

---

Les pages du **CDACI**



---

**Centre de droit des affaires  
et du commerce international**



# Incoterms 2020 : nouveautés et difficultés pratiques

*Guy LEFEBVRE*\*

---

\* Professeur titulaire au Centre de droit des affaires et du commerce international de la Faculté de droit de l'Université de Montréal et avocat-émérite au Barreau du Québec; correspondant d'UNIDROIT et membre distingué de l'Ordre de l'excellence en éducation du Québec.



## Plan de l'article

<b>Introduction</b> .....	607
<b>I. Quelle est la fonction des Incoterms ?</b> .....	607
<b>II. Les éléments déterminants dans le choix d'un Incoterms particulier</b> .....	610
<b>III. Le contenu des Incoterms : l'exemple de la vente FOB</b> .....	611
<b>IV. Les difficultés pratiques liées à l'absence d'uniformité quant à la portée des termes de commerce</b> .....	618
<b>Conclusion</b> .....	622



## Introduction

La Chambre de Commerce Internationale (CCI) a été créée en 1920 afin de promouvoir le commerce international. Il s'agit d'une organisation non gouvernementale dont l'objectif est d'élaborer des instruments non obligatoires destinés à être incorporés dans les contrats rédigés par les professionnels du monde entier. Ces instruments jouissent d'une grande renommée. Les Incoterms, qui ont vu le jour dès 1936 et qui sont mis à jour régulièrement, comptent parmi les instruments phares de la CCI. La dernière réforme a été publiée à l'automne 2019 et elle est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2020<sup>1</sup>.

### I. Quelle est la fonction des Incoterms ?

Les Incoterms sont aujourd'hui indispensables dans les contrats de vente internationale. Ils permettent de répondre au besoin de rapidité du commerce en évitant aux parties de longues négociations, et ce, par le biais de courtes formules composées de trois lettres (FOB, CIF, FCA, etc.) concernant les éléments fondamentaux de la vente envisagée. On n'a, ainsi, pas à décrire exhaustivement les normes usuelles que les parties entendent utiliser puisque les Incoterms décrivent certaines obligations réciproques du vendeur et de l'acheteur. L'objet des Incoterms est très ciblé, les règles proposées ne concernant qu'une dimension du contrat : les droits et obligations des parties relatifs à la livraison de la marchandise vendue. À cet égard, ils portent sur les éléments suivants : 1) la fourniture du fret et de l'assurance ; 2) le dédouanement des marchandises à l'exportation ou à l'importation ; 3) le transfert des risques ; et 4) la remise matérielle de la chose vendue (emballage, endroit et acheminement).

Les Incoterms ne peuvent donc pas se substituer à un contrat de vente négocié par les parties, car ils ne traitent pas de plusieurs facettes fondamentales. Parmi celles-ci mentionnons :

- les caractéristiques des marchandises vendues ;
- le terme, le lieu, la méthode ou la devise du paiement du prix ;

---

<sup>1</sup> CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE, *Incoterms 2020, Publication n°@723EF*, Paris, 2019 (ci-après « Incoterms », abréviation d'*IN*ternational *CO*mmercial *TERMS*), Avant-propos.

- l'imposition de taxes ;
- des interdictions d'import ou d'export ;
- les droits de propriété intellectuelle ;
- la force majeure et l'imprévision ;
- les recours en cas de rupture du contrat de vente ;
- la plupart des conséquences en cas de délai ou d'autres manquements aux obligations contractuelles ;
- l'impact des sanctions ;
- la méthode, le lieu ou le droit applicable de résolution des litiges en cas de tels manquements.

Surtout, il faut souligner que les Incoterms ne prévoient pas de règle relative au « transfert de propriété des marchandises vendues »<sup>2</sup>. Les Incoterms ne concernent pas non plus les contrats ancillaires au contrat de vente. Ainsi, les contrats de transport, d'assurance et de financement (le plus souvent une lettre de crédit) ne sont pas régis par ces règles, sinon en précisant quelquefois les documents à fournir lorsqu'un Incoterms suppose un tel contrat.

Les Incoterms ne constituent pas l'unique façon de définir le sens des termes commerciaux tels que FOB, CIF, FCA, etc. Les parties au contrat international disposent en effet de trois moyens pour en préciser le sens : 1) en se référant à des règles normalisées, comme les Incoterms ; 2) en indiquant une loi nationale applicable au contrat ; 3) en prévoyant des dispositions spécifiques au contrat de vente qui en décrivent tous les aspects (comme par exemple dans les contrats-types portant sur la vente de céréales, d'huiles, etc. : les contrats GAFTA<sup>3</sup>, FOFA<sup>4</sup>, ou encore Incograin<sup>5</sup>). Il va sans dire que ces trois moyens de définir le sens d'un terme de commerce n'apportent pas toujours des solutions identiques à un problème donné<sup>6</sup>. Les parties peuvent également combiner ces moyens, par exemple en choisissant les Incoterms et en les complétant par un droit national puisque, nous l'avons vu, ceux-ci ne constituent pas un régime juridique complet<sup>7</sup>.

<sup>2</sup> *Id.*, p. 3.

<sup>3</sup> Grain and Feed Trade Association, en ligne : <<https://www.gafta.com>>.

<sup>4</sup> Federation of Oils, Seeds, and Fats Associations, en ligne : <<https://www.fosfa.org>>.

<sup>5</sup> Incograin, en ligne : <[www.incograin.com](http://www.incograin.com)>.

<sup>6</sup> Pour des illustrations voir *infra* section IV.

<sup>7</sup> Les parties peuvent aussi assujettir leur contrat à la *Convention des Nations Unies sur la vente internationale de marchandises* (dont le texte est reproduit à RLRQ, c. C-67.01)



L'objectif de cette chronique n'est pas de décrire l'ensemble des caractéristiques des Incoterms. Il s'agit plutôt d'en cerner les éléments de base et de montrer certaines difficultés qui peuvent être engendrées par la méconnaissance des différences dans les définitions des Incoterms et celles résultant de l'application d'une loi nationale ou des usages<sup>8</sup>.

Les Incoterms 2020 comprennent 11 termes de commerce et organisent ceux-ci en deux grandes catégories: on retrouve les règles des précédents Incoterms de 2010 portant sur le transport maritime et fluvial (comprenant les termes FAS – *Free Alongside Ship* ou *Franco le long du navire*; FOB – *Free On Board* ou *Franco à bord*; CFR – *Cost and Freight* ou *Coût et fret*; et CIF – *Cost Insurance and Freight* ou *Coût, assurance et fret*), et les termes de commerce applicables à tous les autres modes de transport, dits « multimodales » (comprenant les termes EXW – *Ex Works* ou *À l'usine*; FCA – *Free Carrier* ou *Franco Transporteur*; CPT – *Carriage Paid To* ou *Port payé jusqu'à*; CIP – *Carriage Insurance Paid To* ou *Port payé, assurance comprise jusqu'à*; DAP – *Delivered at Place* ou *Rendu au lieu de destination*; DDP – *Delivered Duty Paid* ou *Rendu droits acquittés*; et un nouveau terme appelé DPU – *Delivered at Place Unloaded* ou *Rendu au lieu de destination déchargé*). Le lieu qui suit immédiatement les divers Incoterms est très important car, à l'exception de ceux qui débutent par la lettre C, ils indiquent le lieu de livraison des marchandises et du transfert des risques. En ce qui concerne les Incoterms commençant par la lettre D, « le lieu désigné est le lieu de livraison mais aussi le lieu de destination et le vendeur doit organiser le

---

s'appliquant au Québec mais qui ne couvre toutefois pas l'ensemble des droits et obligations résultant d'un contrat de vente. Un droit national doit donc être choisi par les parties afin de compléter celle-ci: Guy LEFEBVRE et Emmanuel SIBIDI DARANKOUM, « La vente internationale de marchandises: la Convention de Vienne et ses applications jurisprudentielles », dans Denys-Claude LAMONTAGNE (dir.), *Droit spécialisé des contrats: les contrats relatifs à l'entreprise*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 385 et suiv. Par ailleurs, indiquons que les législations nationales sont aussi susceptibles d'avoir une portée obligatoire, par exemple en matière de sécurité ou d'environnement: CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE, préc., note 1.

<sup>8</sup> Des usages du commerce peuvent également préciser le sens à donner à un terme de commerce. D'autre part, on peut se poser la question de savoir si les Incoterms constituent des usages. Les réponses à ces questions varient selon les systèmes juridiques et les sentences arbitrales. À ce sujet, voir Guy LEFEBVRE et Jie JIAO, « L'utilisation du terme de commerce FOB: une incertitude pour les commerçants! », dans INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW (dir.), *Eppur si muove: The Age of Uniform Law – Essays in honor of Michael Joachim Bonell, to celebrate his 70<sup>th</sup> birthday*, vol. 2, Rome, UNIDROIT, 2016, p. 1759-1770.

transport jusqu'à ce lieu»<sup>9</sup>. Enfin, dans les règles débutant par la lettre C, mentionnons que «le lieu désigné indique la destination jusqu'où le vendeur doit organiser et payer le transport des marchandises, mais qui n'est cependant pas, le lieu du port de livraison»<sup>10</sup>.

Parmi les innovations introduites dans les Incoterms 2020<sup>11</sup>, notons des règles visant une sécurité accrue concernant la circulation des marchandises, des modifications relatives à l'assouplissement de la couverture d'assurance selon la nature des marchandises et du transport, ainsi que de nouvelles normes concernant le type de connaissance à présenter à une banque dans le cadre de ventes financées selon le terme FCA, c'est-à-dire un connaissance portant la mention «à bord» ou «embarqué». De plus, soulignons que pour chacun des termes de commerce, cette version des Incoterms inclut des commentaires plus étendus que ceux qu'on trouvait dans la version de 2010, facilitant ainsi la compréhension du lecteur.

## II. Les éléments déterminants dans le choix d'un Incoterms particulier

Le choix d'un Incoterms particulier repose sur de nombreuses considérations. Notons tout d'abord que le vendeur, voulant limiter le plus possible ses obligations, tente généralement de négocier un terme de commerce par lequel les risques d'endommagement des marchandises seront transférés à l'acheteur dès que les marchandises sont indetifiables dans son entrepôt. Il souhaitera ainsi utiliser le terme de commerce à l'usine ou *Ex Works*, les risques étant transférés à l'acheteur lorsque les marchandises sont mises à la disposition de ce dernier dans l'entrepôt du vendeur. Selon ce terme de commerce, l'obligation de conclure les contrats concernant la fourniture du fret et de l'assurance ainsi que le dédouanement des marchandises à l'exportation ou à l'importation reposent sur l'acheteur. À l'inverse, on comprendra que l'acheteur a avantage à utiliser un terme de commerce qui impose la majorité de ces obligations au vendeur et qui fait en sorte que les risques relatifs aux marchandises lui soient transférés le plus près possible de son entrepôt (dans son pays) : les termes de commerce DAP, DDP et DPU lui sont les plus favorables.

<sup>9</sup> CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE, préc., note 1, p. 3.

<sup>10</sup> *Id.*

<sup>11</sup> *Id.*, Avant-propos.

Plusieurs autres éléments sont analysés afin de déterminer les termes de commerce qui peuvent être acceptables pour une partie dans un contrat particulier. Par exemple, la qualité des infrastructures de transport, la corruption ou non des agents douaniers, les conditions climatiques (ouragans, tornades, hiver rigoureux, chaleur excessive, etc.), l'indépendance judiciaire et l'expertise des tribunaux dans le domaine du commerce international, les conflits de travail récurrents ou non, etc. Tous ces éléments peuvent contribuer à la détermination des risques et du coût des prestations encourues. Il va sans dire qu'en pratique, les parties cherchent souvent à trouver un compromis et utilisent des termes de commerce en vertu desquels les risques sont transférés dans un endroit intermédiaire, par exemple sur un navire ou un autre moyen de transport. Ils se partageront aussi la responsabilité de conclure tel ou tel contrat ainsi que les obligations relatives au dédouanement des marchandises à l'exportation et à l'importation.

Des considérations additionnelles influencent les parties. Par exemple, un acheteur peu sophistiqué ou n'ayant pas de services internationaux au sein de son entreprise préfère souvent conclure une vente CIF, selon laquelle il appartient au vendeur de souscrire les contrats de transport et d'assurance (ces frais sont alors inclus dans le prix de vente). L'État est aussi susceptible d'intervenir afin, par exemple, de prohiber un terme de commerce pour des considérations liées aux devises. On pourra ainsi interdire aux parties d'utiliser la vente CIF si le prix de vente doit être payé dans une devise forte (euros, USD, etc.) et que l'acheteur est situé dans un pays souffrant d'une grave crise économique car, comme nous venons de le mentionner, ce type de terme de commerce implique le paiement au vendeur à l'étranger des coûts relatifs aux assurances et au fret.

### **III. Le contenu des Incoterms : l'exemple de la vente FOB**

Comme mentionné plus haut, les parties s'entendent souvent pour un compromis et utilisent un terme de commerce intermédiaire pour régir leur vente. Pour illustrer cette situation, nous avons choisi l'Incoterms FOB («Free on Board» ou «Franco à Bord»), largement utilisé dans le commerce international. Nous aurions pu également utiliser les deux autres Incoterms débutant par F ou encore les quatre Incoterms débutant par C, mais la vente FOB constitue une illustration intéressante des problèmes susceptibles de se produire en pratique.

Tous les Incoterms sont organisés selon une présentation unifiée des rubriques comportant 10 items numérotés de A1/B1 à A10/B10, les articles A concernant les obligations du vendeur et les articles B correspondant aux obligations de l'acheteur<sup>12</sup>. Les explications ci-après relativement à la vente FOB ne concernent que celle-ci, mais permettent au lecteur de comprendre la démarche utilisée pour chacun des termes de commerce.

<b>A</b>	<b>Obligations du vendeur</b>	<b>B</b>	<b>Obligations de l'acheteur</b>
A1	Obligations générales	B1	Obligations générales
A2	Livraison	B2	Prise de livraison
A3	Transfert des risques	B3	Transfert des risques
A4	Transport	B4	Transport
A5	Assurance	B5	Assurance
A6	Livraison	B6	Document de transport
A7	Dédouanement Export/ Import	B7	Dédouanement Export/ Import
A8	Vérification, emballage, marquage	B8	Vérification, emballage, marquage
A9	Répartition des coûts	B9	Répartition des coûts
A10	Notifications	B10	Notifications

Selon les éléments A1 et B1, il appartient au vendeur, conformément au contrat de vente, de fournir la marchandise et une facture commerciale, ainsi que toute preuve de conformité exigée en vertu du contrat. Quant à l'acheteur, il doit payer le prix des marchandises tel que prévu dans le contrat de vente. La facture commerciale décrit les principaux éléments de la transaction (nom et adresse de l'acheteur et du vendeur; quantité, qualité, poids et prix des marchandises; conditions de livraison et de paiement; frais de transport, etc.) et sert notamment à calculer les droits de douane et à gérer les contingentements. Quant à la conformité des marchandises, il s'agira la plupart du temps de fournir un certificat d'inspection, émis généralement par une société commerciale qui certifie que la marchandise expédiée est conforme à celle commandée.

<sup>12</sup> *Id.*, p. 2.

Les obligations prévues aux articles A2 et B2 concernent la livraison de la marchandise. Il est prévu que le vendeur doit livrer la marchandise à bord du navire désigné par l'acheteur, au port d'embarquement convenu, et ce, à la date ou dans les délais convenus, et selon les usages de ce port. L'acheteur doit en prendre livraison à partir de ce moment. Les conséquences d'un défaut de respecter ces obligations ne sont pas prévues par les Incoterms. C'est le droit applicable au contrat qui gouverne ces conséquences.

Selon les articles A3 et B3, les risques sont transférés du vendeur à l'acheteur dès l'embarquement des marchandises sur le navire au port d'exportation. Il s'agit là de l'application du principe suivant lequel les risques de pertes ou de dommages sont transférés à l'acheteur dès que le vendeur a exécuté son obligation de livraison et ne sont, par conséquent, pas liés à d'autres événements tels que le transfert de la propriété ou la conclusion du contrat. Le transfert des risques a lieu précisément à partir du moment où les marchandises sont déposées à l'endroit approprié sur le navire (sur le pont pour les marchandises arrimées dans des conteneurs, ou dans les cales pour d'autres types de marchandises). Ces articles s'appliquent aux risques usuels lors d'opérations d'entreposage, de chargement ou de déchargement de marchandises ainsi qu'à ceux découlant de leur transport. Ils ne visent évidemment pas les cas où le vendeur a, par exemple, commis une faute dans l'emballage ou dans le marquage des marchandises. Dans un tel cas, le vendeur reste responsable des sinistres survenus après le transfert des risques.

Quant aux obligations A4 et B4, on se rappellera que dans une vente FOB Incoterms les obligations de souscrire le contrat de transport reposent sur l'acheteur, et ce, à ses propres frais. Cette obligation sera très souvent remplacée par une clause contractuelle exigeant que le vendeur fournisse à l'acheteur un connaissement maritime négociable (en vertu duquel incombe une obligation implicite au transporteur de ne livrer les marchandises qu'au détenteur de ce document). Ce document mentionne le port d'embarquement, le port de destination, le nom du transporteur, la description des marchandises, etc. Il doit normalement être net, c'est-à-dire qu'il ne porte pas de clause constatant l'état défectueux de la marchandise ou de son emballage. Il indique généralement que la marchandise a été mise à bord et si le fret a déjà été payé<sup>13</sup>. Son caractère négociable permettra la

<sup>13</sup> Guy LEFEBVRE, « L'expression "fret payé d'avance" rend-elle le destinataire responsable du paiement du fret? », (1997) 57 *R. du B.* 169.

revente des biens en cours de transport ou l'obtention d'une sûreté par la banque finançant l'achat des marchandises.

Les obligations A5 et B5 établissent qu'il appartient à l'acheteur de conclure à ses propres frais une police d'assurance. Le vendeur n'a aucune obligation à cet égard sauf celle de fournir les indications nécessaires à l'acheteur lui permettant de s'assurer. Il convient ici de ne pas oublier que le vendeur peut vouloir assurer les marchandises tant qu'elles demeurent à ses risques, c'est-à-dire jusqu'à leur remise au transporteur sur le navire. Cette règle des Incoterms est aussi susceptible d'être mise de côté afin que le vendeur souscrive une police couvrant les marchandises depuis son entrepôt jusqu'à celui de l'acheteur. Le caractère négociable<sup>14</sup> de la police permet la revente des biens à des tiers en cours de transport ou leur mise en garantie afin d'obtenir un financement bancaire, par exemple.

Les articles A6 et B6 portent sur la preuve de la remise des marchandises au transporteur et l'obligation du vendeur de fournir cette preuve à l'acheteur. Cet article ajoute que si l'acheteur veut recevoir un document de transport particulier, par exemple un connaissement négociable, il doit l'exiger spécifiquement. Le vendeur s'engage alors à collaborer afin d'obtenir un tel document, mais aux frais de l'acheteur et à ses risques. En pratique, de nombreux contrats prévoient l'obligation pour le vendeur de fournir à l'acheteur un connaissement négociable « net et embarqué ». On détermine alors sur quelle partie repose l'obligation de conclure un contrat de transport comportant un tel document et sur le paiement des frais.

Le caractère négociable du connaissement favorise la revente des marchandises. Ce document indique normalement le nom du chargeur (vendeur qui exporte les marchandises), le fait qu'il est à « l'ordre d'un consignataire nommément désigné » (il s'agit le plus souvent du vendeur lui-même qui négociera le connaissement contre paiement du prix par l'acheteur ou d'un banquier si on est en présence d'un crédit documentaire) et le nom d'une partie notificatrice (il s'agit de l'acheteur ou de son représentant). Tant que le connaissement n'est pas valablement négocié, seul le consignataire est en droit de se faire livrer la marchandise par le transporteur. Pour sa part, la partie notificatrice n'a aucun droit de se faire remettre la marchandise par le transporteur. Comme son nom l'indique, la partie notificatrice est avisée par le transporteur de l'arrivée des marchandises à destination. Elle

<sup>14</sup> *Loi sur l'assurance maritime*, L.C. 1993, c. 32, art. 51.

a droit à la livraison de celles-ci seulement si elle a obtenu un connaissance valide.

Seul le connaissance à ordre est transmissible par endossement. Le consignataire du connaissance à ordre peut être identifié de deux façons. D'une part, comme nous l'avons indiqué, il s'agit le plus souvent du vendeur qui indique son nom à titre de consignataire qui, par la suite, va endosser le connaissance lorsque l'acheteur lui paie le prix de vente des marchandises. D'autre part, le consignataire est susceptible d'être désigné par l'expression « porteur ». Dans ce cas :

[C]omme un chèque bancaire au porteur pour lequel aucun nom de bénéficiaire ne figure, la personne présentant le document peut retirer les marchandises. Cette forme de rédaction du connaissance sert pour les transactions où le nom du destinataire, pour des raisons commerciales, ne doit pas apparaître, ou en cas de marchandises dites "flottantes" telles qu'une cargaison de pétrole qui peut changer une vingtaine de fois de propriétaires.<sup>15</sup>

L'exportateur et l'importateur doivent évidemment savoir que si ce document est volé ou perdu, la personne présentant celui-ci peut se faire remettre les marchandises par le transporteur.

Le connaissance négociable, tout comme le chèque, peut être endossé en blanc ou au long. L'endossement en blanc ne comprend que la signature de l'endosseur. Le nom de l'acquéreur des biens n'apparaît pas à la suite de l'endossement. Le connaissance endossé en blanc comporte les mêmes dangers que le connaissance au porteur lors d'un vol ou d'une perte. L'endossement au long contient non seulement la signature de l'endosseur mais également le nom de l'acquéreur des biens à la suite de cette signature. Ce document est sécuritaire puisque seul l'acquéreur des biens (endossataire) peut ensuite valablement négocier le connaissance.

Dans notre exemple, le connaissance exigé doit être « net ». Selon Pourcelet, le connaissance net « témoigne de la réception par le transporteur d'une quantité déterminée de marchandise en bon état apparent »<sup>16</sup>. Le connaissance ne doit donc porter aucune annotation de défectuosité

<sup>15</sup> Didier-Pierre MONOD, *L'administration des ventes*, coll. « Commerce International », Paris, Éditions Eska, 1996, p. 30.

<sup>16</sup> Michel POURCELET, *Le transport maritime sous connaissance: droit canadien, américain et anglais*, Montréal, P.U.M., 1972, p. 26; Guy LEFEBVRE, « Le contrat de transport maritime sous connaissance », dans Guy LEFEBVRE et Stéphane ROUSSEAU (dir.),

d'endommagement ou d'insuffisance d'emballage. Un document présentant une telle annotation est considéré comme ayant des réserves et peut donc être rejeté par l'acheteur ou son banquier. On comprend aisément ici le rôle du connaissement net dans le cadre de la vente FOB. L'absence de réserve constitue une présomption que le transporteur a reçu les marchandises en bon état. En effet, les risques étant transférés du vendeur à l'acheteur à l'endroit approprié sur le navire, tout connaissement portant des réserves permet à l'acheteur, en droit civil, de résoudre le contrat de vente et de réclamer des dommages et intérêts au vendeur lorsque, par exemple, il a dû se procurer des marchandises à un prix plus élevé que celui prévu au contrat.

Enfin, notons que le connaissement demandé au vendeur, dans notre exemple, doit porter la mention « embarqué ». Il s'agit d'un connaissement qui constate le chargement des marchandises sur le navire par le transporteur. En pratique, l'état des marchandises est constaté à deux reprises par le transporteur. D'une part, lorsque le transporteur maritime reçoit les marchandises à son entrepôt ou à quai en vue d'un chargement à venir, il émet alors soit un simple reçu au vendeur, soit un connaissement reçu pour embarquement. Lors de cette opération, il constate l'état des marchandises et, le cas échéant, il indique des réserves sur l'un ou l'autre de ces documents. Un tel document ne témoigne que de la prise en charge des marchandises. D'autre part, le transporteur constate à nouveau l'état des marchandises lors de leur embarquement sur le navire. Si le transporteur avait émis un simple reçu lors de la réception des marchandises, il émet alors un connaissement embarqué. Si, au contraire, le transporteur avait remis un connaissement qualifié « reçu pour embarquement », le chargeur doit le retourner au transporteur en retour du connaissement dit « embarqué ». Une pratique généralisée veut toutefois que le transporteur puisse, au lieu d'émettre un connaissement embarqué, se contenter d'apposer sur le connaissement « reçu pour embarquement » un cachet portant la mention « embarqué », à laquelle est ajoutée la signature du représentant du transporteur. Un connaissement reçu pour embarquement pourra être rejeté par l'acheteur, dans notre exemple, car il ne constate pas l'état des marchandises au moment du transfert des risques, ni le fait que le chargement a été complété. Dans ce dernier cas, rappelons-nous que le vendeur a l'obligation, selon l'article A4 des Incoterms, de charger les marchandises à bord



du navire avant la date ultime prévue par les parties, d'où l'utilité de la mention « embarqué ».

Les articles A7 et B7 traitent du dédouanement export/import. À cet égard, les règles sont simples : le dédouanement des marchandises à l'exportation repose sur le vendeur. Il doit s'occuper de toutes les formalités requises, dont l'obtention d'une licence d'exportation ou des autorisations concernant la sécurité, l'inspection avant expédition et tout autre autorisation officielle. Le vendeur doit assister l'acheteur pour les formalités d'importation qui reposent sur ce dernier. Une licence d'exportation ou d'importation (émises par les autorités douanières) est généralement demandée pour des marchandises dites « sensibles » (haute technologie, matériel de guerre, énergie atomique, etc.). Un certificat d'origine (répondant aux normes établies par les autorités douanières du pays d'importation) qui permet de connaître la provenance précise des marchandises peut aussi être demandé par l'acheteur, qui doit prêter assistance au vendeur. Ce certificat permettra à l'acheteur de bénéficier d'une réduction ou d'une exemption de droit de douanes en raison d'accords commerciaux internationaux (accords de libre-échange, accords de traitements préférentiels, etc.), ou encore d'éviter de transiger avec des pays ennemis.

Les articles A8 et B8 concernent la vérification, l'emballage et le marquage des marchandises. À cet égard, il appartient au vendeur de payer les frais de toutes les vérifications des marchandises (qualité, dimension, poids, etc.) ainsi que ceux concernant l'emballage et le marquage des marchandises selon les usages généraux ou sectoriels.

La répartition des coûts entre le vendeur et l'acheteur est réglée par les articles A9 et B9. Le vendeur doit assumer tous les frais afférents à la marchandise, y compris tous les frais d'exportation et de douane, jusqu'au moment où elle est chargée à bord du navire au port d'embarquement convenu. L'acheteur, pour sa part, doit assumer tous les frais postérieurs à ce moment. Les commentaires des Incoterms de 2010 expliquent en détail les conséquences pour les parties des défauts concernant les avis, l'arrivée tardive du navire, etc. Ainsi, puisqu'il appartient à l'acheteur de désigner le navire, il devra assumer les frais supplémentaires résultant du fait que ledit navire n'est pas arrivé à temps, ou ne peut prendre les marchandises, ou met fin au chargement du fret avant le délai fixé<sup>17</sup>. De même, si l'acheteur

<sup>17</sup> Jan RAMBERG, *ICC Guide to Incoterms 2010*, Paris, Publications ICC n° 720E, 2010, p. 179.

fait défaut d'aviser le vendeur conformément à l'article B10 dans un délai raisonnable du nom du navire, du lieu de chargement et du délai de livraison à respecter, l'acheteur assume non seulement les risques prématurément, mais il est aussi contraint de payer les frais supplémentaires occasionnés au vendeur par ce manquement (entreposage, assurance, etc.).

Les articles A10 et B10 traitent de notifications. Il s'agit pour le vendeur de prévenir l'acheteur en temps utile de la livraison des marchandises conformément à l'article A2 ou du fait que le navire n'a pas pu prendre les marchandises dans les délais convenus. Puisque dans une vente FOB il appartient à l'acheteur de désigner le navire au vendeur, il doit donc l'aviser dans un délai raisonnable ou dans les délais prévus au contrat. Les conséquences du non-respect de ces obligations sont assujetties au contrat ou, à défaut de stipulations contractuelles, au droit régissant celui-ci.

#### **IV. Les difficultés pratiques liées à l'absence d'uniformité quant à la portée des termes de commerce**

On a déjà mentionné que les parties au contrat international disposent de trois moyens pour préciser le sens à donner à un terme de commerce: en se référant à des règles normalisées, comme les Incoterms, en indiquant une loi nationale au contrat (qui elle-même définit le sens à donner à un terme de commerce ou, à défaut, au moyen de la jurisprudence) ou en prévoyant des dispositions spécifiques au contrat de vente qui en décrivent tous les aspects. Il va sans dire que ces moyens de définir le sens d'un terme de commerce n'apportent pas toujours des solutions identiques à un problème donné.

Dans la plupart des systèmes juridiques et selon les Incoterms, la vente FOB est une vente à l'embarquement, c'est-à-dire que les risques passent du vendeur à l'acheteur lorsque les biens sont chargés sur le navire au port désigné par les parties<sup>18</sup>, qui se situe la plupart du temps au pays du ven-

<sup>18</sup> Toutefois, l'endroit précis du transfert des risques variera selon les normes utilisées. En droit anglais, les risques passent à l'acheteur lorsque les marchandises franchissent le bastingage du navire: *Pyrene Co. Ltd. c. Scindia Navigation Co. Ltd.*, [1954] 2 Q.B. 402. En droit français, les risques sont transférés à l'acheteur lorsque les biens sont déposés en sécurité sur le navire à l'endroit prévu (cales du navire, pont du navire dans le cadre d'un porte-conteneur, etc.): *Loi n° 69-8 du 3 janvier 1969 relative à l'armement et aux ventes maritimes*, JO, 5 janvier 1969, 200, art. 35, abrogée par l'Ordonnance n° 2010-1307

deur. En revanche, aux États-Unis, l'expression FOB peut constituer une vente à destination par laquelle les risques passeront à l'acheteur uniquement à destination lors du déchargement du navire. Cette vente est codifiée à l'alinéa 1 de l'article 2-319 du *Uniform Commercial Code* :

2-319. F.O.B. and F.A.S. Terms

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 [...]

(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); [...]<sup>19</sup>

Or, le droit américain, inspirée de la common law, a largement influencé le Canada et le Québec compte tenu des relations commerciales fort importantes existant entre ces régions. Cette façon de définir le terme de commerce FOB a entraîné de nombreuses difficultés pratiques<sup>20</sup>. L'affaire *Beaver Specialty Ltd. c. Donald H. Bain Ltd.*<sup>21</sup>, qui s'est rendue jusqu'en Cour suprême du Canada, illustre bien le genre de litige pouvant résulter d'un emploi inhabituel d'une vente FOB. Alors qu'au Canada et dans la vaste majorité des pays, on vient de le mentionner, la vente FOB implique une livraison à l'embarquement des marchandises au lieu de l'expédition et, partant, un transfert des risques à cet endroit, les parties au contrat en cause ont utilisé l'expression FOB avec une ville de destination. Les marchandises furent

---

du 28 octobre 2010, art. 7. Cet article a été remplacé par l'article L. 5424-5 de cette ordonnance, qui prévoit la même règle.

<sup>19</sup> Le terme FOB peut aussi constituer une vente par laquelle les risques passent à l'acheteur au port d'embarquement des marchandises selon l'*Uniform Commercial Code* :

2-319. F.O.B. and F.A.S. Terms

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 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.

<sup>20</sup> Voir, par exemple : *Bank of Montreal c. Hydro Aluminum Wells Inc.*, 2002 CanLII 3111 (QC CS).

<sup>21</sup> [1974] R.C.S. 903.

endommagées pendant le transport. La Cour suprême est arrivée à la conclusion que, dans ce contexte, l'intention des parties était de transférer la propriété et les risques à l'acheteur uniquement à l'arrivée des marchandises à destination.

Il est donc surprenant de constater que, quelques années plus tard, dans une affaire soumise à la Cour supérieure du Québec<sup>22</sup>, on mentionne l'inexistence d'une vente « FOB à destination » dans le commerce international :

Par ailleurs, il est mis en preuve que l'expression F.O.B. suivie de la ville de destination ne veut rien dire dans le commerce international. En effet, en Europe, le mot F.O.B. doit être nécessairement suivi du nom de l'endroit où la marchandise est reçue par le transporteur.<sup>23</sup>

L'existence de deux variantes de l'expression FOB, c'est-à-dire une où le transfert des risques a lieu dans la ville d'embarquement et l'autre dans la ville de destination, soulève une autre difficulté pratique qui s'est déjà posée au Québec : une compagnie québécoise achetant généralement des marchandises « FOB ville destination » à partir des États-Unis a effectué un achat en France « FOB ville de départ », et ce, sans se méfier ou sans connaître la distinction entre les deux types de vente. Cette entreprise était donc habituée à se faire transférer les risques à destination et, par conséquent, n'assurait jamais les marchandises contre les dommages liés au transport. Ayant, pensait-elle, conclu le même type de vente avec un nouveau partenaire français, elle n'assura donc pas ces marchandises, et celles-ci subirent des dommages en cours de transport maritime. Le vendeur n'as-

<sup>22</sup> *Bivansa c. House of Bradley*, [1977] R.L. 373 (C.S.).

<sup>23</sup> *Id.*, 377. Cependant, cette décision est intéressante dans la mesure où elle démontre que la rédaction des contrats est souvent déficiente lorsque les commerçants décident d'en faire l'économie par souci de rapidité. Ainsi, dans cette décision, il s'agissait d'une vente FOB à destination intitulée « F.O.B. Montréal Plant », où la livraison des marchandises devait s'effectuer au plus tard le 25 mars 1973. Le vendeur a remis les biens au premier transporteur avant cette date. Toutefois, l'acheteur décida de refuser les marchandises au motif que la livraison devait s'effectuer à Montréal et que le 25 mars, cela n'avait pas été fait. Il s'agissait donc ici de déterminer le sens que les parties avaient voulu donner à l'expression « date de livraison ». Le tribunal jugea que cela correspondait à la remise des biens au premier transporteur dans le pays d'exportation. Pour une description des divers types de vente FOB, voir Manon POMERLEAU et Esther LAPOINTE, « Le contrat “FOB port d'embarquement” au Canada – Étude comparative : doctrine, jurisprudence et sentences arbitrales », (1987) 47 *R. du B.* 1007, 1014-1024.

sura pas, lui non plus, ces marchandises puisqu'il en transférait les risques à l'embarquement. L'acheteur se retrouva alors avec une seule possibilité, soit celle d'exercer un recours contre le transporteur maritime, qui nia toute indemnisation au motif qu'il y avait eu une faute de navigation du navire, faute pour laquelle les *Règles de la Haye-Visby*<sup>24</sup> excluent la responsabilité du transporteur. L'acheteur québécois se retrouva donc avec des biens endommagés et sans possibilité de recours. Cet exemple illustre bien les difficultés engendrées par les divers sens que peut prendre un terme de commerce. À cet égard, une solution consiste à recourir aux Incoterms<sup>25</sup> qui, rappelons-le, constituent une codification privée des termes de commerce.

Les Incoterms évitent cette multiplicité de définitions. Ainsi, dans cette codification, une vente FOB n'existe qu'avec la ville d'embarquement des marchandises. Lorsque les parties désirent transiger selon un terme «FOB à destination», elles doivent plutôt choisir le terme «DAT», c'est-à-dire «rendu au lieu de destination». Les Incoterms constituent une solution pratique tout à fait acceptable pour les commerçants internationaux. En effet, les droits et obligations du vendeur et de l'acheteur sont clairement indiqués pour chacun des termes de commerce. On n'a donc pas à préciser les principales modalités dans le contrat de vente. Pour appliquer les Incoterms à un contrat, on devra indiquer la règle Incoterms choisie (par exemple, FOB), suivie du port ou du lieu désigné par les parties (par exemple, Montréal) et de la mention de l'année de l'édition des Incoterms (2020) : *FOB Montréal Incoterms 2020*. Il est important de noter que le défaut d'indiquer l'année de l'édition des Incoterms est susceptible d'engendrer des litiges<sup>26</sup>, plus particulièrement lors de l'entrée en vigueur d'une nouvelle édition. Par exemple, en indiquant *FOB Incoterms* en janvier 2020, les parties ont-elles voulu appliquer les règles de 2010 ou les règles de 2020, qu'elles ne connaissent pas nécessairement? Enfin, il faut rappeler que la liberté contractuelle permet aux parties de modifier leurs droits et obligations émanant des Incoterms en le mentionnant spécifiquement au contrat, par exemple en indiquant

<sup>24</sup> *Règles de la Haye-Visby*, reproduites à l'annexe 3 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, ch. 6. L'article IV(2)(a) mentionne que le transporteur ne sera pas responsable du dommage à la marchandise résultant « des actes, négligence, ou défaut du capitaine, marin, pilote ou des préposés du transporteur dans la navigation ou dans l'administration du navire ».

<sup>25</sup> CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE, préc., note 1.

<sup>26</sup> *Id.*

dans une vente FOB que les risques sont transférés à l'acheteur lorsque les biens seront arrimés dans la cale. On indiquera alors dans le contrat *FOB arrimé Montréal Incoterms 2020*.

\*  
\*      \*

L'entrée en vigueur d'une nouvelle version des Incoterms en janvier 2020 constitue un événement important puisqu'elle démontre une faculté d'adaptation à des pratiques du commerce qui évoluent, qui se conjugue à une capacité de définir clairement certains droits et obligations du vendeur. Il ne faut toutefois pas oublier que les questions visées par les Incoterms sont limitées, d'où la nécessité de rédiger un contrat de vente touchant l'ensemble des questions juridiques pouvant se poser dans une vente internationale. On doit également s'assurer que les parties et leurs conseillers soient bien conscients que le sens d'un terme de commerce n'est pas uniforme et que si les parties souhaitent que les Incoterms s'appliquent à leur contrat, le moyen le plus sûr de s'en assurer consiste à le mentionner très clairement. Sinon, comme nous l'avons vu à partir de l'exemple du terme de commerce FOB, les possibilités de malentendus sont réelles et, par conséquent, des pertes importantes peuvent en résulter : une personne avertie en vaut deux !