469. Sales ¶ 152

When material representations, true when made under executory contract, become false before execution of the bargain there is duty on seller to disclose the substantial change. *Beech Aircraft Corp. v. Flexible Tubing Corp.*, D.C.Conn.1967, 270 F.Supp. 548. Sales ¶ 38(5)

Forward crop contracts between farmer and grain dealer, when construed as whole, obligated farmer to deliver fixed number of pounds of sunflower seeds and not actual production from specified number of acres seeded. *Red River Commodities, Inc. v. Eidsness*, N.D.1990, 459 N.W.2d 811. Sales ¶ 71(1)

The law regards parties as being competent to contract as they see fit with respect to satisfactory character of equipment sold, and the seller assumes the hazard of rendering performance according to the terms of the contract. *Maas v. Scoboda*, Neb.1972, 195 N.W.2d 491, 188 Neb. 189. Sales ¶ 166(1)

Defendant breached its contract of sale with plaintiff when, though agreeing to supply plaintiff with furniture that conformed to a floor sample ordered by plaintiff, defendant delivered furniture after a long delay that did not conform

335

the state of Rhode Island, the maker of an express warranty shall provide for means of such warranty repair or service performed within the state of Rhode Island.

"This shall not be construed to exclude use of facilities outside the state of Rhode Island where acceptable to all parties.

"5. Service Information and Parts Availability. Any manufacturer selling in this state must have adequate service information and replacement parts available to warranty stations and independent service facilities, to effect repair and restore to operating condition. Said service information and parts availability shall continue for a period of not less than four (4) years from the date of last sale of any given model or type. Said service information and parts shall be available within the state of Rhode Island.

"6. Penalties. Any person, firm or corporation failing to comply with any provision of this section shall be liable for a fine of twenty-five dollars (\$25.00) a day for every day of non-compliance and/or be liable to the consumer for replacement of the item to be repaired. Prosecution under the provisions of this section shall be brought by the attorney general's department in the appropriate division of the district court of the state of Rhode Island.

"7. Severability of Provisions. If any provision of this section, or application thereof to any person or circumstances, is held unconsti-

tutional or otherwise invalid, the remaining provisions of this section and the application of such provisions to other persons or circumstances, other than those to which it is held invalid, shall not be affected thereby."

South Dakota. Adds sections as follows:

"57A-2-315.1. Implied warranties—Exclusion of sales of blood, blood plasma, human tissue or organs as medical services.

"The implied warranties of merchantability and fitness shall not be applicable, so far as the transmission of certain infectious diseases, such as viral hepatitis, cytomegalovirus, human immunodeficiency virus, malaria and syphilis, and potential immunologic reactions, which diseases and reactions cannot be detected by standard testing are concerned, to a contract for the sale of human blood, blood components, or other human tissue or organs from a blood bank or reservoir of such other tissue or organs. Blood, blood components or tissue or organs shall not for purposes of this chapter be considered commodities subject to sale or barter, but shall be considered as medical services."

"57A-2-316.1. Cattle, hogs and sheep

"No implied warranty as to disease. Notwithstanding § 57A-2-316, there is no implied warranty on the sale of cattle, hogs, or sheep that such cattle, hogs, or sheep are free from disease."

TITLE, CREDITORS AND GOOD FAITH PURCHASERS

§ 2-401. Passing of Title; Reservation for Security; Limited Application of this Section.

Each provision of this Article with regard to the rights, obligations and remedies of the seller, the buyer, purchasers or other third parties applies irrespective of title to the goods except where the provision refers to such title. Insofar as situations are not covered by the other provisions of this Article and matters concerning title become material the following rules apply:

(1) Title to goods cannot pass under a contract for sale prior to their identification to the contract (Section 2-501), and unless otherwise explicitly agreed the buyer acquires by their identification a special property as limited by this Act. Any retention or reservation by the seller of the title (property) in goods shipped or delivered to the buyer is limited in effect to a reservation of a security interest. Subject to these provisions and to the provisions of the Article on Secured Transactions (Article 9), title to goods passes from the seller to the buyer in any manner and on any conditions explicitly agreed on by the parties.

(2) Unless otherwise explicitly agreed title passes to the buyer at the time and place at which the seller completes his performance with reference to the physical delivery of the goods, despite any reservation of a security interest and even though a document of title is to be delivered at a different time or place; and in particular and despite any reservation of a security interest by the bill of lading

- (a) if the contract requires or authorizes the seller to send the goods to the buyer but does not require him to deliver them at destination, title passes to the buyer at the time and place of shipment; but
- (b) if the contract requires delivery at destination, title passes on tender there.

(3) Unless otherwise explicitly agreed where delivery is to be made without moving the goods,

- (a) if the seller is to deliver a document of title, title passes at the time when and the place where he delivers such documents; or
- (b) if the goods are at the time of contracting already identified and no documents are to be delivered, title passes at the time and place of contracting.

(4) A rejection or other refusal by the buyer to receive or retain the goods, whether or not justified, or a justified revocation of acceptance reverts title to the goods in the seller. Such reversion occurs by operation of law and is not a "sale".

UNIFORM LAWS ANNOTATED
UNIFORM COMMERCIAL CODE
ARTICLE 2. SALES
PART 3. GENERAL OBLIGATION AND CONSTRUCTION OF CONTRACT

Copr. (C) West Group 2003. All rights reserved. Official Text and Comments
Reproduced with Permission of the National Conference of Commissioners
on Uniform State Laws and The American Law Institute.
Current through 2002 annual meetings of the National Conference
of Commissioner on Uniform State Laws and American Law Institute

§ 2-319. F.O.B. and F.A.S. Terms.

(1) Unless otherwise agreed the term F.O.B. (which means "free on board") at a named place, even though used only in connection with the stated price, is a delivery term under which

(a) when the term is F.O.B. the place of shipment, the seller must at that place ship the goods in the manner provided in this Article (Section 2-504) and bear the expense and risk of putting them into the possession of the carrier; or

(b) when the term is F.O.B. the place of destination, the seller must at his own expense and risk transport the goods to that place and there tender delivery of them in the manner provided in this Article (Section 2-503);

(c) when under either (a) or (b) the term is also F.O.B. vessel, car or other vehicle, the seller must in addition at his own expense and risk load the goods on board. If the term is F.O.B. vessel the buyer must name the vessel and in an appropriate case the seller must comply with the provisions of this Article on the form of bill of lading (Section 2-323).

(2) Unless otherwise agreed the term F.A.S. vessel (which means "free alongside") at a named port, even though used only in connection with the stated price, is a delivery term under which the seller must

(a) at his own expense and risk deliver the goods alongside the vessel in the manner usual in that port or on a dock designated and provided by the buyer; and

(b) obtain and tender a receipt for the goods in exchange for which the carrier is under a duty to issue a bill of lading.

(3) Unless otherwise agreed in any case falling within subsection (1)(a) or (c) or subsection (2) the buyer must seasonably give any needed instructions for making delivery, including when the term is F.A.S. or F.O.B. the loading berth of the vessel and in an appropriate case its name and sailing date. The seller may treat the failure of needed instructions as a failure of cooperation under this Article (Section 2-311). He may also at his option move the goods in any reasonable manner preparatory to delivery or shipment.

(4) Under the term F.O.B. vessel or F.A.S. unless otherwise agreed the buyer must make payment against tender of the required documents and the seller may not tender nor the buyer demand delivery of the goods in substitution for the documents.

Unif. Commercial Code § 2-319

ULA UCC § 2-319

Copr. © West 2003 No Claim to Orig. U.S. Govt. Works

**UNIFORM LAWS ANNOTATED
UNIFORM COMMERCIAL CODE
ARTICLE 2. SALES
PART 3. GENERAL OBLIGATION AND CONSTRUCTION OF CONTRACT**

Copr. (C) West Group 2003. All rights reserved. Official Text and Comments
Reproduced with Permission of the National Conference of Commissioners
on Uniform State Laws and The American Law Institute.
Current through 2002 annual meetings of the National Conference
of Commissioner on Uniform State Laws and American Law Institute

§ 2-320. C.I.F. and C. & F. Terms.

(1) The term C.I.F. means that the price includes in a lump sum the cost of the goods and the insurance and freight to the named destination. The term C. & F. or C.F. means that the price so includes cost and freight to the named destination.

(2) Unless otherwise agreed and even though used only in connection with the stated price and destination, the term C.I.F. destination or its equivalent requires the seller at his own expense and risk to

(a) put the goods into the possession of a carrier at the port for shipment and obtain a negotiable bill or bills of lading covering the entire transportation to the named destination; and

(b) load the goods and obtain a receipt from the carrier (which may be contained in the bill of lading) showing that the freight has been paid or provided for; and

(c) obtain a policy or certificate of insurance, including any war risk insurance, of a kind and on terms then current at the port of shipment in the usual amount, in the currency of the contract, shown to cover the same goods covered by the bill of lading and providing for payment of loss to the order of the buyer or for the account of whom it may concern; but the seller may add to the price the amount of the premium for any such war risk insurance; and

(d) prepare an invoice of the goods and procure any other documents required to effect shipment or to comply with the contract; and

(e) forward and tender with commercial promptness all the documents in due form and with any indorsement necessary to perfect the buyer's rights.

(3) Unless otherwise agreed the term C. & F. or its equivalent has the same effect and imposes upon the seller the same obligations and risks as a C.I.F. term except the obligation as to insurance.

(4) Under the term C.I.F. or C. & F. unless otherwise agreed the buyer must make payment against tender of the required documents and the seller may not tender nor the buyer demand delivery of the goods in substitution for the documents.

<General Materials (GM) - References, Annotations, or Tables>

OFFICIAL COMMENT

Copr. © West 2003 No Claim to Orig. U.S. Govt. Works

FOR EDUCATIONAL USE ONLY Unif.Commercial Code § 2-321UNIFORM LAWS ANNOTATED
UNIFORM COMMERCIAL CODE
ARTICLE 2. SALESPART 3. GENERAL OBLIGATION AND CONSTRUCTION OF CONTRACT
Copr. (C) West Group 2003. All rights reserved. Official Text and Comments
Reproduced with Permission of the National Conference of Commissioners
on Uniform State Laws and The American Law Institute.
Current through 2002 annual meetings of the National Conference
of Commissioner on Uniform State Laws and American Law Institute

§ 2-321. C.I.F. or C. & F.: "Net Landed Weights"; "Payment on Arrival"; Warranty of Condition on Arrival.

Under a contract containing a term C.I.F. or C. & F.

(1) Where the price is based on or is to be adjusted according to "net landed weights", "delivered weights", "out turn" quantity or quality or the like, unless otherwise agreed the seller must reasonably estimate the price. The payment due on tender of the documents called for by the contract is the amount so estimated, but after final adjustment of the price a settlement must be made with commercial promptness.

(2) An agreement described in subsection (1) or any warranty of quality or condition of the goods on arrival places upon the seller the risk of ordinary deterioration, shrinkage and the like in transportation but has no effect on the place or time of identification to the contract for sale or delivery or on the passing of the risk of loss.

(3) Unless otherwise agreed where the contract provides for payment on or after arrival of the goods the seller must before payment allow such preliminary inspection as is feasible; but if the goods are lost delivery of the documents and payment are due when the goods should have arrived.

<General Materials (GM) - References, Annotations, or Tables>

OFFICIAL COMMENT

1989 Main Volume

Prior Uniform Statutory Provision: None.

Purposes:

This section deals with two variations of the C.I.F. contract which have evolved in mercantile practice but are entirely consistent with the basic C.I.F. pattern. Subsections (1) and (2), which provide for a shift to the seller of the risk of quality and weight deterioration during shipment, are designed to conform the law to the best mercantile practice and usage without changing the legal consequences of the C.I.F. or C. & F. term as to the passing of marine risks to the buyer at the point of shipment. Subsection (3) provides that where under the contract documents are to be presented for payment after arrival of the goods, this amounts merely to a postponement of the payment under the C.I.F. contract and is not to be confused with the "no arrival, no sale" contract. If the goods are lost, delivery of the documents and payment against them are due when the goods should have arrived. The clause for payment on or after arrival is not to be construed as such a condition precedent to payment that if the goods are lost in transit the buyer need never pay and the seller must bear the loss.

Cross Reference:
Section 2-324.

FOR EDUCATIONAL USE ONLY Unif.Commercial Code § 2-322

UNIFORM LAWS ANNOTATED
UNIFORM COMMERCIAL CODE
ARTICLE 2. SALES

PART 3. GENERAL OBLIGATION AND CONSTRUCTION OF CONTRACT
Copr. (C) West Group 2003. All rights reserved. Official Text and Comments
Reproduced with Permission of the National Conference of Commissioners
on Uniform State Laws and The American Law Institute.
Current through 2002 annual meetings of the National Conference
of Commissioner on Uniform State Laws and American Law Institute

§ 2-322. Delivery "Ex-Ship".

(1) Unless otherwise agreed a term for delivery of goods "ex-ship" (which means from the carrying vessel) or in equivalent language is not restricted to a particular ship and requires delivery from a ship which has reached a place at the named port of destination where goods of the kind are usually discharged.

(2) Under such a term unless otherwise agreed

(a) the seller must discharge all liens arising out of the carriage and furnish the buyer with a direction which puts the carrier under a duty to deliver the goods; and

(b) the risk of loss does not pass to the buyer until the goods leave the ship's tackle or are otherwise properly unloaded.

<General Materials (GM) - References, Annotations, or Tables>

OFFICIAL COMMENT

1989 Main Volume

Prior Uniform Statutory Provision: None.

Purposes:

1. The delivery term, "ex ship", as between seller and buyer, is the reverse of the f.a.s. term covered.

2. Delivery need not be made from any particular vessel under a clause calling for delivery "ex ship", even though a vessel on which shipment is to be made originally is named in the contract, unless the agreement by appropriate language, restricts the clause to delivery from a named vessel.

3. The appropriate place and manner of unloading at the port of destination depend upon the nature of the goods and the facilities and usages of the port.

4. A contract fixing a price "ex ship" with payment "cash against documents" calls only for such documents as are appropriate to the contract. Tender of a delivery order and of a receipt for the freight after the arrival of the carrying vessel is adequate. The seller is not required to tender a bill of lading as a document of title nor is he required to insure the goods for the buyer's benefit, as the goods are not at the buyer's risk during the voyage.

Cross Reference:

Point 1: Section 2-319(2).

Definitional Cross References:

"Buyer". Section 2-103.

"Goods". Section 2-105.

"Seller". Section 2-103.

FOR EDUCATIONAL USE ONLY Unif. Commercial Code § 2-323UNIFORM LAWS ANNOTATED
UNIFORM COMMERCIAL CODE

ARTICLE 2. SALES

PART 3. GENERAL OBLIGATION AND CONSTRUCTION OF CONTRACT

Copr. (C) West Group 2003. All rights reserved. Official Text and Comments
Reproduced with Permission of the National Conference of Commissioners
on Uniform State Laws and The American Law Institute.
Current through 2002 annual meetings of the National Conference
of Commissioner on Uniform State Laws and American Law Institute

§ 2-323. Form of Bill of Lading Required in Overseas Shipment; "Overseas".

(1) Where the contract contemplates overseas shipment and contains a term C.I.F. or C. & F. or F.O.B. vessel, the seller unless otherwise agreed must obtain a negotiable bill of lading stating that the goods have been loaded on board or, in the case of a term C.I.F. or C. & F., received for shipment.

(2) Where in a case within subsection (1) a bill of lading has been issued in a set of parts, unless otherwise agreed if the documents are not to be sent from abroad the buyer may demand tender of the full set; otherwise only one part of the bill of lading need be tendered. Even if the agreement expressly requires a full set

(a) due tender of a single part is acceptable within the provisions of this Article on cure of improper delivery (subsection (1) of Section 2-508); and

(b) even though the full set is demanded, if the documents are sent from abroad the person tendering an incomplete set may nevertheless require payment upon furnishing an indemnity which the buyer in good faith deems adequate.

(3) A shipment by water or by air or a contract contemplating such shipment is "overseas" insofar as by usage of trade or agreement it is subject to the commercial, financing or shipping practices characteristic of international deep water commerce.

<General Materials (GM) - References, Annotations, or Tables>

OFFICIAL COMMENT

1989 Main Volume

Prior Uniform Statutory Provision: None.

Purposes:

1. Subsection (1) follows the "American" rule that a regular bill of lading indicating delivery of the goods at the dock for shipment is sufficient, except under a term "F.O.B. vessel." See Section 2-319 and comment thereto.
2. Subsection (2) deals with the problem of bills of lading covering deep water shipments, issued not as a single bill of lading but in a set of parts, each part referring to the other parts and the entire set constituting in commercial practice and at law a single bill of lading. Commercial practice in international commerce is to accept and pay against presentation of the first part of a set if the part is sent from overseas even though the contract of the buyer requires presentation of a full set of bills of lading provided adequate indemnity for the missing parts is forthcoming. This subsection codifies that practice as between buyer and seller. Article 5 (Section 5-113) authorizes banks presenting drafts under letters of credit to give indemnities against the missing parts, and this subsection means that the buyer must accept and act on such indemnities if he in good faith deems them adequate. But neither this subsection nor Article 5 decides whether a bank

§ 2-403

Note 28

because dealer was estopped from asserting his proper title under third in that purchasers were bona fide purchasers. United Road Machinery Co. v. Jasper, Ky.App.1978, 568 S.W.2d 242.

29. Burden of proof

Burden of proving buyer in ordinary-course-of-business status rests with party claiming such status. In re Air Vermont, Inc., Bkrtcy. Vt.1984, 44 B.R. 433.

Burden is on buyer, who buys from a subsequent seller and who seeks to terminate original seller's reclamation rights, to prove that such buyer was a purchaser, purchased in good faith and gave value. Landrum v. Armbruster, 1976, 220 S.E.2d 842, 28 N.C.App. 250.

Where fraud in original transfer of motor vehicle is shown, subsequent purchaser has burden of proving that he was in fact bona fide purchaser. Landshire Food Service, Inc. v. Coghill, Mo.App.1986, 709 S.W.2d 509.

30. Admissibility of evidence

It was not abuse of discretion to admit into evidence, letters which along with testimony of witnesses, tended to show relationship between stockholder, corporation in which he held stock, and corporation which was in position of merchant entrusted with goods in which it customarily deals, along with knowledge, of that relationship, on part of corporation which was in position similar to buyer in ordinary course of business. Masson Cheese Corp. v. Valley Lea Dairies, Inc., Ind.App. 3 Dist.1980, 411 N.E.2d 716.

In bailor's replevin and conversion action against buyer of bailed goods, evidence about alleged prior sale of the goods to buyer's seller from another company was relevant to buyer's defense of entrustment. Standard Leasing Corp. v. Missouri Rock Co., Inc., Mo.App.1985, 693 S.W.2d 232.

ADDITIONAL SECTIONS INCLUDED IN PART 4 OF ARTICLE 2 OF THE CODES OF CERTAIN JURISDICTIONS WHICH ARE NOT CONTAINED IN THE OFFICIAL TEXT

Oregon. Adds a section as follows: "72.4005 Definitions for ORS 72.4010 and 72.4030. As used in ORS 72.4010 and 72.4030,

'draft,' 'check,' 'certificate of deposit' and 'note' have the meaning for those terms provided in ORS 73.1040."

UNIFORM COMMERCIAL CODE

31. Question of fact

In conversion action, whether farmer who sold cattle in which he had only a lessee's interest was a "merchant" within meaning of Code section providing that a merchant in possession of property has power to transfer ownership to a buyer in the ordinary course of business was an issue of fact, not of law, and therefore was properly submitted to jury since reasonable minds could have drawn different inferences from the facts. Bauer v. Curran, Iowa 1984, 360 N.W.2d 88.

Under the subjective test of the Uniform Commercial Code, question of whether low price of automobile was sufficient to put buyers on constructive notice that the seller, who had been entrusted with car by owner for sale at higher price, did not really own it was for jury in owner's action to recover the vehicle. Karibian v. Paletta, 1983, 332 N.W.2d 484, 122 Mich.App. 353.

Whether or not a purchaser had notice of an outstanding claim or was buying in good faith is a factual determination. Cooper v. Pacific Auto. Ins. Co., 1979, 603 P.2d 281, 95 Nev. 798.

Even when a transferee of goods is not a good-faith purchaser, issue must be put to jury whether subsequent transferee who takes goods from transferee with voidable title can still obtain voidable title. Ledbetter v. Darwin Dobbs Co., Inc., Ala.Civ.App.1985, 473 So.2d 197.

In suit in which plaintiff claimed that defendants converted plaintiff's coal, and in which defendants counterclaimed, alleging that plaintiff had earlier converted their coal, whether plaintiff, who admittedly was a buyer in ordinary course of business, was a good-faith purchaser without knowledge that sale to him was in violation of the true owners' rights was an issue of fact, and thus properly submitted to the jury. Wyatt Oil Co., Inc. v. Madden Coal Co., Inc., Ala.1984, 455 So.2d 834.

Special Property: Property that the holder has only a qualified, Temporary, or Limited interest in, such as bailed property (from a bailee's PART 5 standpoint). →

PERFORMANCE

§ 2-501. Insurable Interest in Goods; Manner of Identification of Goods.

(1) The buyer obtains a special property and an insurable interest in goods by identification of existing goods as goods to which the contract refers even though the goods so identified are non-conforming and he has an option to return or reject them. Such identification can be made at any time and in any manner explicitly agreed to by the parties. In the absence of explicit agreement identification occurs

- (a) when the contract is made if it is for the sale of goods already existing and identified;
- (b) if the contract is for the sale of future goods other than those described in paragraph (c), when goods are shipped, marked or otherwise designated by the seller as goods to which the contract refers;
- (c) when the crops are planted or otherwise become growing crops or the young are conceived if the contract is for the sale of unborn young to be born within twelve months after contracting or for the sale of crops to be harvested within twelve months or the next normal harvest season after contracting whichever is longer.

(2) The seller retains an insurable interest in goods so long as title to or any security interest in the goods remains in him and where the identification is by the seller alone he may until default or insolvency or notification to the buyer that the identification is final substitute other goods for those identified.

(3) Nothing in this section impairs any insurable interest recognized under any other statute or rule of law.

Official Comment

Prior Uniform Statutory Provision: See Sections 17 and 19, Uniform Sales Act.

Purposes:

1. The present section deals with the manner of identifying goods to the contract so that an insurable interest in the buyer and the rights set forth in the next section will accrue. Generally speaking, identification may be made in any manner "explicitly agreed to" by the parties. The rules of paragraphs (a), (b) and (c) apply only in the absence of such "explicit agreement".

2. In the ordinary case identification of particular existing goods as goods to which the contract refers is unambiguous and may occur in one of many ways. It is possible, however, for the identification to be tentative or contingent. In view of the limited effect given to identification by this Article, the general policy is to resolve all doubts in favor of identification.

3. The provision of this section as to "explicit agreement" clarifies the present confusion in the law of sales which has arisen from the fact that under prior uniform legislation all rules of presumption

Law Review Commentaries

Advance payments in contracts for sale of manufactured goods. Richard E. Spedel. 52 Calif.L.Rev. 281 (1964).

An insolvent seller's possession of goods sold. 104 U.Pa.L.Rev. 91 (Oct. 1955).

Bankruptcy environment and the Code. Norman R. Newman. 15 Fract.Law. 67 (Jan. 1969).

Buyer's insurable interest in goods. John M. Stockton. 17 Vand.L.Rev. 815, 827 (June 1964).

Current problems in the sales area. Lawrence P. King. 2 U.C.C.Law Journal 228 (Winter 1970).

Effect of Uniform Commercial Code upon bankruptcy law and procedure. Harry R. Levy. 60 Com.L.J. 9 (Jan. 1955).

Impact of the New Bankruptcy Code on Article 2 sales. Nathan Levy, Jr. 14 UCC L.J. 307 (1982).

Insolvency of seller under the Code. Report of California State Bar Committee on Commercial Code. 37 Calif.State Bar J. 151 (1962).

Overview of buyers' damage remedies. Roy Ryden Anderson. 21 UCC L.J. 28 (1988).

Prepaying buyer: Second class citizenship under this Article. Irving A. Gordon. 63 N.W.L.Rev. 565 (Nov.-Dec. 1968).

Reclamation of goods by buyer or seller in cases of insolvency. Ill.L.Rev. 434 (Fall 1962).

Reclamation of goods sold by a bankrupt seller. Frank R. Kennedy. 14 Rutgers L.Rev. 556 (Spring 1960).

Remedy provisions of this Article. Lawrence R. Small. 4 Gonzaga L.Rev. 176 (Spring 1969).

Right to recover goods upon insolvency under the Code. 79 Harvard L.Rev. 598, 601 (Jan. 1966).

Seller's and buyer's remedies. John M. Stockton. 20 Ala.Law 369 (Oct. 1959).

Title and rights to possession under the Code. Hal M. Smith. 10 Boston College L.Rev. 39 (Fall 1968).

Library References

American Digest System

Rights of buyer as against creditors of seller, see Sales §-2301.

Encyclopedias

Rights of buyer as against creditors of seller, see C.J.S. Sales § 281.

WESTLAW Electronic Research

See WESTLAW guide following the Explanation pages of this volume.

Notes of Decisions

Generally 1
Particular cases 2

1. Generally

Purpose of requirement of identification of goods sold is to determine point in time when buyer has insurable interest in goods or special property interest that has relevance in variety of contexts, such as when goods are lost or seller becomes insolvent prior to delivery, and, in light of narrow objective, general policy is to resolve all doubts in favor of identification. *Martin Marietta Corp. v. New Jersey Nat. Bank*, C.A.N.J.1979, 612 F.2d 745, on remand 505 F.Supp. 946.

If goods seized by secured party have been identified to contract of sale between buyer

and seller, buyer obtains special property in goods which, even though he has not yet accepted goods, gives him right of action against secured party who causes actionable injury in dealing with goods. *Carey Aviation, Inc. v. Giles World Marketing, Inc.*, D.C.Mass.1985, 46 B.R. 458.

2. Particular cases

Where microfilming company and colleges agreed upon exchange of colleges' books for microfilms, and books were delivered to company but only some of microfilms were delivered to colleges when it was discovered that company had been insolvent prior to delivery of books to company, colleges could not as buyer of microfilms recover any intended for them but undelivered and held by receiver.

under statute providing that buyer who had paid part or all of price of goods in which he has special property under other statutes may, on making and keeping good tender of any unpaid portion of price, recover same from seller if seller becomes insolvent within ten days after receipt of first installment of price. *First Citizens Bank & Trust Co. v. Academic Archives, Inc.*, 1971, 179 S.E.2d 850, 10 N.C.App. 619.

§ 2-503. Manner of Seller's Tender of Delivery.

(1) Tender of delivery requires that the seller put and hold conforming goods at the buyer's disposition and give the buyer any notification reasonably necessary to enable him to take delivery. The manner, time and place for tender are determined by the agreement and this Article, and in particular

- (a) tender must be at a reasonable hour, and if it is of goods they must be kept available for the period reasonably necessary to enable the buyer to take possession; but
- (b) unless otherwise agreed the buyer must furnish facilities reasonably suited to the receipt of the goods.

(2) Where the case is within the next section respecting shipment tender requires that the seller comply with its provisions.

(3) Where the seller is required to deliver at a particular destination tender requires that he comply with subsection (1) and also in any appropriate case tender documents as described in subsections (4) and (5) of this section.

(4) Where goods are in the possession of a bailee and are to be delivered without being moved

- (a) tender requires that the seller either tender a negotiable document of title covering such goods or procure acknowledgment by the bailee of the buyer's right to possession of the goods; but
- (b) tender to the buyer of a non-negotiable document of title or of a written direction to the bailee to deliver is sufficient tender unless the buyer seasonably objects, and receipt by the bailee of notification of the buyer's rights fixes those rights as against the bailee and all third persons; but risk of loss of the goods and of any failure by the bailee to honor the non-negotiable document of title or to obey the direction remains on the seller until the buyer has had a reasonable time to present the document or direction; and a refusal by the bailee to honor the document or to obey the direction defeats the tender.

(5) Where the contract requires the seller to deliver documents

- (a) he must tender all such documents in correct form, except as provided in this Article with respect to bills of lading in a set (subsection (2) of Section 2-323); and
- (b) tender through customary banking channels is sufficient and dishonor of a draft accompanying the documents constitutes non-acceptance or rejection.

Co. v. Dunlop Tire & Rubber Corp., Tex.Civ. App.1977, 550 S.W.2d 129.

14. Waiver

Waiver of right to delivery of goods must be unequivocal, and plaintiff failed to prove that alleged buyer's agent's alleged assent to delivery at jobsite constituted waiver of requirement of absolute delivery to defendant or duly authorized agent. National Plumbing Supply Corp. v. Castellano, 1983, 460 N.Y.S.2d 248, 118 Misc.2d 150.

15. Instructions

Owner of construction company charged with theft as result of his resale of interchangeable component parts to metal building which had already been sold to another purchaser

and acceptance sections of Uniform Commercial Code, and failure to give instruction was reversible error warranting new trial, where owner contended that first purchaser had not requested delivery of building, and owner had other identical metal roofing sheets in inventory during all relevant time periods. State v. Kraft, N.D.1987, 413 N.W.2d 303.

In action to recover payment for plumbing materials, it was not necessary for trial court to instruct an essential element of delivery "to the proper party or an agent thereof," since identity of person accepting goods was immaterial to question of whether there was a delivery. Noland Co., Inc. v. Poovey, 1981, 282 S.E.2d 813, 304 N.C. 728, on rehearing 295 S.E.2d 238, 58 N.C.App. 800.

§ 2-504. Shipment by Seller.

Where the seller is required or authorized to send the goods to the buyer and the contract does not require him to deliver them at a particular destination, then unless otherwise agreed he must

- (a) put the goods in the possession of such a carrier and make such a contract for their transportation as may be reasonable having regard to the nature of the goods and other circumstances of the case; and
- (b) obtain and promptly deliver or tender in due form any document necessary to enable the buyer to obtain possession of the goods or otherwise required by the agreement or by usage of trade; and
- (c) promptly notify the buyer of the shipment.

Failure to notify the buyer under paragraph (c) or to make a proper contract under paragraph (a) is a ground for rejection only if material delay or loss ensues.

Official Comment

Prior Uniform Statutory Provision: Section 46, Uniform Sales Act.

Changes: Rewritten.

Purposes of Changes: To continue the general policy of the prior uniform statutory provision while incorporating certain modifications with respect to the requirement that the contract with the carrier be made expressly on behalf of the buyer and as to the necessity of giving notice of the shipment to the buyer, so that:

1. The section is limited to "shipment" contracts as contrasted with "destination"

contracts or contracts for delivery at the place where the goods are located. The general principles embodied in this section cover the special cases of F.O.B. point of shipment contracts and C.I.F. and C. & F. contracts. Under the preceding section on manner of tender of delivery, due tender by the seller requires that he comply with the requirements of this section in appropriate cases.

2. The contract to be made with the carrier under paragraph (a) must conform to all express terms of the agreement, subject to any substitution necessary because of failure of agreed facilities as provided in the inter provision on sub-

the policies of this Article on good faith and commercial standards and on buyer's rights on improper delivery, the requirements of explicit provisions must be read in terms of their commercial and not their literal meaning. This policy is made express with respect to bills of lading in a set in the provision of this Article on form of bills of lading required in overseas shipment.

3. In the absence of agreement, the provision of this Article on options and cooperation respecting performance gives the seller the choice of any reasonable carrier, routing and other arrangements. Whether or not the shipment is at the buyer's expense the seller must see to any arrangements, reasonable in the circumstances, such as refrigeration, watering of live stock, protection against cold, the sending along of any necessary help, selection of specialized cars and the like for paragraph (a) is intended to cover all necessary arrangements whether made by contract with the carrier or otherwise. There is, however, a proper relaxation of such requirements if the buyer is himself in a position to make the appropriate arrangements and the seller gives him reasonable notice of the need to do so. It is an improper contract under paragraph (a) for the seller to agree with the carrier to a limited valuation below the true value and thus cut off the buyer's opportunity to recover from the carrier in the event of loss, when the risk of shipment is placed on the buyer by his contract with the seller.

4. Both the language of paragraph (b) and the nature of the situation it concerns indicate that the requirement that the seller must obtain and deliver promptly to the buyer in due form any document necessary to enable him to obtain possession of the goods is intended to cumulate with the other duties of the seller such as those covered in paragraph (a).

In this connection, in the case of pool car shipments a delivery order furnished by the seller on the pool car consignee, or on the carrier for delivery out of a larger quantity, satisfies the requirements of paragraph (b) unless the contract requires some other form of document.

form statutory provision, makes it the seller's duty to notify the buyer of shipment in all cases. The consequences of his failure to do so, however, are limited in that the buyer may reject on this ground only where material delay or loss ensues.

A standard and acceptable manner of notification in open credit shipments is the sending of an invoice and in the case of documentary contracts is the prompt forwarding of the documents as under paragraph (b) of this section. It is also usual to send on a straight bill of lading but this is not necessary to the required notification. However, should such a document prove necessary or convenient to the buyer, as in the case of loss and claim against the carrier, good faith would require the seller to send it on request.

Frequently the agreement expressly requires prompt notification as by wire or cable. Such a term may be of the essence and the final clause of paragraph (c) does not prevent the parties from making this a particular ground for rejection. To have this vital and irreparable effect upon the seller's duties, such a term should be part of the "dickered" terms written in any "form," or should otherwise be called seasonably and sharply to the seller's attention.

6. Generally, under the final sentence of the section, rejection by the buyer is justified only when the seller's dereliction as to any of the requirements of this section in fact is followed by material delay or damage. It rests on the seller, so far as concerns matters not within the peculiar knowledge of the buyer, to establish that his error has not been followed by events which justify rejection.

Cross References:

Point 1: Sections 2-319, 2-320 and 2-503(2).

Point 2: Sections 1-203, 2-323(2), 2-601 and 2-614(1).

Point 3: Section 2-311(2).

Point 5: Section 1-203.

Definitional Cross References:

"Agreement". Section 1-201.

buyer rejects nonconforming tender is question of fact dependent upon nature, purpose, and circumstances of action taken to cure that defect. *General Motors Acceptance Corp. v. Grady*, 1985, 501 N.E.2d 68, 27 Ohio App.3d 321, 27 O.B.R. 378.

What constitutes a nonconforming delivery, acceptance, rejection or revocation of acceptance with respect to sale of goods are questions of fact to be determined within framework of facts in each particular case. *Marine Mart, Inc. v. Pearce*, 1972, 480 S.W.2d 133, 252 Ark. 601.

22. Findings

In action in which issue was raised whether certain statutory provision afforded seller a right to cure its breach, consisting of delivery of shipment of fuel oil failing to meet contract requirement that the sulfur content not be in excess of .5 percent, by offering buyer a substitute conforming shipment and, if so, whether seller did so reasonably and seasonably, jury's finding that buyer acted reasonably in rejecting seller's offer of a substitute conforming shipment was meaningless and was to be ignored where jury was not informed as to rights or duties of parties under such statutory provision. *Joc Oil USA, Inc. v. Consolidated Edison Co. of New York, Inc.*, 1980, 434 N.Y.S.2d 623, 107 Misc.2d 376, affirmed 447 N.Y.S.2d 572, 84 A.D.2d 970, affirmed 457 N.Y.S.2d 458, 57 N.Y. 2d 574, 443 N.E.2d 932.

23. Verdict

It was not error for trial court to disregard as irrelevant a verdict on special verdict, sub-

mitted for determination by jury pursuant to an agreement between the parties, as to whether defendant buyer acted "reasonably" in rejecting substitute oil cargo to replace a nonconforming cargo where the legal issue to be resolved was whether seller's conduct in offering to cure was reasonable within meaning of statutory provision which did not contain any requirement that the buyer's rejection should be reasonable. *T.W. Oil, Inc. v. Consolidated Edison Co. of New York, Inc.*, 1982, 457 N.Y.S.2d 458, 57 N.Y.2d 574, 443 N.E.2d 932.

24. Judgment

Buyer was entitled to judgment notwithstanding the verdict, where all evidence indicated seller violated contract terms and did not offer to cure its breach and there was no competent evidence that buyer breached contract. *E.L.E.S.C.O. v. Northern States Power Co.*, Minn.App.1985, 370 N.W.2d 700.

25. Review

In seller's action for price of quantity of cinders delivered to buyer, whether replacement of the cinders constituted "cure" of failure to meet specifications is determination of legal effect of that action and is thus conclusion of law; therefore, pertinent standard of review was whether the conclusion of law, that cure resulted, was supported by evidence. *Moulden & Sons, Inc. v. Osaka Landscaping & Nursery, Inc.*, 1978, 584 P.2d 968, 21 Wash. App. 194.

§ 2-509. Risk of Loss in the Absence of Breach.

(1) Where the contract requires or authorizes the seller to ship the goods by carrier

- (a) if it does not require him to deliver them at a particular destination, the risk of loss passes to the buyer when the goods are duly delivered to the carrier even though the shipment is under reservation (Section 2-505); but
- (b) if it does require him to deliver them at a particular destination and the goods are there duly tendered while in the possession of the carrier, the risk of loss passes to the buyer when the goods are there duly so tendered as to enable the buyer to take delivery.

(2) Where the goods are held by a bailee to be delivered without being moved, the risk of loss passes to the buyer

- (a) on his receipt of a negotiable document of title covering the goods; or
- (b) on acknowledgment by the bailee of the buyer's right to possession of the goods; or

(c) after his receipt of a non-negotiable document of title or other written direction to deliver, as provided in subsection (4)(b) of Section 2-503.

(3) In any case not within subsection (1) or (2), the risk of loss passes to the buyer on his receipt of the goods if the seller is a merchant; otherwise the risk passes to the buyer on tender of delivery.

(4) The provisions of this section are subject to contrary agreement of the parties and to the provisions of this Article on sale on approval (Section 2-327) and on effect of breach on risk of loss (Section 2-510).

Official Comment

Prior Uniform Statutory Provision: Section 22, Uniform Sales Act.

Changes: Rewritten, subsection (3) of this section modifying prior law.

Purposes of Changes: To make it clear that:

1. The underlying theory of these sections on risk of loss is the adoption of the contractual approach rather than an arbitrary shifting of the risk with the "property" in the goods. The scope of the present section, therefore, is limited strictly to those cases where there has been no breach by the seller. Where for any reason his delivery or tender fails to conform to the contract, the present section does not apply and the situation is governed by the provisions on effect of breach on risk of loss.

2. The provisions of subsection (1) apply where the contract "requires or authorizes" shipment of the goods. This language is intended to be construed parallel to comparable language in the section on shipment by seller. In order that the goods be "duly delivered to the carrier" under paragraph (a) a contract must be entered into with the carrier which will satisfy the requirements of the section on shipment by the seller and the delivery must be made under circumstances which will enable the seller to take any further steps necessary to a due tender. The underlying reason of this subsection does not require that the shipment be made after contracting, but where, for example, the seller buys the goods afloat and later diverts the shipment to the buyer, he must identify the goods to the contract before the risk of loss can pass. To transfer the risk it is enough that a proper

shipment and a proper identification come to apply to the same goods although, aside from special agreement, the risk will not pass retroactively to the time of shipment in such a case.

3. Whether the contract involves delivery at the seller's place of business or at the situs of the goods, a merchant seller cannot transfer risk of loss and it remains upon him until actual receipt by the buyer, even though full payment has been made and the buyer has been notified that the goods are at his disposal. Protection is afforded him, in the event of breach by the buyer, under the next section.

The underlying theory of this rule is that a merchant who is to make physical delivery at his own place continues meanwhile to control the goods and can be expected to insure his interest in them. The buyer, on the other hand, has no control of the goods and it is extremely unlikely that he will carry insurance on goods not yet in his possession.

4. Where the agreement provides for delivery of the goods as between the buyer and seller without removal from the physical possession of a bailee, the provisions on manner of tender of delivery apply on the point of transfer of risk. Due delivery of a negotiable document of title covering the goods or acknowledgment by the bailee that he holds for the buyer completes the "delivery" and passes the risk.

5. The provisions of this section are made subject by subsection (4) to the "contrary agreement" of the parties. This language is intended as the equivalent of the phrase "unless otherwise agreed" used more frequently throughout this Act.