

“  
**Recueil de  
TRAVAUX  
Juridiques**  
”



“  
**recueil de  
TRAVAUX  
Juridiques**  
”



Presses de l'Université  
Saint-Esprit de Kaslik

*Le Recueil de travaux est un outil permettant de recenser les divers évènements  
qui ont été organisés par la Faculté de Droit de l'USEK.*

*Ce bulletin remplit une fonction d'archivage qui assure une certaine  
sécurité juridique pour la Faculté.*

*Les opinions exprimées dans ces pages n'engagent que leurs auteurs  
et ne reflètent pas nécessairement le point de vue de la Faculté.  
La Direction ne rend pas les manuscrits non publiés.*

**Comité scientifique:**

D<sup>r</sup> Céline Baaklini, M<sup>me</sup> Reine Daou, D<sup>r</sup> Béchara Karam

ISSN 2517-956X

© PUSEK, Kaslik, 2016

Tous droits réservés

Université Saint-Esprit de Kaslik

B. P. 446 Jounieh, Liban

Tél.: +961 9 600 275

Fax: +961 9 600 273

Mél.: pusek@usek.edu.lb

**usek.edu.lb**

# Sommaire

---

## SERIES OF CONFERENCES ON HUMAN RIGHTS: 20 AND 27 NOVEMBER 2013

### **Melkar El KHOURY**

Let's talk about Tolerance ..... 9

### **Samuel CHEUNG**

Refugee Protection in International Law ..... 17

## LA CONVENTION DE VIENNE SUR LA VENTE INTERNATIONALE DE MARCHANDISES 30 AVRIL 2014

### **Cyril EMERY**

The CISG and the law of Electronic Transactions ..... 27

### **Gaby CHAHINE**

La convention de vienne face à la pratique du commerce international .. 33

### **Antoine DAHER**

Les concepts fondamentaux de la convention de vienne ..... 51

## DÉBAT JURIDICO-MÉDICAL MARDI 21 AVRIL 2015

### **Georges GHANIMÉ**

La nature de l'obligation qui pèse sur le chirurgien esthétique ..... 59

### **Dina MAWLA**

L'information du malade ..... 65

<b>Georges AFTIMOS</b>	
Situation de l'interne ou du résident en médecine .....	71
<b>Ahmad AYOUBI</b>	
L'intervention chirurgicale et l'aléa thérapeutique .....	75
<b>SÉCURITÉ DANS LES CHANTIERS : VERS UNE LÉGISLATION LIBANAISE MODERNE :</b>	
<b>19 FÉVRIER 2014</b>	
<b>Jahida ITANY Et Malek EL HASBANY</b>	
آلية تطبيق مرسوم السلامة العامة في بلدية بيروت .....	١١
<b>Paul HAJJ</b>	
السلامة في الورشة.....	١٧
<b>Hyam KHALIL</b>	
سلامة الأجراء في التشريع اللبناني .....	٢١

**SERIES OF CONFERENCES ON  
HUMAN RIGHTS:  
20 AND 27 NOVEMBER 2013**



# 01

## LET'S TALK ABOUT TOLERANCE!

Melkar EL KHOURY<sup>1</sup>

“You are right,” said Cardinal Archbishop Franz Koenig to the well-known historian Bernard Lewis in a meeting gathering Christians, Jews and Muslims in Vienna in the late nineties of the past century.<sup>2</sup> “I shall no more speak of tolerance; I shall speak of mutual respect.” This brief and simple statement summarizes the entire problem of religious minorities across the world: What are the source and nature of these rights and how to guarantee their ultimate respect.

Religious rights are an integral part of human rights as declared in the Universal Declaration of Human Rights (UDHR). Article 18 reads “Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief, and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in teaching, practice, worship and observance.”

- 
- 1 Member of the Foundation for Human and Humanitarian Rights/Lebanon, legal and human rights consultant.
  - 2 Lewis, B. (May 2003). I'm right, you're wrong, go to Hell. The Atlantic Monthly. <http://www.theatlantic.com/past/docs/issues/2003/05/lewis.htm>

This declaration came in rejection to the historical practice of “granting and bestowing” rights – rights in general and religious ones in particular - on people by rulers.

The Edict of Nantes<sup>3</sup> which gave French Huguenots the right to live in France is a case in point, as it reads: “*And in order to leave no occasion for troubles or differences between our subjects, **we have permitted, and herewith permit, those of the said religion called Reformed to live and abide in all the cities and places of this our kingdom and countries of our sway, without being annoyed, molested, or compelled to do anything in the matter of religion contrary to their consciences, ... upon condition that they comport themselves in other respects according to that which is contained in this our present edict.***”<sup>4</sup> This edict was rescinded by the Edict of Fontainebleau issued in 1685 by King Louis XIV: “**We have, by this present perpetual and irrevocable edict, suppressed and revoked, and do suppress and revoke, the edict of our said grandfather, given at Nantes in April, 1598, in its whole extent... We forbid our subjects of the R.P.R. to meet any more for the exercise of the said religion in any place or private house, under any pretext whatever excuse it can be, even of real exercises or bailliages???, even though the aforementioned exercises would have been maintained by the rulings of our council...**”<sup>5</sup>

The adoption of the UDHR on December 10<sup>th</sup> 1948 brought to an end the philosophical and legal debate about the source and nature of human rights. Its preamble reads “Whereas recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice, and peace in the world.” Henceforth, rights are no longer gifts by rulers or any source of power to their subjects as was the case:

“*All the privileges and spiritual immunities **granted by my ancestors ab antiquo, and at subsequent dates, to all Christian communities or other non-Muslim persuasions established in my empire under my protection, shall be confirmed and maintained...** **Such being my wishes and my commands...**” read the Hatt-ı Humayun of 1856, by the Ottoman Sultan Abdulmejid I<sup>6</sup>.*

3 The Edict of Nantes was issued by the French King Henry IV in 1598.

4 [http://huguenotsweb.free.fr/english/edict\\_nantes.htm](http://huguenotsweb.free.fr/english/edict_nantes.htm)

5 <http://clc-library-org-docs.angelfire.com/fontainbl.html>

6 <http://www.anayasa.gen.tr/reform.htm>

This document is part of the Tanzimat reforms aimed at introducing equality in education, government appointments, and administration of justice to all Ottoman subjects regardless of their religious belonging.

Rights are an integral part of every human being in his uniqueness.

While religious rights and freedoms have been embedded in various international legal instruments<sup>7</sup> to ascertain their sanctity and guarantee their respect, the magnitude of violations across the world remains one step ahead: unnecessary bureaucratic restrictions; denial of appropriate legal status; structural legal and social discrimination and exclusion; acts of vandalism and desecration; disrespect of internal autonomy...

If Burma, China, North Korea, Somalia are distant and unfamiliar examples, Syria, Iran, KSA, Egypt, Bahrain and Lebanon are not. Political analysts, statesmen and diplomats can arguably advance socio-economic or political reasons for the present turmoil in the Middle East. However, a closer look reveals other dividing line in this part of the world:

Alawites, Sunnis and Christians in Syria; Shia, Christians and Bahaai in Iran; Sunnis and Copts in Egypt; Sunnis and Shia in Bahrain; Sunnis, Shia, Christians and Druze in Lebanon.

True, religion was for a long period in the history of human kind *the* identity and source of rights and obligations. Yet, certain developments specific to the West<sup>8</sup>, culminating with the age of enlightenment and the concept of nation-state have substituted religion, as a source of rights and obligation, with the State. However, the Middle East remains a part of the world where religious identities prevail over any other structural form; where rights and obligations are seen through religion's binoculars. In Syria, the rights of the Alawite minority were secured through iron and fire for decades. In Bahrain, a Sunni minority defends its rights by monopolizing power. In Lebanon, Shiite claim against historical socio-economic marginalization is done *manu military*.

- 
- 7 Universal Declaration of Human Rights -1948 (arts. 2-18)  
 International Conventions on Civil and Political Rights – 1966 (arts. 18-20)  
 International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination – 1969 (art. 2)  
 Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief - 1981  
 Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief A/RES/36/55 25 November – 1981  
 International Religious Freedom Act – 1998
- 8 The Age of the Renaissance, religious reform and counter-reform in Europe, the industrial revolution and the age of enlightenment.

In the face of this rising tension, some religious authorities and civil society entities have been advocating for mutual tolerance among religions in reply to religious discrimination and intolerance. They base their call on the shared values and beliefs between religions<sup>9</sup>.

This approach can be criticized on two bases:

**First**, commonalities between religions are neither proof of mutual tolerance nor similarity, for the sources of earthly problems, as described respectively by the Abrahamic religions, and their metaphysical solutions are not the same; Muslims do not practice baptism or Holy Communion, Christians do not go to Mecca for pilgrimage.<sup>10</sup> Common eschatological tenets among Abrahamic religions are the result of their competition over one client i.e. the human being. In addition to that, this approach fails to notice that these same religious scriptures also vilify the “other” in the name of God. Anyone who has doubts can simply consult any dictionary about the meaning of the words *goyim*, *infidel* or *kafir*... ignoring this facet of religion as means of favoring the “common heritage” over “differences” does not make the latter a lesser truth in the eyes of believers. To be less theoretical, let us examine the example of Jesus as understood by Christianity, Islam and Judaism in the light of what has been already proposed. For “us” Christians, Christ, The Son of God, is central to the faith. His incarnation, death and

---

9 Judaism calls for loving and assisting strangers as oneself, and treating them equally (Exod. 23:9 reads “Do not oppress an alien; you yourselves know how it feels to be aliens, because you were aliens in Egypt”; Lev. 19:13 “Do not defraud your neighbor or rob him. “Do not hold back the wages of a hired man overnight”; Deut. 27:19 “Cursed is the man who withholds justice from the alien, the fatherless or the widow. Then all the people shall say, “Amen!”)

Christianity calls for love, mercy, peace and humility (Matt. 22:39 “...Thou shalt love thy neighbor as thyself.”- Matt. 5:7 “Blessed are the merciful, for they shall receive mercy” – Matt. 5:9 “Blessed are the peacemakers, for they shall be called sons of God.” – Matt. 11:29 “Take my yoke upon you. Let me teach you, because I am humble and gentle, and you will find rest for your souls.”)

The Quran emphasizes the notion of justice, cultural and religious diversity (Quran 4:135, “O ye who believe! Stand out firmly for justice, as witnesses to God, even as against yourselves, or your parents, or your kin, and whether it be (against) rich or poor: for God can best protect both. Follow not the lusts (of your hearts), lest ye swerve, and if ye distort (justice) or decline to do justice, verily God is well-acquainted with all that ye do.”)

10 Prothero, S. (April 25, 2010). Separate truths: It is misleading - and dangerous - to think that religions are different paths to the same wisdom. *The Boston Globe*.

resurrection in particular<sup>11</sup> constitute the pillars of the Church's 2000-year religious dogma and traditions. For "them" Muslims, Christ is only a prophet who was neither crucified nor did resurrect.<sup>12</sup> With the de-divinization of Christ, and the denial of his death and resurrection, one wonders whether the Quran really describes the same Christ "we" Christians know, and whether the Islamic religious truth does not challenge "ours". To add to this complication, the Jews' standpoint on this matter constitutes the cherry on top as "they" believe that Christ has not revealed himself yet! What about the claim of Islam that Mohammed is the seal of prophets? What if a new prophet is revealed to humanity? Would Muslims accept or embrace his revelations?

**Second**, tolerance implies a compromise that is not conceivable in the case of religious beliefs as these are ultimate truths in the minds and hearts of their followers; and because ultimate truths deny each other. The concept of tolerance itself is not as civil as it may sound. If intolerance means "I'm right, you're wrong, go to Hell,"<sup>13</sup> then tolerance is a more nuanced rudeness that reflects an attitude of superiority vis-à-vis the other: I'm right, you're wrong, but you can stay and "I will allow you some, though not all, of the rights I enjoy as long as you behave yourself according to standards that I shall determine."<sup>14</sup> The Arabic equivalent of tolerance is *Tasamuh*, a variation of the verb *Samaha* i.e. to forgive. Forgiveness means that a wrong has been committed, but no penalty is being inflicted "out of bigheartedness." In other words, followers of any religion that is not "ours" are considered "guilty." Accordingly, tolerance does not entail kindness and compassion but its absence,<sup>15</sup> and offers an unstable pattern of relations with the "other"; a pattern deeply influenced by historical developments or by the character of rulers.<sup>16</sup> Henceforth, tolerance

11 [http://www.vatican.va/holy\\_father/john\\_paul\\_ii/audiences/alpha/data/aud19890308en.html](http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/audiences/alpha/data/aud19890308en.html) and [http://www.vatican.va/holy\\_father/john\\_paul\\_ii/audiences/2000/documents/hf\\_jp\\_ii\\_aud\\_20000510\\_en.html](http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/audiences/2000/documents/hf_jp_ii_aud_20000510_en.html)

12 Verses 157 of Surat An-Nisaa states: "*Indeed, we have killed the Messiah, Jesus, the son of Mary, the messenger of Allah. And they did not kill him, nor did they crucify him; but [another] was made to resemble him to them. And indeed, those who differ over it are in doubt about it. They have no knowledge of it except the following of assumption. And they did not kill him, for certain.*" [www.quran.com/4/157](http://www.quran.com/4/157)

13 Lewis, B. (May 2003). I'm right, you're wrong, go to Hell. *The Atlantic Monthly*.

14 *Ibis*.

15 Sezgin, O. and Biçer, R. (2006). Foundations of Tolerance in Turkish Culture. *The European Legacy*. Vol. 11, No. 4, 405-415.

16 Wright, R. Decoding God's Changing Moods. Retrieved March 11, 2011 from <http://content.time.com/time/magazine/article/0,9171,1902851,00.html>

constitutes a partial and “voluntary” renunciation to one’s dominance over others. While it “bestows” some rights on the “other” as a favor, it does not “recognize” them i.e. rights, as being natural rights. In a letter addressed to the Jewish community of Newport in Rhode Island in 1790, George Washington noted that “it is now no more that toleration is spoken of, as if it was by the indulgence of one class of people that another enjoyed the exercise of their inherent natural rights.”<sup>17</sup> The consequences of bestowing rights i.e. tolerance and recognizing them are very clear: in the first case, rights can be amended, suspended or even withheld. In the second, they are immutable.

One alternative – suggested in this paper – to tolerance is mutual respected based on the recognition of a common essence to all human i.e. human dignity.

The recognition of rights as being “natural” – as expressed in the UDHR – automatically converts the utilitarian-based relation with the “other” to a humane one based on equality and mutual respect. The finest illustration of such metamorphosis marking the transition from tolerance to recognition is found in Martin Buber’s<sup>18</sup> rule “I-It; I-Thou.” The “I-It” model is a relation of subject-to-object in which “individuals” perceive each other as consisting of “accidents” i.e. religion, color, race... Contrary to this, the “I-Thou” offers a subject-to-subject relation based on the “essence” of “persons” i.e. their common human dignity, through which they engage in a relationship of dialogue and reciprocity. Vatican II’s acknowledgement that every person or group are looking for salvation in their own way could be the closest to the “I-Thou” model; this, despite the Church’s firm belief that its way remains the most righteous.<sup>19</sup> However, the flow of this “recognition” is the fact that it constituted a one-side commitment in a multilateral-party relation. Do Jews and Muslims adopt a similar stance? And for argument’s sake, even if they decide to do so, do their non-centralized structures facilitate such a task?

The recognition of the common dignity in every human being brings under focus the “essence” of every individual i.e. human dignity, at the expense of “accidents” i.e. religion, race, color... The need for recognizing others’

---

17 Lewis, B. (May 2003). I’m right, you’re wrong, go to Hell. *The Atlantic Monthly*.

18 Martin Buber (1878-1965) was an Existentialist Austrian Jewish philosopher known for his philosophy of dialogue.

19 [http://www.vatican.va/archive/hist\\_councils/ii\\_vatican\\_council/documents/vat-ii\\_decl\\_19651028\\_nostra-aetate\\_en.html](http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_decl_19651028_nostra-aetate_en.html)

beliefs i.e. ultimate truths, which is completely different from embracing them, is due to the fact that rejecting any religions' tenets will not make them a lesser reality and/or truth to its followers.

*“Then spoke Joshua to the Lord, in the day when the Lord gave the Amorites before the children of Israel, and he said in the sight of Israel, Sun, stay thou in Gibeon, and thou moon, in the valley of Ajalon. And the Sun abode, and the moon stood still, until the people avenged themselves upon their enemies: (Is not this written in the book of Jasher?) so the Sun abode in the midst of the heaven, and basted not to go down for a whole day. And there was no day like that before it, nor after it, that the Lord heard the voice of a man: for the Lord fought for Israel.”<sup>20</sup>*

In the 21<sup>st</sup> century i.e. about 3000 years after the writing of the above-cited Book of Joshua, human beings haven't much evolved as to their religious “we” vs. “them”; they still wage war, kill each other and declare divine victories in the name of God.

Now, if tolerance represented a form of minimum guaranties against rulers' arbitrariness in epochs where Kings represented God on earth, evolution and developments at the level of laws, social relations and organizations have made this concept obsolete. No need to draw a list of examples: the existentialist school of thoughts with its famous motto “the right to become” and the Universal Declaration of Human Rights are marking examples.

In his famous play “Dirty Hands” (1948) the French philosopher Jean-Paul Sartre notes “Quant aux hommes, ce n'est pas ce qu'ils sont qui m'intéresse mais ce qu'ils pourront devenir” i.e. as far as men go, it is not what they are that interests me, but what they can become.

---

20 The book of Joshua, 10: 12-14



# REFUGEE PROTECTION IN INTERNATIONAL LAW

**Samuel CHEUNG**

*Senior Protection Officer, UNHCR Lebanon*

## ABSTRACT

The issue of refugees – and forcible displacement more generally – has been among the more complex and pressing humanitarian challenges facing the international community in recent times. The world's refugee protection system in international law has evolved as a result of several factors, originating with the dynamics and causes of forced displacement, the historical roots and cultural norms of asylum and the progressive development of international legal principles and institutions. The term international protection, as opposed to mere respect and enforcement of international law and human rights norms, is closely related to the definition of a refugee and the principles of international state responsibility. The fundamental elements of refugee protection are found in the 1951 Convention, including the basic refugee definition as well as cessation and exclusion from refugee status. It also outlines the principle of non-return, or *non-refoulement*, as well as the legal status, minimum standards of treatment and rights and obligations of refugees.

## KEYWORDS

refugee, IDP, displacement

The issue of refugees – and forcible displacement more generally – has been among the more complex and pressing humanitarian challenges facing the international community in recent times. And whether resulting from international or internal conflict, state-sponsored persecution or isolated human rights violations, refugees represent one of the most vulnerable populations in the world. The dynamics of forced displacement remain complicated with multiple new conflict-related emergencies, including right here in Lebanon and nearby in Syria, to other factors such as poor governance or climate-induced environmental degradation which can increase competition for scarce resources or ultimately lead to further instability, conflict and displacement. Countless people continue to be uprooted by war, conflict and human rights abuses every year, including in the poorest and fragile states but also in industrialised and seemingly stable countries around the world. A majority of the displaced live in protracted situations without any immediate prospect of a durable solution to end their plight. These people often find themselves in states without the capacity, willingness or resources to provide basic assistance and protection. Humanitarian efforts, both to intervene and to assist where others are absent, are often frustrated by dangerous political and security conditions, both state and non-state.

Among the displaced population at the end of 2012, there were 10.5 million refugees, 28.8 million internally displaced persons (IDPs), 4.9 million Palestinian refugees and 937,000 asylum-seekers. Over the course of 2012, there were 7.6 million persons newly displaced equating to some 23,000 persons forced to flee their homes each day. An average of 3,000 people per day crossed international borders and became refugees in 2012, five times more than in 2010. These figures reflect conflicts in the Congo, Mali, Syria and South Sudan and levels of displacement at their highest since 1994. With ongoing crises around the world, the global refugee and internally-displaced population has witnessed, not a reduction, but a continued increase.

In addressing refugee protection under international law, the starting point is the UNHCR mandate which frames the international mandate and mission of refugee protection and solutions in modern times. Contained in the Annex to UN General Assembly resolution 428 (V) of 14 December 1951, this mandate reads:

*“The United Nations High Commissioner for Refugees, acting under the authority of the General Assembly, shall assume the function of providing international protection, under the auspices of the United Nations, to refugees who fall within the scope of the present Statute and of seeking permanent solutions for the problem of refugees...”*

Before investigating in depth the substance of this mandate, the historical perspective sheds significant light on the evolution of refugee protection. The world's refugee protection system was established with UNHCR and designed to respond to the potentially destabilizing effects of population movements from the Second World War and its aftermath, and to uphold the rights of refugees and support the countries hosting them. Following a series of predecessor and temporary refugee organizations, UNHCR was established contemporaneously with the birth of the Universal Declaration of Human Rights in 1948, followed a year later by the fourth of the Geneva Conventions covering the protection of civilians caught up in conflict. As an institution, UNHCR initially focused on refugees in Europe, coinciding with the Cold War and refugees fleeing communist regimes. Not long after, it became clear that refugee protection was not a temporary phenomenon but would require permanent institutions such as UNHCR to deal with displacement as an increasingly recognized global phenomenon.

In the 1960s and 1970s, the independence and decolonization processes in Africa signaled a shift in refugee efforts away from Europe to places such as Algeria and then to South Asia and the war which led to the independence of Bangladesh. In the mid-1970s, the global expansion continued with massive displacement of Indo-Chinese refugees from Cambodia, Laos and Vietnam and then in the 1980s with Cold War proxy wars in the Horn of Africa, Asia and Central America. The 1990s continued this global expansion of refugee operations with further complexity entailing UNHCR's involvement in active conflicts. There was the first Gulf War and large-scale relief operations for the Kurds in northern Iraq as well as the break-up of Yugoslavia, which was the largest refugee crisis Europe had seen since the Second World War. In the 2000s, American-led wars in Afghanistan and Iraq resulted in large-scale internal displacement as well as massive refugee flows into neighboring countries.

Shifting from this historical snapshot of the last half-century, what is evident is that the evolution of refugee protection in international law has been the result of several factors, originating with the dynamics and causes of forced displacement, the historical roots and cultural norms of asylum and the progressive development of international legal principles and institutions. For example, forced displacement can be the result of singular or multiple dynamics: political instability and war, natural or manmade disaster, life-threatening economic decline or ecological crisis, ethnic, religious, tribal conflict, individual persecution or human trafficking. Displacement is an often times complex manifestation of these underlying dynamics. For the

observer, one needs to consider how each and every individual assesses his or her decision to flee home and homeland. It may be an accumulation of human rights abuses producing mass exodus or it may be an individual decision that ‘enough is enough’ in terms of the risk to oneself or their family. Additional factors to consider are that inter-state conflict is not as prevalent today as ‘internal’ strife and civil war, meaning internal displacement is compounded with cross-border movements. Short-term, short-distance, repetitive dislocation may occur in dense urban settings rather than large-scale and more obviously visible displacement across borders and into camps.

The global response to displacement of these kinds is traced to the historical norm of asylum, which is a universal tradition rooted in cultural, social and political traditions around the world. References to asylum can be found in Greek philosophy, Hindu mythology, Buddhist teaching and in Islam. In terms of word origin, Greek philosophy refers to the term “*asulon*” which means sanctuary, referring to the temple or sacred space meant to provide sanctuary to the alien, downtrodden and persecuted. While expressed in many ways, simply put, asylum is the obligation to provide safety and support to strangers in distress. This historical norm has been progressively incorporated into international law, culminating in the drafting of the 1951 Refugee Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol. The principles and norms codified in this convention have their corollaries in the related corpuses of international human rights law and international humanitarian law, which together form some of the main tools for international protection and reinforce the concept of asylum and the customary norm of *non-refoulement*.

Refugee jurisprudence often employs the term international protection rather than the mere respect and enforcement of international law and human rights norms. The reason for this is closely related to the definition of a refugee and the principles of international state responsibility. In short, states have exclusive jurisdiction over their territories and their peoples, together with the right and obligation to protect their own people. However, conditions arise where states may be unable or unwilling to protect their nationals, often leading to displacement internally. When a person then crosses an international border and the basic bond between national state is severed, it then becomes incumbent upon the international community to provide international protection as a temporary substitute for national protection.

UNHCR generally categorizes persons in need of protection into four categories: refugees, returnees, stateless persons and internally-displaced persons. The basic factors of the definition of a refugee as outlined in

Article 1A of the 1951 Convention are that he or she is: outside the country of his/her nationality, has a well founded fear of persecution for reasons of race, nationality, religion, membership of a particular social group, political opinion and is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to his/her country. While universally recognized under this definition, there is at the same time a rich body of interpretive jurisprudence on each of these factors given the different individual circumstances of every refugee. Certain regional conventions such as the Cartagena Declaration and the OAU Convention provide a more expansive definition for persons fleeing war and conflict.

For purposes of this presentation, some basic principles prevail. Refugee fleeing persecution are those forced to leave individually their own countries or countries of habitual residence due to persecution. Refugees fleeing conflict are those forced as a group to leave their own countries or habitual residence due to generalized violence, armed conflict. In contrast, migrants are those who move from one place to another voluntarily for economic, social, or cultural reasons.

This distinction may seem simple on the surface but again can be complex given that persons flee their homes based on a variety of factors and motives. What are referred to as mixed population flows have evolved as a challenge to the institutions and norms of asylum as states develop measures to fortify and control their borders. Globalization and the overall increase in human mobility has also contributed toward increased irregular migration and crossing of borders in complex migratory flows. The critical distinction remains, however, regarding the notion of being compelled to flee and not being able to return to one's country of origin. Also of importance is stigmatism and confusion regarding illegal migrants, that is, those who are not citizen of the country of residence, who are unlawfully staying in the country of residence without valid immigration permit allowing the purpose of the stay in the country. Yet immigration status has no direct correlation with being a refugee, as refugees may enter with a valid immigration permit but also may be forced to cross borders without a valid visa.

It should be noted that the Palestinian refugees represent an important 'exception' to the traditional refugee definition as their status is not governed by the 1951 Convention when they are within the area of operation of UNRWA. Palestinian refugees outside UNRWA's area fall *ipso facto* under the protection of the 1951 Convention and UNHCR. The situation of Palestinian refugees, well known in Lebanon, is a special case deserving critical study, including the history of UNRWA's continuing mandate for

relief and development, in contrast to the protective mandate of the United Nations Conciliation Commission for Palestine, which was dissolved some years after its founding.

IDPs are similar to refugees in many respects with an important caveat. According to the Guiding Principles on Internal Displacement, IDPs are defined as:

*“persons or groups of persons who have been forced or obliged to flee or to leave their homes or places of habitual residence in particular as a result of or in order to avoid the effects of armed conflict, situations of generalized violence, violations of human rights or natural or human-made disasters, and who have not crossed an internationally recognized State border.”*

As is evident in the definition, the key distinction from refugees is the fact IDPs remain in their country of origin without having crossed an international border. Related to, but not dependent on, important developments in international humanitarian intervention and the notion of the responsibility to protect, the UN General Assembly and other bodies have increasingly recognized the legitimate interest of the international community in the protection of the rights of IDPs, which is complemented by refugee protection. Important developments in this respect include the drafting of the 1998 IASC Guidelines on Internal Displacement and the more recent 2009 African Union Convention for the Protection and Assistance of IDPs (Kampala Convention), not to mention the humanitarian reform and cluster approach intended to provide more predictability and consistency to the response to internal displacement.

In returning to refugee protection, the fundamental elements of refugee protection are found in the 1951 Convention. This includes the basic refugee definition as well as cessation and exclusion from refugee status. It also outlines the principle of non-return, or *non-refoulement*, as well as the legal status, minimum standards of treatment and rights and obligations of refugees. By 2011, a total of 148 countries had ratified the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol. However, more than 40% of refugees under UNHCR’s mandate are hosted by states not signatory to the 1951 Convention, which can undermine refugee protection and state obligations to fulfill basic responsibilities toward refugees.

Article 33 of the 1951 Convention spells out the principle of non-refoulement: “No contracting state shall expel or return (*“refouler”*) a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his

life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion.” This obligation, also contained in Article 3 of the Convention Against Torture and Article 7 of the ICCPR, is considered a customary norm of international law, meaning that it remains a state obligation irrespective of whether a state is signatory to the Convention.

Article 2 of the 1951 Convention outlines the obligations of refugees, such as that refugees must conform to the laws and regulations of any country in which they find themselves, as well as, that refugees must refrain from any acts that jeopardize the safety, security or public order of communities or countries of asylum. In terms of rights, these include the right to safe asylum (also spelled out in Article 14 of the UDHR) and that refugees should receive at least the same rights and basic help as any other foreigner who is a legal resident. Other rights include basic civil rights (freedom of thought, of movement and freedom from torture and degrading treatment) and economic and social rights (access to medical care, education, right to work).

Article 31 of the 1951 Convention spells out another important principle of non-penalization. It reads: “Contracting States shall not impose penalties, on account of their illegal entry or presence, on refugees who... enter... their territory without authorisation, provided they present themselves without delay to the authorities... The underlying principle is to advocate for alternatives to detention and that, where employed, any detention of an asylum-seeker should be for the briefest period possible, subject to judicial control and limited to preliminary assessment. In short, asylum-seekers are not criminals and should not be penalized for seeking asylum.

A final point in refugee protection is the ultimate goal of durable solutions allowing refugees to rebuild their lives in dignity and peace. Of these solutions, voluntary repatriation is a return to the country of origin when country conditions permit and through the voluntary, free and informed choice of refugees. Local integration represents integration into the host community of the country of asylum. Many believe that resettlement to a third country is the primary durable solution, yet only a small number of states take part in UNHCR resettlement programmes and of the 10.5 million refugees, only about 1% are submitted for resettlement. This underscores the importance and role of first asylum countries in providing solutions, both immediate and long-term, for refugees.

In recent times, the conflict in Syria has made the refugee issue of historical visibility and significance in Lebanon. At the time of writing, there were more than 800,000 refugees from Syria registered with UNHCR in Lebanon. In

applying the principles of international refugee protection discussed above, the priorities in Lebanon include: ensuring access to territory, registration and civil documentation, including birth registration; ensuring respect of refugee rights and physical safety; delivering quality protection, care and access to basic needs and essential services for persons with specific needs, including children and survivors of sexual and gender-based violence; strengthening government and community protection capacities; identifying vulnerable refugees for resettlement and humanitarian admissions programmes; and incorporating protection principles and mitigating potential risks linked to shelter, water, sanitation, health, distributions, etc.

Some of the challenges in Lebanon are that refugees live in more than 1,570 different locations in Lebanon. This makes information dissemination and outreach even more important for refugees to access registration and vital services, especially for women and girls whose mobility is often restricted by family members. With limited livelihood opportunities, the vulnerability of refugees increases over time as their resources diminish. When living costs exceed household earnings debt can lead refugees to consider negative coping mechanisms including child labor, and, in some cases, survival sex and child marriage. The lack of adequate housing and shelter is also a concern, where overcrowding and lack of privacy in shared housing, collective shelters and tented settlements can increase risks for women and children. Finally, national health, legal and social systems require additional support, especially for the specific needs of women and children. Clinical care for sexual violence and specialized skills for dealing with child survivors remain scarce or absent, especially in remote areas.

For better or for worse, the world's spotlight is on Lebanon and neighboring countries as the international community faces perhaps the defining humanitarian crisis of the decade, if not century. In this, it is important to remember the basic factors that underlie the refugee crisis as well as the continued need for the proper functioning of the international protection regime, as applied in Lebanon, in providing protection and assistance to vulnerable refugee populations.

## REFERENCES

- UNHCR, State of the World's Refugees: Fifty Years of Humanitarian Action, 1 January 2000
- UNHCR, Statistical Yearbook 2012, 10 December 2013

LA CONVENTION DE VIENNE SUR  
LA VENTE INTERNATIONALE DE  
MARCHANDISES 30 AVRIL 2014



# 01

## THE CISG AND THE LAW OF ELECTRONIC TRANSACTIONS

Cyril EMERY

*UNCITRAL Secretariat / Secrétariat de la CNUDCI*

### ICT IN THE GLOBAL ECONOMY / LES TICS DANS L'ÉCONOMIE MONDIALISÉE

- Use of ICT is a fundamental feature of the global economy.
- UNCITRAL has promoted early work on legally enabling the use of new technologies (1990s).
- The UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce and Model Law on Electronic Signatures have become global standards: MLEC 50+ States, MLES 25+ States.
- L'utilisation des TIC est un aspect fondamental de l'économie mondialisée.
- La CNUDCI a promu les premiers travaux visant à encadrer juridiquement l'utilisation des nouvelles technologies (1990s).
- La Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques constituent une référence normative au niveau mondial : LTCE 50+ Etats, LTSE 25+ Etats.

## RECENT DEVELOPMENTS / DÉVELOPPEMENTS RÉCENTS

- In the last decade, electronic communications have become pervasive and ubiquitous.
- UNCITRAL has reacted by:
  - a. reviewing its texts (arbitration, maritime transport, procurement)
  - b. preparing the Electronic Communications Convention
    - Entered into force on 1 March 2013
    - Lebanon is a signatory.
- Au cours de la dernière décennie, les communications électroniques sont devenues très communes et omniprésentes.
- La CNUDCI a réagi :
  - a. en mettant à jour ses textes (arbitrage, transport maritime, passation des marchés).
  - b. en préparant la Convention sur l'utilisation des communications électroniques
    - entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2013
    - le Liban est un pays signataire.

## CURRENT TRENDS IN ELECTRONIC TRANSACTIONS LAW / TENDANCES ACTUELLES DES LÉGISLATIONS SUR LES TRANSACTIONS ÉLECTRONIQUES

- General favour for paperless trade.
- Interest for supply chain management and integrated logistics:
  - Rotterdam Rules aim at providing door-to-door coverage.
- In related topics, UNCITRAL is working on:
  - Legal issues relating to cross-border single window facilities
  - Dematerialisation of transferable commercial documents (including bills of lading).
- Faveur générale pour le commerce sans papier.
- Intérêt pour la gestion de la chaîne de création de valeur et pour la logistique intégrée :

- Les Règles de Rotterdam visent à offrir une couverture porte-à-porte.
- Dans les domaines concernés, la CNUDCI travaille sur :
- les questions juridiques relatives aux guichets uniques transfrontaliers
- la dématérialisation des documents commerciaux transférables (incluant les connaissements).

### **CISG AND ELECTRONIC COMMUNICATIONS / LA CVIM ET LES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES**

- The development of electronic communications could not be fully foreseen at the time of drafting the CISG.
- However, there was a certain awareness: Specific provisions are contained in the Hamburg Rules (1978).
- The issue was noticed early on CISG AC Opinion n° 1.
  - A l'époque de la préparation de la CVIM, l'essor de l'utilisation des communications électroniques ne pouvait pas être prévu.
  - Cependant, il y avait une certaine connaissance de cette utilisation : Des règles spécifiques existent dans les Règles de Hambourg (1978).
  - La question a été identifiée relativement tôt : Opinion n° 1 du Comité consultatif de la CVIM.

### **CISG AND ELECTRONIC COMMUNICATIONS / LA CVIM ET LES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES**

- Basic compatibility, but there is a need to develop certain specific rules for:
  - Written form requirements (by declaration, e.g., articles 11, 12 and 96, or contractually)
  - No oral modification clauses (article 29)
  - Signature or originality requirements (not in the CISG, but elsewhere).

- All of these require standards for functional equivalence that are not in the CISG, but can be found in article 9 of the Electronic Communications Convention.
- Compatibilité en principe, mais il est nécessaire de développer certaines règles spécifiques pour :
  - L'écrit comme condition de forme (par déclaration, exemple articles 11, 12 et 96, ou par accord)
  - La clause ne permettant pas une modification orale du contrat (article 29)
  - La demande de documents signés ou originaux (non dans la CVIM, mais dans des lois ou accords).
- Cela requiert un standard pour l'équivalence fonctionnelle qui n'est pas prévu par la CVIM, mais qui est fourni par l'article 9 de la Convention sur l'utilisation des communications électroniques.

## **CISG PART II AND ELECTRONIC COMMUNICATIONS / PARTIE II DE LA CVIM ET LES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES**

- Is it outdated due to the use of electronic means, whose long-distance delivery is instantaneous?
- E.g., rules on withdrawal of offer may not be applicable.
- La partie II CVIM sur la formation des contrats présuppose l'interaction des parties en personne ou par courrier.
- Est-elle dépassée par l'utilisation des moyens électroniques pour lesquelles la communication est instantanée ?
- Par exemple, les règles sur la rétractation de l'offre peuvent ne pas être applicables.

## **THE INTERACTION BETWEEN CISG AND ECC / L'INTERACTION ENTRE LA CVIM ET LA CCE**

- The Electronic Communications Convention may assist:
  - Art. 11 – invitation to make offer (see CISG art. 14(2))
  - Art. 12 – use of automated message systems
  - Art. 14 – error in electronic communications.

- La Convention sur l'utilisation des communications électroniques peut aider :
  - Art. 11 – invitation à faire une offre (voir CVIM art. 14(2))
  - Art. 12 – utilisation des systèmes de messagerie automatisés
  - Art. 14 – erreur dans les communications électroniques.

### **CISG, ECC AND LEBANON / LA CVIM, LA CCE ET LE LIBAN**

- Lebanon is a trading hub with an outstanding commercial tradition.
- Is the CISG sufficiently known and used?
- E-commerce law:
  - a draft, containing regulation, is still pending
  - Lebanon is a signatory of the Electronic Communications Convention.
- Le Liban est un pays clé du commerce mondial avec une tradition bien ancrée.
- Est-ce que la CVIM y est suffisamment connue et utilisée ?
- Loi sur le commerce électronique:
  - Un projet de loi, qui contient aussi des aspects réglementaires existe, mais n'a pas été adopté
  - Le Liban est un pays signataire de la Convention sur l'utilisation des communications électroniques.

### **THE WAY FORWARD / UN PLAN POUR L'AVENIR**

- Lebanon has a chance to move to the front of e-commerce legislation by:
  - Ratifying the Electronic Communications Convention
  - Adopting an e-transactions act based on UNCITRAL texts.
- Non-controversial legislation, quick to adopt.
- Promotes global and regional integration.
- Increases legal predictability, promotes e-commerce.
- Ultimately leads to economic development, thus increasing social stability.

- Le Liban a la possibilité de se placer à l'avant-garde de la législation concernant le commerce électronique avec :
  - La ratification de la Convention sur l'utilisation des communications électroniques
  - L'adoption d'une loi sur les transactions électroniques et les signatures électroniques basée sur les lois type de la CNUDCI.
- Législation non-controversée, rapide à adopter.
- Favorise l'intégration au niveau mondial et régional.
- Renforce la prévisibilité juridique et favorise e-commerce.
- Entraîne la croissance économique et par conséquent contribue à la stabilité sociale.

# LA CONVENTION DE VIENNE FACE À LA PRATIQUE DU COMMERCE INTERNATIONAL *INCOTERMS ET LINER-TERMS*

Gaby CHAHINE

*Professeur des universités, Juge judiciaire*

*« Le commerce international est une République sans territoire, sans gouvernement et sans pouvoir Législatif »*

*Hans De Vries<sup>1</sup>*

A l'époque du Cyberespace et du village cosmique, certaines vérités du monde ancien se trouvent violemment bousculées. Aussi, d'autres constats se voient érigés en Vérités inébranlables : les codifications nationales, fruit des concepts d'Etat-nation et de contrat social, cèdent aujourd'hui la place, sur le plan transfrontalier, à une régulation mondiale – dont les traits laissent entrevoir le Marché présenté comme l'état de nature des choses et de toute organisation humaine (!)<sup>2</sup>.

L'internationalisation et l'intensification des échanges internationaux à partir de la deuxième moitié du XX<sup>e</sup> siècle - qualifiée « l'âge d'or » du

---

1 Cité par F. EISMANN, *Usages de la vente commerciale internationale*, éd. Jupiter, 1980, p. 17.

2 Voir sur ce sujet l'ouvrage dirigé par Ch-A. MORAND, *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant 2001, notamment la contribution de F. OST ; U. DARETTA et R. LAKE, *Contrats internationaux : Pathologies et remèdes*, FEC, 1996 ; M. SALAH, *Les contradictions du droit mondialisé*, PUF, 2002.

commerce international (les chiffres de cette période sont simplement « inimaginables » : PIB mondial + 54% entre 1990 et 2007, volume des exportations mondiales + 300% sur la même période (!)<sup>3</sup> - ont accéléré le phénomène, déjà observé, d'uniformisation et d'homogénéisation du Droit.

A cette fin, « le meilleur instrument de conciliation des ordres juridiques en présence demeure incontestablement la pratique marchande... (qui en) constitue le plus petit dénominateur commun »<sup>4</sup>.

Le droit de la vente internationale des marchandises n'échappe pas à cette affirmation. Ainsi, la Convention de Vienne illustre la part belle faite à la pratique en érigeant l'autonomie de la volonté et les usages du droit professionnel en principes directeurs primant le dispositif conventionnel<sup>5</sup>. Aussi, les *incoterms* (ou termes du commerce international)<sup>6</sup> et les *Liner-terms* reflètent, de leur côté, cette prise en compte de la pratique dans l'élaboration du droit international des affaires nommé aussi « l'ordre mercatique ».<sup>7</sup>

Pour initier notre propos il nous semble nécessaire de définir ce que nous entendons par *incoterms* et *liner-terms*.

La Chambre de Commerce international (CCI) considère les *incoterms* comme les « Règles internationales ayant pour but d'interpréter les termes commerciaux les plus utilisés dans le commerce extérieur »<sup>8</sup>.

De leur côté, les *Liner-terms* sont pour le contrat de transport international des marchandises ce que les *incoterms* sont pour le contrat de vente internationale des marchandises. Ils déterminent les niveaux de prise en charge des obligations liées au chargement et déchargement des marchandises<sup>9</sup>.

3 Voir pour une lecture critique de ce phénomène : E. COHEN, *Penser la crise*, Fayard, 2010.

4 F. OSMAN, *les principes généraux de la Lex mercatoria*, LGDJ, 1990.

5 Ph. KAHN, « Droit international économique, droit du développement, lex mercatoria : concept unique ou pluralisme des ordres juridiques », in : *Etudes offertes à B. Goldman*, p. 106 et s.

6 مصطلحات التجارة الدولية

7 Voir J. BÉGUIN et M. MENJUCQ, *Droit du commerce international*, Litec, 2005, n° 58.

8 Voir le Dictionnaire Lamy, contrats internationaux, éd. de 1992, division 4, article 271.

9 Th. LEFEUVRE et al., *Gestion des opérations d'import-export*, Foucher, 2<sup>e</sup> éd., 2011, p. 46 et s.

## HISTORIQUE

Les origines des *incoterms* remontent aux années 1930, époque à laquelle la CCI avait commencé à étudier l'élaboration de règles uniformes applicables au commerce transfrontalier. La première édition 'officielle' des Incoterms remonte à 1936. Plus tard, plusieurs ajustements et évolutions se sont avérés nécessaires afin d'accompagner l'évolution des pratiques et techniques (telles que l'EDI – Echange de Données Informatisées, la conteneurisation croissante du transport, l'émergence et le développement du transport multimodal... etc) ce qui a conduit la CCI à plusieurs révisions (1953 – 1967 – 1976 – 1980 – 2000 et 2010)<sup>10</sup>.

Notons toutefois que les premières tentatives d'élaboration de contrats-types ou de conditions générales de ventes remontent dans le temps à l'époque de la très prestigieuse *London Corn Trade Corporation* du XIX<sup>e</sup> siècle, donc antérieurement à la création de la CCI en 1921.

Quant aux *liner-terms*, ils sont le fruit des conférences maritimes qui organisent la concurrence entre les compagnies exploitant les lignes de transport régulières. Ils sont même parfois appliqués par les *outsiders* au vu des garanties et facilités qu'ils suggèrent.

## PLAN DE LA PRÉSENTE ÉTUDE

Notre modeste contribution à cette table ronde débutera par une présentation sommaire des *incoterms* et *liner-terms* laquelle mettra l'accent sur leur aspect pratique et se prolongera par une comparaison entre ces termes et la Convention de Vienne (CVIM).

### PRÉSENTATION PRATIQUE DES *INCOTERMS* ET *LINER-TERMS*<sup>11</sup>

Les *incoterms* – de l'anglais « *International commercial terms* », sont des sigles ou acronymes (de type EXW, FOB, CFR...etc) qui expriment l'*accord*

10 Voir l'ouvrage collectif intitulé : *Les contrats de vente internationale de marchandises*, édité par le Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne en 1991, notamment le chapitre IV écrit par C. XUEREF, « Les incoterms », p. 133 et s.

11 Voir à ce sujet, Gh. LEGRAND et H. MARTINI, *Management des opérations du commerce international*, 8<sup>e</sup> éd., Dunod, 2007, p. 8 et s. ; Ouvrage collectif édité par UbiFrance, *Exporter*, 23<sup>e</sup> éd., 2011, p. 569 et s. ; Th. LEFEUVRE et al., *Gestion des opérations d'import-export*, p. 5 et s.

*des parties* d'un contrat de vente internationale sur les obligations réciproques qui pèsent sur chacun parmi eux, notamment autour de trois axes principaux :

- Le transfert des frais
- Le transfert des risques
- La fourniture des documents

## INTÉRÊTS DES INCOTERMS

L'intérêt premier du recours aux *incoterms* réside dans la simplicité qu'un tel choix assure à la pratique des affaires. Ainsi, la sélection d'un acronyme suffit à déterminer un régime contractuel spécifique et rend inutile l'énoncé du détail des obligations mutuelles du vendeur et de l'acheteur. Un code de trois lettres remplace ainsi des contrats de plusieurs dizaines de pages.

Un autre intérêt pratique réside dans le fait que les *incoterms*, par leur caractère universel, transcendent les divergences qui peuvent exister entre les différents droits nationaux des acteurs du commerce international. Ainsi, ils forment une sorte de pratique juridique unifiée au plan international. Cette dernière affirmation reste néanmoins à relativiser du fait même du champ d'application des *incoterms*. En effet, ceux-ci ne concernent en aucun cas ni le moment du transfert de la propriété, ni les modalités et techniques du paiement, ni les relations des cocontractants avec le transporteur ; lesquels restent régis par la Loi nationale applicable au contrat, c.à.d. la *lex contractus*.

## DIFFÉRENTES FAMILLES D'INCOTERMS

Afin de mieux souligner les caractères particuliers de chaque groupe *d'incoterms*, ces derniers ont été classés d'abord en quatre grandes familles. Ensuite ils ont été répartis en deux sous-ensembles : un premier réservé au seul transport maritime et un second multimodal, donc utilisable dans tous les modes de transport.

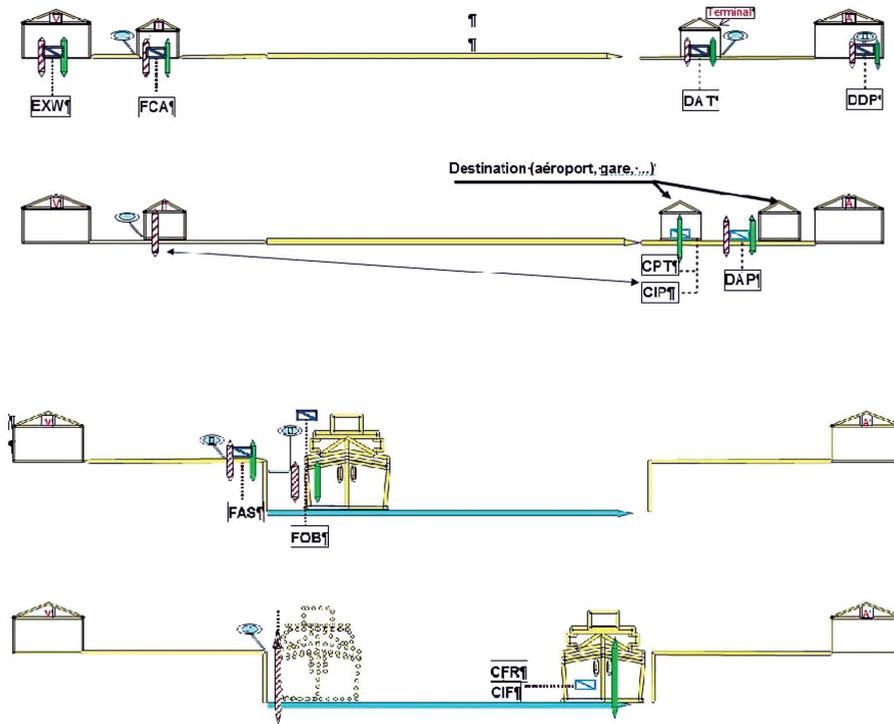
**Tableau n° 1 : Les familles d'incoterms**

Famille	Incoterms	Caractéristiques
E	EXW	Le vendeur est simplement tenu à assurer l'emballage adéquat au transport et de fournir une facture commerciale
F	FCA – FOB – FAS	Le vendeur est tenu de remettre la marchandise à un transporteur désigné, mais n'acquitte pas le transport principal.
C	CFR – CIF – CPT – CIP	Le vendeur doit assumer certaines obligations au-delà du moment de transfert de risques. Cela signifie que le coût du transport principal a été acquitté.
9.5	DAT – DAP – DDP	Le vendeur assume les risques et les coûts de l'acheminement des marchandises jusqu'au pays de destination (parfois même jusqu'aux locaux de l'acheteur.)

**Tableau n° 2 : Les deux sous-ensembles d'incoterms**

Incoterms	Formule complète	Sigles
Incoterms pour tous les modes de transport		
Ex works Free Carrier Carriage paid to Carriage, insurance, paid to Delivered at terminal Delivered at place Delivered duty paid	À l'usine Franco transporteur Port payé jusqu'à Port et assurance payés jusqu'à Rendu au terminal Rendu au lieu de destination Rendu droits acquittés	EXW FCA CPT CIP DAT DAP DDP
Incoterms réservés au seul transport maritime		
Free alongside ship Free on board Cost and freight Cost, insurance and freight	Franco le long du navire Franco à bord Coût et fret Coût, assurance et fret	FAS FOB CFR CIF

Tableau n° 3 : Schémas de répartition des risques et frais



Schémas illustrés d'après : J. VUILLOD, *De la conception à la réalisation d'un projet export*, Université La Sorbonne nouvelle, 2010.

## OBLIGATIONS DES PARTIES SELON LES DIFFÉRENTS INCOTERMS

### **EXW (DÉPART USINE) :**

Le choix de cet *incoterm* met à la charge du vendeur deux obligations : celles de fournir l'emballage adéquat et une facture commerciale. Il revient à l'acheteur de supporter tous les frais et risques liés à la prise en charge de la marchandise depuis les locaux du vendeur.

### **FCA (FRANCO TRANSPORTEUR AU LIEU CONVENU) :**

C'est un *incoterm* multimodal. Il met à la charge du vendeur l'emballage et le dédouanement export des marchandises qui seront livrées au transporteur désigné par l'acheteur.

### **FAS (FRANCO LE LONG DU NAVIRE) :**

Exclusivement maritime, il met à la charge du vendeur l'obligation de livrer les marchandises emballées le long du bord du navire et accompagnées d'une facture commerciale. Il incombe aussi au vendeur de dédouaner la marchandise (à l'export). Toutes autres obligations restent à la charge de l'acheteur (chargement – assurance – douanes à l'import et post-acheminement).

### **FOB (FRANCO À BORD – PORT D'EMBARQUEMENT CONVENU) :**

Cet *incoterm*, exclusivement maritime ne s'applique que sur des marchandises conteneurisées. La dernière édition (2010) a abrogé l'ancien principe selon lequel le transfert des risques ne s'effectue que lors du passage du bastingage dans le port de départ. Désormais ce transfert s'achève lorsque les marchandises, dûment emballées et accompagnées d'une facture commerciale valable, sont à bord du navire au port d'embarquement (les frais d'embarquement sont donc à la charge du vendeur à moins qu'ils ne soient inclus dans le fret).

### **CFR (COÛT ET FRET – PORT DE DESTINATION CONVENU) :**

Maritime uniquement, cet *incoterm* dissocie le moment de transfert des frais (port d'arrivée) et celui de transfert des risques (à l'instant où les produits sont chargés sur le navire au port d'embarquement).

**CIF (COÛT, ASSURANCE, FRET – PORT DE DESTINATION CONVENU) :**

Le CIF n'est qu'une variante du CFR et ne se distingue de ce dernier que par l'obligation faite au vendeur de conclure une assurance pour le compte de l'acheteur. Très attractif dans la pratique car il permet de simplifier la vente internationale car il permet à l'acheteur de se remettre entièrement au vendeur tant que les marchandises ne sont pas arrivées dans son pays tout en restant une vente « *au départ* » qui n'engage pas la responsabilité du premier.

**CPT (PORT PAYÉ JUSQU'À – LIEU DE DESTINATION CONVENU) :**

Il s'agit d'une variante du CFR applicable au transport multimodal. Les risques sont transférés à l'acheteur à la livraison des marchandises au premier transporteur. Les frais restent à la charge du vendeur jusqu'à l'arrivée de la cargaison au lieu convenu.

**CIP (PORT PAYÉ, ASSURANCE COMPRISE – AU LIEU DE DESTINATION) :**

C'est un CIF multimodal, applicable donc à tout type de transport.

**DAT (RENDU AU TERMINAL – PORT OU LIEU DE DESTINATION CONVENU) :**

Dans cet *incoterm* multimodal, nous sommes en face d'une vente à l'arrivée. Le vendeur doit pré-acheminer la marchandise, la dédouaner à l'export, l'acheminer jusqu'au terminal convenu. L'acheteur doit s'acquitter ensuite des opérations qui suivent (dédouanement import et post-acheminement).

**DAP (RENDU AU LIEU DE DESTINATION CONVENU) :**

Multimodal, cet *incoterm* prolonge le moment de transfert des frais et risques du vendeur à l'acheteur jusqu'à l'arrivée de la marchandise au lieu convenu situé dans le pays d'arrivée. Il ajoute donc aux obligations du vendeur issues d'une vente DAT, celle de post-acheminer la cargaison.

**DDP (RENDU DROITS ACQUITTÉS – LIEU DE DESTINATION CONVENU) :**

Avec le DDP les obligations du vendeur culminent au plus haut point. *Incoterm* multimodal, c'est un DAP auquel on ajoute, à la charge du vendeur, l'obligation de dédouaner les produits à l'arrivée, donc dans le pays de l'acheteur. Fortement déconseillé à l'exportateur qui ne maîtrise pas une présence et une connaissance établie du pays de l'importateur.

**Tableau n° 4 :** répartition des frais entre le vendeur (V) et l'acheteur (A) selon les différents incoterms

Sigle	Pré-acheminement	Douane export	Transport P.	Assurances	Douanes import	Post-acheminement
EXW	A	A	A	A	A	A
FAS	V	A	A	A	A	A
FCA	V	A	A	A	A	A
FOB	V	V-A	A	A	A	A
CFR	V	V	V	A	A	A
CPT	V	V	V	A	A	A
CIF	V	V	V	V	A	A
CIP	V	V	V	V	A	A
DAT	V	V	V	V-A	A	A
DAP	V	V	V	V	A	V
DDP	V	V	V	V	V	V

## LES ENJEUX DES INCOTERMS

Loin d'être un choix anodin, le fait d'élire *l'incoterm* possède des répercussions graves sur différents aspects de la vente : le prix, l'obligation documentaire, le déclenchement du paiement international, le financement et l'image de l'entreprise se trouvent ainsi affectés.

**Le Prix :** Le choix de *l'incoterm* se répercute indéniablement sur le prix. En effet, le vendeur calcule le prix final de son produit en intégrant les frais (liés au transport, à l'assurance, au dédouanement...etc.) selon que

telle ou telle obligation pèse sur lui, donc selon *l'incoterm* défini par son accord avec l'acheteur.

**Les documents et le paiement :** Selon les obligations du vendeur, définies par *l'incoterm* choisi, ce dernier doit fournir les documents permettant à l'acheteur de bien recevoir ses marchandises. En réalité, ces documents permettent dans la quasi-totalité des cas : 1) de prouver que le vendeur s'est véritablement acquitté de toutes ses obligations ; 2) de déclencher le processus de paiement international lequel est le plus souvent un paiement documentaire.

**Le financement de l'entreprise :** Les obligations du vendeur (qui sont définies par *l'incoterm* choisi) ont des répercussions directes sur la trésorerie de ce dernier. Ce constat repose sur le fait que le vendeur devra « avancer » les frais d'acheminement, d'assurance et de dédouanement avant de les récupérer en même temps que le prix final de ses produits - délais de paiement courants entre 3 et 18 mois.

**L'image de l'entreprise :** *l'incoterm* est un élément clé de la négociation commerciale. S'il est plus simple pour le vendeur de vendre EXW, il n'en reste pas moins vrai que, du côté de l'acheteur, la simplicité plaide pour un DDP. Ainsi, pour une entreprise néo-exportatrice, il est conseillé de vendre en EXW ou FCA ; pour une PME bien installée sur le marché international les FCA, CPT, CIP et DAP sont les *incoterms* les plus adéquats.

## LES LINER-TERMS

Tableau n° 5 : illustration des liner-terms usuels :

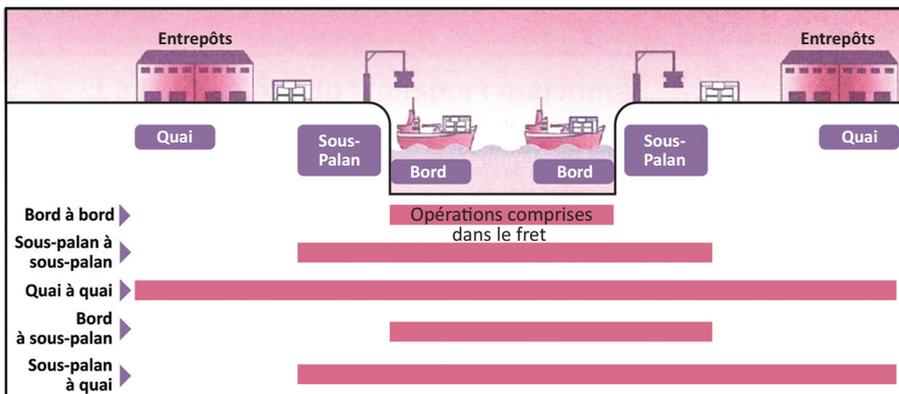


illustration d'après Th. LEFEUVRE, *op. cit.*, p. 47.

Nous avons précisé ci-haut que les *liner-terms* remplissent par rapport au contrat de transport international des marchandises la même fonction qu'occupent les *incoterms* au sein de l'opération de vente internationale. Ils précisent les manipulations portuaires incluses dans le prix du fret maritime. Soulignons par ailleurs que ledit fret maritime représente à lui seul 80% du trafic commercial mondial<sup>12</sup>.

En effet, « le transport maritime repose en amont et en aval sur des manipulations portuaires »<sup>13</sup>. Dans ce cadre, le rôle des *liner-terms* est de déterminer les opérations de manutention et de manipulation des marchandises assumées par le transporteur à ses frais et sous sa responsabilité. Les frais des opérations de manipulation non inclus (selon le *liner-term*) dans le prix du fret maritime sont appelés les **THC** ou *Terminal Handling Charges* et doivent être payés par le vendeur ou l'acheteur selon l'*incoterm* qui régit la vente. Ces opérations de manutention se décomposent tel qu'il suit :

À l'embarquement des marchandises :

1. Mise sous-palan, 2. Fourniture des élingues, 3. Accrochage, 4. Hissage, 5. Virage, 6. Descente en cale 7. Arrimage.

Au débarquement des marchandises :

1. Désarrimage, 2. Fourniture des élingues, 3. Accrochage, 4. Hissage, 5. Virage, 6. Descente et mises sous palan quai, 7. Retrait des élingues, 8. Décrochage, 9. Eventuellement, mise en entrepôts.

Les frais liés à chacune de ces opérations de manutentions à l'embarquement et au débarquement sont supportés dans des proportions variables par le chargeur, le transporteur ou le destinataire. Ce sont les conditions *liner-terms* qui déterminent cette répartition de frais et de responsabilité.

La pratique envisage trois possibilités de répartition de ces frais selon que les marchandises sont placées au départ et à l'arrivée du navire depuis quai, sous palan ou à bord du navire.

Le croisement de ces combinaisons offre donc neuf possibilités de répartition. Les neuf *liner-terms* possibles : (Voir illustration visuelle)

---

12 Voir à ce sujet les statistiques de l'OMC sur le site officiel de l'organisation : [www.wto.org](http://www.wto.org) sous la rubrique « statistics database ».

13 Th. LEFEUVRE et al., *Gestion des opérations d'import-export*, p. 46.

1. Quai à bord
2. Quai à sous-palan
3. Quai à quai
4. Sous-palan à bord
5. Sous palan à sous-palan
6. Sous-palan à quai
7. Bord à bord
8. Bord à sous-palan
9. Bord à quai.

Selon *l'incoterm* de la vente, la Compagnie maritime va réclamer, au vendeur ou à l'acheteur de payer les frais liés aux manipulations portuaires. À ce niveau, il est possible de prévoir des incoterms « à la carte » selon la convenance de chacun. Ex : FOB « arrimé » ; CIF « déchargé »... etc.

Il existe donc, du point de vue commercial, une relation directe voire « intime » entre *incoterms* et *liner-terms*. Relation qui ne peut être ignorée par le juriste. C'est le souci de préserver l'unité de l'opération de vente internationale de marchandises qui nécessite cette approche globale. Ainsi présentés, *incoterms* et *liner-terms* entrent obligatoirement en « compétition » avec les dispositions de la convention de Vienne. S'agit-il d'une concurrence ou d'une véritable complémentarité ?

## B – LA CVM, LES INCOTERMS ET LES LINER-TERMS : CONCURRENCE OU COMPLÉMENTARITÉ ?

S'il est unanimement admis que les *incoterms* ont valeur contractuelle et qu'ils suivent le « régime général des clauses du contrat »<sup>14</sup> ; la question qui se pose demeure celle de leur possible qualification en véritables « usages » du commerce international faisant partie des normes marchandes internationales identifiées par B. GOLDMAN sous l'appellation – désormais répandue – de *lex mercatoria*. En d'autres termes les *incoterms* et autres *liner-terms* sont-ils des normes du droit international des affaires, de « l'ordre mercatique » selon la formule chère au professeur MENJUCQ<sup>15</sup> ?

---

14 Dictionnaire Lamy, contrats internationaux, éd. novembre 1992, division 4 article 275.

15 J. BEGUIN et M. MENJUCQ, *Droit du commerce international*, n° 58.

## NATURE JURIDIQUE DES INCOTERMS ET LINER-TERMS

La réponse à cette question mérite que l'on observe d'abord la position des milieux professionnels les plus autorisés. A cet égard, il est fort utile de souligner une évolution au niveau du langage utilisé par les experts de la Chambre du Commerce international.

Ainsi, dans une note ancienne qui remonte à 1926 les *incoterms* étaient considérés comme des « usages (qui) dépendent d'un territoire »<sup>16</sup>. Ensuite, à l'occasion d'une brochure à l'attention des professionnels, la CCI évoque les « termes commerciaux dont l'emploi est général dans les pays maritimes du monde »<sup>17</sup>. Enfin, annonçant l'édition de 1953, elle qualifie les *Incoterms* « d'usage (s) courant (s) que tout commerçant se doit de connaître »<sup>18</sup>.

Cette évolution au niveau du langage de la CCI est loin d'être une particularité. La doctrine la plus autorisée n'hésite plus à faire sienne la grille de lecture considérant les « termes » de vente internationale comme partie intégrante de la *lex mercatoria* ayant qualité d'usage du commerce international et donc de norme juridique obligatoire<sup>19</sup>.

Sur la rive de la Jurisprudence arbitrale, un nombre considérable de sentences s'appuie sur cette qualification « *d'usage que nul commerçant international n'est en mesure d'ignorer* » afin de préciser l'étendue des obligations des parties à une vente internationale en l'absence de toute référence explicite au choix d'un terme commercial<sup>20</sup>.

16 Voir l'article intitulé « Les termes commerciaux » publié à la Revue économique internationale, Goemaere, Bruxelles, juin 1925, p. 568.

17 Voir dans les publications de la 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 6 et s.

18 Voir revue L'Économie internationale, vol. XXII, n° 8, octobre 1956, p 2.

19 Voir : B. AUDIT, *The Vienna sales convention and the lex mercatoria*, Carbonneau, éd. 1990, 139 ; J. HANNOLD, *Uniform law for international sales under the 1980 UN convention*, 1982, 123 ; U. DARETTA et R. LAKE, *Contrats internationaux, Pathologies et remèdes*, p. 29 ; F. DESSEMONTET, *Les contrats de vente internationale de marchandises*, Lausanne 1991, p. 153 et s.

20 Voir : Didier Le MASSON et Sibille STENAY, « Les Incoterms, dans La convention de Vienne sur la vente internationale », in : Yves DERAÏNS et de Jacques GHESTIN (sous la dir.), *Actes du colloque du 1er et 2 décembre 1989*, Paris, L.G.D.J., 1990, p. 37 ; Frédéric EISEMANN, *Usages de la vente commerciale internationale, Incoterms : Aujourd'hui et demain*, Paris, Editions Jupiter, 1980, p. 17. ; Frédéric EISEMANN et Yves DERAÏNS, *La pratique des Incoterms, Usages de la vente internationale*, Paris, 1988, p. 32 note 14.

Cependant, certaines hésitations demeurent légitimes : il en est ainsi, en premier lieu, lorsque la vente internationale compte un cocontractant américain domicilié aux Etats-Unis d'Amérique. En réalité, le « *Uniform Commercial Code* », corpus du droit commercial américain, renferme en son sein des termes commerciaux de droit interne donc « *purement américains* ». La prudence est donc nécessaire afin d'écartier tout risque de confusion et d'amalgame entre les *incoterms* de la CCI et ceux reflétant l'échelle normative nord américaine.

Ensuite, en deuxième lieu, une certaine ambiguïté accompagne d'habitude le passage d'une ancienne vers une nouvelle édition *incoterms* CCI. Des variations sensibles peuvent parfois surgir comme entre les deux dernières versions (2000) et (2010) au sujet du lieu de transfert des risques et de coûts<sup>21</sup>.

En troisième lieu, des doutes peuvent surgir lorsque le contrat de vente stipule un *incoterm* déterminé et y ajoute une clause d'*electio juris* qui renvoie vers la législation d'un pays dont les règles matérielles contredisent ou s'accommodent mal avec ledit *incoterm*.

Enfin, en quatrième lieu, l'incertitude semble aussi justifiée lorsque, à des endroits particuliers (en raison d'usages portuaires spécifiques par exemple) la signification d'un *incoterm* CCI connaît une certaine variabilité locale. Toutefois, la doctrine semble unanime dans cette hypothèse autour de l'idée selon laquelle c'est l'interprétation « officielle » de la CCI qui doit prévaloir.<sup>22</sup>

Afin de balayer toute incertitude, la CCI recommande aux parties de se référer expressément par une clause contractuelle indépendante aux *Incoterms* selon la formule suivante « vente (tel *incoterm*) suivi de (lieu convenu) CCI édition 2010 ». Exemple vente FOB Hambourg CCI 2010.<sup>23</sup>

En conclusion, nous sommes tentés d'affirmer avec le grand spécialiste grec du droit international, le professeur Photini PAZARTZIS que les termes du commerce international ont acquis grâce à leur usage universel et constant,

21 Voir à ce sujet les recommandations de l'AUTF sur le portail officiel d'information du transport et de la logistique [www.wk-transport-logistique.fr](http://www.wk-transport-logistique.fr).

22 Voir autour de l'ensemble de ces questions : KAHN, *La vente internationale*, 1961, p. 30 et s ; FOUCHARD, « La convention de Vienne sur la vente internationale et les incoterms », in : Actes du colloque des 1er et 2 décembre 1989, LGDJ, 1990, p. 151 et s.

23 Voir pour plus de détails : V. HEUZE, « La vente internationale de marchandises, Droit Uniforme », in : J.GHESTIN (sous la dir.), *Traité des contrats*, LGDJ/Delta 2000, p 229, n° 260 et s.

à leur flexibilité et à leur notoriété *l'opinio juris* qui fait de la pratique une véritable norme de droit positif<sup>24</sup>.

### CONCILIATION DES INCOTERMS ET LINER-TERMS AVEC LA CONVENTION DE VIENNE

L'adoption de la convention de Vienne sur la vente internationale des marchandises a posé la question de sa compatibilité avec l'usage des termes commerciaux. Si une certaine méfiance a pu gagner – dans le passé – une partie de la doctrine, et continue à nourrir certains questionnements<sup>25</sup> ; nous faisons nôtre l'opinion qui « plaide plutôt pour la complémentarité »<sup>26</sup>.

La CVIM, convention internationale, occupe une échelle supra-légale sur la pyramide de Kelsen ou est – au moins – de valeur légale. Les termes commerciaux relèvent plutôt de la *lex contractus* ou éventuellement d'usages supplétifs du commerce international. La nature juridique de ces deux corps de règles est donc fort différente. Toutefois, ils sont tous deux des mécanismes d'unification des relations juridiques internationales des affaires<sup>27</sup>.

En outre, ces deux corpus de règles régissent toutes marchandises. Certes, l'article 2 de la CVIM prévoit des restrictions. Cependant, ces restrictions ne représentent en volume qu'une part très peu significative du commerce international (- 1 % du volume du commerce international).

Une troisième similitude se trouve dans le caractère supplétif de ces deux corpus de normes. D'une part, la CVIM édicte dans son 6ème article le principe de l'autonomie de la volonté en tant que règle fondamentale, autorisant ainsi les parties à écarter ses dispositions afin de les remplacer par leur propre volonté exprimée par le biais de l'outil contractuel. D'autre part, les termes commerciaux internationaux présentent une flexibilité remarquable.

---

24 V. la remarquable participation du Professeur PAZARTZIS intitulée « Le rôle de la pratique dans le droit coutumier », in *L'influence de sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Travaux du séminaire de Palma des 20 et 21 mai 2005, Bruylant, 2006, p. 81 et s et spécialement pp 87 et 88.

25 Voir dans ce sens : V. HEUZE, « La vente internationale de marchandises, Droit Uniforme », n° 260 et s., p. 230 et s.

26 Voir F. DESSEMONTET, *Les contrats de vente internationale de marchandises*, p. 153.

27 Voir en ce sens l'introduction de la remarquable communication des professeurs BENOEHR et BLAISE au sujet de la vente internationale de marchandises dans le cadre du séminaire franco-allemand au sujet des contrats spéciaux, Berlin, 6-10 juillet 2000.

Les experts de la CCI invitent les parties à « modifier » les *incoterms* selon leur convenance<sup>28</sup>.

Ensuite, CVIM et termes commerciaux ne s'intéressent qu'aux aspects purement commerciaux de la vente internationale<sup>29</sup>, laissant ainsi aux différents droits internes le soin de régler les autres aspects relevant plus de la technique et de la science juridique<sup>30</sup>. L'appréciation de la capacité des contractants, de la conformité des mécanismes de représentation, de la validité du consentement ; les deux questions ô combien intéressantes du transfert de la propriété et de la responsabilité du préjudice corporel causé par la marchandise, etc., sont autant de questions évincées par la CVIM et par les termes commerciaux.

Enfin, même si, dans une situation particulière, le contenu d'un *incoterm* ou d'un *liner-term* vient contredire une règle de la CVIM, c'est bien cette dernière qui « cède le pas aux incoterms »<sup>31</sup>.

A cet égard, deux hypothèses méritent d'être soulignées :

En premier lieu, si les *incoterms* et *liner-terms* s'appliquent à titre de stipulations contractuelles, « ils l'emportent sur toute disposition contraire de la convention, ainsi que cela ressort de l'article 6 »<sup>32</sup>.

En second lieu, « (...) a fortiori s'ils constituent des usages »<sup>33</sup>, en vertu de l'article 9 qui dispose que « sauf convention contraire des parties, celles-ci sont réputées s'être tacitement référées (...) à tout usage (...) qui, dans le commerce international est largement reconnu et régulièrement observé(...) ».

Il ne fait aucun doute que les *incoterms* et autres *liner-terms* font partie intégrante de cette catégorie de pratiques marchandes internationales « que les partenaires des échanges économiques internationaux se donneraient progressivement à eux-mêmes, notamment dans le cadre de leurs organismes professionnels, et que

28 Voir Gh. LEGRAND et H. MARTINI, *Management des opérations de commerce international*, p. 8 et s.

29 Voir BENOEHR et BLAISE, op. cit., p. 5.

30 Voir F. Mauro, « Le contenu de la convention de Vienne du 11 avril 1980 », in : *Revue de Jurisprudence commerciale*, numéro spécial : *La vente éclatée*, novembre 1997, p. 98 ; Ch. MOULY, « Que change la convention de Vienne sur la vente internationale par rapport au droit français interne ? » Dalloz 1991, Chroniques 77.

31 F. DESSEMONTET, *Les contrats de vente internationale de marchandises*, p. 154.

32 *Ibid.*

33 *Ibid.*

*les arbitres, contractuellement désignés pour résoudre leurs litiges, constatent et, par là-même précisent, voire élaborent à leur intention »<sup>34</sup>*

## CONCLUSION

Dans notre univers actuel mondialisé, le marché évolue d'une façon permanente. La révolution industrielle entamée depuis plus d'un siècle a été achevée pendant les années de la guerre froide. Désormais, nous vivons l'ère post-industrielle avec son lot de nouveaux concepts et de modes alternatifs d'auto-régulation.

L'Etat moderne est aujourd'hui invité à sauvegarder un certain ordre moral et éthique des affaires.

Le véritable besoin que notre économie mondiale éprouve aujourd'hui n'est plus la protection du faible contre le fort mais plutôt un rééquilibrage général des relations Nord-Sud comme l'espérait l'auteur de l'Encyclique *Popularum Progressio* : « *Ce qui était vrai du juste salaire individuel l'est aussi des contrats internationaux (...) le superflu des pays riches doit servir aux pays pauvres* ».

---

34 B. GOLDMAN, « Frontières du droit et lex mercatoria », *Archives de philosophie du Droit*, 1964, p. 177.



# LES CONCEPTS FONDAMENTAUX DE LA CONVENTION DE VIENNE

Président Antoine DAHER

P. Doyen, Mesdames et Messieurs,

La convention des Nations-Unies relative aux contrats de vente internationale de marchandises, conclue à Vienne le 11 Avril 1980, est à la fois :

- L'un des instruments juridiques destiné à régir les contrats des relations économiques internationales.
- Et le fruit d'une longue histoire que nous résumons ainsi :
  - Après l'échec du projet du code Franco-Italien des obligations, et des tentatives de l'International Law Association visant à unifier le droit matériel de la vente internationale, l'institut international pour l'unification du droit privé a pris l'initiative d'un tel projet. Ainsi fut élaboré un texte connu sous le nom de projet de Rome qui fut soumis à l'étude des milieux intéressés lorsque la guerre de 1939 éclata.
  - Les travaux ont repris en 1951 à la Haye sans aboutir.
  - Un avant-projet de commission de 1956 ouvrit la voie aux deux conventions de la Haye du 1/7/1964 sur la vente internationale et sur la formation de la vente internationale d'objets mobiliers corporels afin d'asseoir les bases de l'actuelle convention.

- Ces deux conventions ont eu peu de succès pour une triple raison :
  - Seuls les Européens ont participé à leur rédaction (c'est-à-dire ceux qui appartiennent au libre échange).
  - Les conventions de la Haye n'ont pas pris en charge les impératifs de la vente industrielle.
  - Leur terminologie était abstraite et compliquée, ce qui n'était pas à la portée des cadres et des praticiens.
- Encouragée par le succès de la convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises adoptée à New-York le 14/6/1974, la CNUDCI (commission des nations-unies pour le droit commercial international) a décidé d'élaborer un nouveau projet qui a pour fondement les travaux d'Uni-droit et la conférence de la Haye de 1964.
- Ce projet fut approuvé sous le titre de « Convention des nations-Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises » le 11 avril 1980 à Vienne (elle contient 101 articles et a réuni 62 états de tous les systèmes politiques, économiques et juridiques).

La quatrième et dernière partie – Art. 89 à 101 – traite des dispositions finales et protocolaires.

Mesdames et Messieurs,

Avant de traiter le sujet qui m'a été confié, je me permets brièvement, en premier, de remercier les promoteurs de cette table ronde, et spécialement notre Doyen le révérend P. Talal Hachem ainsi que le corps enseignant pour ce travail remarquable. Je tiens, en second, à les féliciter tous, sans exception, tant pour la pertinence et l'élégance des sujets choisis, que pour la haute distinction des conférenciers.

J'ai l'intime conviction que nul ne demeurera insensible aux messages contenus dans leurs interventions.

A présent, nous passons au cœur du sujet :

Quels sont les concepts fondamentaux de convention de Vienne (11 avril 1980) ?

Les auteurs s'entendent à signaler que cette convention est le fruit d'un long processus d'uniformisation et d'unification du droit de la vente internationale.

Ils s'entendent en même temps à dire que des débats suscités par un bon nombre d'articles contradictoires de cette convention donnent les clés pour la compréhension et la résolution de toutes ces contradictions.

1. L'objectif primordial de la convention de Vienne, qui est l'un des concepts fondamentaux, est l'instauration d'un nouvel ordre économique international et le développement du commerce international sur la base de l'égalité et des avantages mutuels en vue de la promotion des relations amicales entre les états, c'est-à-dire, un droit uniforme tenant notamment au mélange des sources qui l'ont irrigué à sa flexibilité.
2. Un autre concept fondamental de cette convention est l'adoption des règles uniformes, supplétives et non-impératives, applicables aux contrats de ventes internationales de marchandises compatibles avec les différents systèmes sociaux, économiques et juridiques.
3. La convention de Vienne s'applique aux contrats de ventes internationales ayant pour objet des marchandises destinées à un usage professionnel, dès lors que ces ventes peuvent être rattachées à des états contractants.
4. C'est bien pourquoi, au demeurant, que la convention ne régit pas les ventes de marchandises achetées pour un usage personnel, familial ou domestique (Art. 2-a) ou aux enchères (Art. 2-b) ou sur la saisie, ou pas autorité de justice (Art. 2-d) de navires, bateaux, aéroglisseurs et aéronefs (Art. 2-e) d'électricité (Art. 2-f).
5. La convention régit exclusivement la formation du contrat de vente et les droits et obligations qu'un tel contrat fait naître entre vendeur et acheteur (l'art. 4). Pour cela, les questions de validité du contrat, de ses clauses ou usages, sont exclues du champ d'application de la convention qui n'envisage que l'offre et l'acceptation et précisent leurs effets.
6. Le transfert de propriété ne relève pas de la convention, tandis que le transfert des risques y est réglementé avec beaucoup de détails.
7. En cas d'inexécution du contrat, acheteur comme vendeur peuvent décider de remettre en cause le contrat par le jeu de l'exception ou de la résolution, ou bien de poursuivre son exécution forcée :
  - En nature, et là on assiste à un renvoi au droit du for.
  - Ou par équivalent monétaire de l'avantage que le créancier aurait reçu du contrat s'il avait été exécuté.

8. Seules deux obligations pèsent sur le vendeur :

- La livraison qui consiste à mettre la marchandise à la disposition de l'acheteur.
- La conformité c'est-à-dire que la marchandise ne doit pas être affectée d'un défaut de conformité matérielle, ou d'intégrité juridique. Ici la sanction est la conséquence de la conformité ou la non-conformité de l'acte aux qualités, requises par le contrat.

L'acheteur peut demander la réduction du prix, le vendeur peut s'opposer au remplacement de la marchandise ou à sa réparation si le coût de ses mesures est excessif.

- Par contre, les devoirs de l'acheteur sont multiples : Outre la prise de livraison et le paiement du prix, il doit rapidement contrôler la marchandise et dénoncer les défauts de conformité sous peine d'être déchu du droit de se prévaloir du défaut. En tout état, il ne peut se prévaloir d'un défaut apparaissant plus de deux ans après la remise effective de la marchandise.

Ainsi la convention offre aux contractants différents remèdes à l'inexécution de la vente. Ses dispositions étant supplétives de volonté, c'est donc au regard de la loi désignée par les règles de droit international privé qu'il conviendra d'apprécier la validité des aménagements contractuels et leur efficacité.

C'est le grand problème qui s'est posé au point de départ, et que les praticiens tentent de résoudre au point d'arrivée, en s'offrant tout au long du parcours, les hauts amusements de l'esprit sans s'interroger si, ce faisant, on a appliqué les principes du droit ou bien les préceptes de la morale.

9. A l'exception des mesures d'exécution forcée en nature, la mise en œuvre des remèdes à l'inexécution de la vente est extra-judiciaire, le créancier doit simplement notifier le remède choisi au débiteur.

Le débiteur défaillant échappe de son côté à toute sanction si l'inexécution résulte d'un acte ou d'une omission du créancier.

En revanche, si l'impossibilité d'exécuter le contrat est due à un autre évènement, tous les remèdes à l'inexécution restent à la disposition du créancier à l'exception des dommages et intérêts.

10. La convention a consacré le principe du cumul, autre concept fondamental, c'est-à-dire elle autorise le vendeur et l'acheteur à cumuler avec les dommages et intérêts (Art. 74 à 77), les autres

remèdes qui leur sont offertes à condition qu'ils soient compatibles. L'impossibilité de cumuler des remèdes incompatibles n'implique pas l'irréversibilité du choix du remède. Comme par exemple la résolution d'un contrat devenu inutile dans le circuit économique est incompatible avec la réclamation d'une mesure d'exécution forcée en nature.

Suite à ce qui vient d'être dit, il est nécessaire de faire le point sur les lacunes de cette convention aussi bien pour les matières qui ne sont pas tranchées par la CVIM que celles absentes de ses dispositions ;

Dans cette fameuse partie, intitulée « formation du contrat » :

- La convention ne régleme pas les vices du consentement, l'objet ou la cause du contrat.
- Les questions de validité sont exclues de son champ d'application.
- La convention n'envisage que l'échange des consentements à travers les art 14 à 24 retenant une définition de l'offre et de l'acceptation qui rappelle celle proposée habituellement par la doctrine en droit interne sans exiger une forme particulière pour les deux.
- Cet échange de consentement comporte l'élément volontaire de s'engager dans une relation contractuelle (proposition de contrat, exigence de fermeté et de précision) et l'élément matériel qui comprend toutes les informations sur la vente projetée.

Mesdames et Messieurs,

Cette convention qui a rapidement accédé à la vie juridique et remporté un succès fulgurant suite aux résultats atteints tant dans le domaine du commerce international que dans l'évolution jurisprudentielle massive concernant ce commerce, nous porte à dire que le rapport entre CVIM et DIP n'est pas antagoniste, et que l'élaboration des règles uniformes de droit matériel doit s'accompagner de l'élaboration des règles uniformes de droit international privé, afin d'éviter les avatars du droit conventionnel.

Mais la question qui reste constamment posée consiste à savoir quel est en définitive le sort de cette convention ? Cette flambée d'espoir finirait-elle comme un feu de paille ? Serait-elle vouée à la contingence ou bien à la permanence ? (Rappelons que Ripert dénonçait « toute législation

permanente, symptôme, à ses yeux, du déclin du droit », à la lumière de la philosophie hégélienne qui qualifie le droit comme « un éternel devenir »).

Tandis que le doyen Hauriou estimait, de sa part, que la règle de droit s'établit en deux temps :

- Par le pouvoir politique.
- Et par la durée en paix, conçue comme un continu sans faille et un absolu sans appel.

Malgré son « flou rédactionnel » (Claude Witz) et « ses imperfections linguistiques » (Eddy Lamazerolles) en plus de ses exigences contradictoires, cette convention trouve son complément juridictionnel dans le règlement d'arbitrage de la CNUDCI (commission des nations-unies pour le développement du commerce international).

Elle serait complétée aussi par l'adoption des codes de conduite sur le transfert des techniques ou bien, aussi, par l'unification du droit cambiaire, pour que soit institué un laboratoire de mixité, de pluralisme juridique, en vue de la continuité du droit et de la consolidation de l'état de droit !

Mesdames et Messieurs,

La convention de Vienne ne doit pas seulement durer mais elle devrait être largement reçue par la communauté internationale comme un instrument de paix, de stabilité et du « hors soi pour l'autre » (Levinas), dans le dialogue des pauvres et des riches (Nord-Sud), un instrument pour une « amorisation » évoquée par de Chardin dans son œuvre monumentale.

Merci.

DÉBAT JURIDICO-MÉDICAL  
MARDI 21 AVRIL 2015



# 01

## LA NATURE DE L'OBLIGATION QUI PÈSE SUR LE CHIRURGIEN ESTHÉTIQUE

**Georges J. GHANIMÉ**

*Professeur de chirurgie plastique et d'anatomie, chef de département de chirurgie, président de la Société Libanaise de Chirurgie Plastique, Reconstructrice et Esthétique LSPRAS*

Selon Serge Gainsbourg, « *la laideur a ceci de supérieur à la beauté qu'elle ne disparaît pas avec le temps* ». Mais c'était malheureusement sans compter sur les progrès de la chirurgie esthétique.

L'ISAPS (International Society of Aesthetic Plastic Surgery) vient de publier sa dernière étude pour 2014 et confirme la tendance précédente mondiale : la pratique des actes de chirurgie esthétique est en constante augmentation depuis plus de 15 ans. Idem pour la LSPRAS (Lebanese Society of Plastic, Reconstructive and Aesthetic Surgery).

### DÉFINITION

La chirurgie plastique est une spécialité chirurgicale qui répare ou remodèle une structure tégumentaire ou une forme du corps humain. Touchant presque toutes les régions anatomiques, excepté l'intérieur du crâne, du thorax et de l'abdomen, son champ d'action est vaste.

### CHAMPS D'ACTIVITÉS DE LA CHIRURGIE PLASTIQUE

- Chirurgie esthétique
- Chirurgie de la main

- Chirurgie crânio-faciale
- Chirurgie des brûlés
- Chirurgie reconstructrice
- Chirurgie plastique pédiatrique

## **LSPRAS (LEBANESE SOCIETY OF PLASTIC, RECONSTRUCTIVE AND AESTHETIC SURGERY)**

Des campagnes de sensibilisation ont été menées et proposées par la LSPRAS pour atténuer les dégâts causés en matière d'esthétique médicale et chirurgicale, mais malheureusement sont devenues payantes sur nos chaînes télévisées, malgré le côté strictement informatif visé par notre société.

## **INTERDICTION DE LA PUBLICITÉ**

Depuis le 15 août 2011 il y a une interdiction de la publicité pour les actes d'esthétique médicale, plus précisément tout acte visant à modifier l'apparence corporelle d'une personne, à sa demande, pour des raisons esthétiques, sans but thérapeutique ni reconstructeur. « Publicité » est définie comme toute forme de communication ou action qui vise, directement ou indirectement, à promouvoir les actes d'esthétique médicale, quels que soient l'endroit, le support ou les techniques utilisés.

L'information personnelle relative aux actes d'esthétique médicale est autorisée à condition que l'information personnelle soit conforme à la réalité, objective, pertinente, vérifiable, discrète et claire. Cette information ne peut pas être trompeuse, comparative et ne peut utiliser d'arguments financiers. Les résultats d'exams et de traitements tels que notamment les photographies prises antérieurement et postérieurement à un acte d'esthétique médicale, ainsi que le témoignage de patients, ne peuvent pas être utilisés dans le cadre de l'information.

## **DIMENSION PSYCHOLOGIQUE DU CHANGEMENT D'ASPECT**

L'image de soi est un élément important de l'équilibre psychologique. L'apparence conditionne en effet le premier jugement que l'on se fait d'une personne, le regard de l'autre est un « reflet ». La chirurgie plastique a donc un grand rôle dans la guérison de maladies ou d'accidents défigurants.

Mais elle peut aussi être voulue non pas en tant que soin réparateur, mais par volonté de changer d'apparence. C'est alors un problème qui peut être complexe : une personne est-elle « mal dans sa peau » parce que son apparence ne correspond pas à son idée, ou bien la personne attribue-t-elle son mal-être à son apparence alors qu'il y a une autre cause ?

C'est le concept du corps écran où l'aspect physique décrit et vécu comme une difformité cache en fait un lourd problème psychologique, c'est aussi en psychiatrie ce que l'on nomme la dysmorphophobie.

Outre les problèmes médicaux et physiques possibles, la chirurgie esthétique peut entraîner des impacts psychologiques tout aussi importants. En effet, une dépression postopératoire peut survenir chez le patient, et même aggraver son malaise antérieur, que le résultat plaise ou non. La première raison peut être l'insatisfaction face à la partie modifiée, avec un sentiment de « *c'était mieux avant* ».

Il est entendu qu'une personne qui cherche à « restaurer » son corps (*lifting*, botox ...) aura beaucoup plus de chance d'être satisfaite car elle était en quête d'un corps identique, mais plus jeune ; tandis qu'une personne qui cherche à « créer » quelque chose (rhinoplastie...) pourra être déçue du changement de formes.

Et lorsque que le client n'aime pas, ou n'arrive pas à s'habituer à sa modification physique, le plasticien pourra retoucher la partie par une petite opération complémentaire. Si le résultat n'est toujours pas satisfaisant le patient va aller consulter un autre chirurgien qui proposera une intervention, à ses frais évidemment.

Lorsque le résultat plaît et que le malaise persiste ou les symptômes d'une dépression apparaissent, il faut chercher la raison de ces troubles, en se concentrant principalement sur la cause et non plus seulement sur le résultat obtenu de ce changement physique.

Les gens sont en recherche du corps parfait ou du moins d'un corps qui leur plairait plus. Ce désir d'avoir une plastique toujours plus proche de la « perfection » est sûrement dû à la société matérialiste, prônant l'image et le paraître dans laquelle nous vivons aujourd'hui. En effet, il y a dans notre société d'étroites liaisons entre la forme (l'apparence) et le fond (ce qu'on est vraiment) qui se confondent, se mélangent et s'unissent au fil des années.

C'est la théorie du corps-écran qui s'intéresse particulièrement aux motivations et au passé de ces patients qui veulent changer leur corps. Ce diagnostic tient alors de la psychanalyse, et cherche à déceler des chocs,

des particularités qui ont fait partie de la vie du patient, des désirs et idéaux qui, consciemment ou non, peuvent être responsables de cette motivation à changer d'apparence.

Il y a donc des mécanismes psychologiques, qui influent et agissent sur le patient et qui peuvent être à l'origine d'une dépression postopératoire. Dans ce cas, la consultation chez un psychologue est de rigueur afin d'aider le patient.

Si le patient qui se présente chez son chirurgien esthétique n'est pas malade, mais souhaite obtenir la rectification d'un défaut afin de mieux s'accepter sur le plan physique, si cette intervention peut lui être bénéfique, elle n'est pas à proprement parler thérapeutique, et devrait donc être interdite par le principe de l'indisponibilité du corps humain.

Que ce soit dans le secteur privé ou public, aucune atteinte ne peut être portée à l'intégrité physique ou mentale d'un être humain sans son consentement. Cependant, si le consentement du patient est indispensable à la réalisation de l'acte médical, il n'est pas suffisant pour justifier l'atteinte à l'intégrité corporelle.

Pour pouvoir opérer sans se rendre coupable d'une infraction pénale, il faut un fait justificatif qui se trouve dans la nécessité de traiter une maladie. De façon constante, il a été imposé de démontrer l'existence d'une nécessité thérapeutique pour justifier les interventions médicales réalisées par les praticiens sur leurs patients. Les expérimentations scientifiques devaient être contrôlées et d'autre part, les conditions d'expérimentation devaient être justifiées par « *la guérison du malade comme but unique, essentiel et fondamental de l'expérience* », relevant ensuite, que les médecins avaient agi, « *non dans l'intérêt du malade mais avec l'intention d'attirer l'attention sur ses recherches scientifiques, sans droit et au risque de nuire* ».

L'impunité du praticien qui opère est fondée sur un fait justificatif constitué par l'intérêt thérapeutique de l'acte d'une part, et la qualité de médecin de celui qui le pratique, d'autre part.

Le consentement est insuffisant pour faire disparaître l'infraction et autoriser l'atteinte au corps humain. Elle sera justifiée lorsque l'intervention de chirurgie a une visée réparatrice ; ainsi, une femme qui, du fait d'une tumeur mammaire, subit un acte de chirurgie en vue de redonner à sa poitrine l'aspect esthétique qu'elle a perdu du fait de l'ablation de sa poitrine, ne fait pas l'objet de contestation. De même qu'une personne qui a été défigurée du fait d'une morsure de chien.

Même si l'opération de chirurgie réparatrice n'est pas en elle-même thérapeutique car elle ne guérit pas d'une maladie, elle s'insère dans le cadre d'une procédure de soins thérapeutiques qui a vocation à replacer la victime dans l'état dans lequel elle se trouvait avant la survenance du dommage ou de la maladie.

L'obligation d'information qui pèse sur le médecin concerne donc tant le diagnostic, que la nature et la portée du traitement ou de l'intervention envisagée, les risques qu'ils comportent et les effets secondaires qu'ils peuvent induire. L'information doit également porter sur les risques en cas de non-traitement. L'étendue du devoir d'information du médecin à l'égard de son patient s'apprécie en fonction de divers critères, tels que la fréquence du risque, la gravité du risque, la personnalité du patient, la nature et le but de l'intervention, les risques en cas de non-intervention.

Le consentement éclairé du patient doit être obtenu personnellement par le médecin qui effectuera l'opération ou par son assistant. Le médecin ne peut donc se baser sur de simples examens radiographiques, sur des dires du personnel infirmier. Il ne peut davantage s'appuyer sur le consentement recueilli par l'anesthésiste alors que le patient est déjà sous sédatif. L'obligation du médecin d'obtenir un nouveau consentement de son patient pour l'extension opératoire qu'il jugerait utile doit cependant s'analyser de manière raisonnable. Le médecin instrumentant ne peut par conséquent déléguer cette obligation au personnel médical, infirmier ou paramédical.

### LES RISQUES RARES ?

« Même si un certain risque ne constitue qu'une simple possibilité qu'il n'est généralement pas nécessaire de divulguer, on doit le considérer comme un risque important qu'il faut divulguer, si sa réalisation entraîne des conséquences graves, par exemple la paralysie ou la mort ».

### LE DÉLAI

Le patient est naturellement en droit de disposer de tout le temps qu'il estime nécessaire pour prendre sa décision de se soumettre ou non à l'acte recommandé. C'est ainsi qu'il a été jugé qu'en dehors de l'urgence et des opérations de routine, le patient doit avoir le temps de prendre l'avis de son médecin généraliste avant de donner son consentement à une intervention chirurgicale.

## CONCLUSION

L'information et le consentement du patient sont deux notions intimement liées.

Sous peine d'engager sa responsabilité, le médecin qui s'apprête à poser un acte médical doit en effet non seulement informer son patient sur la portée de cet acte et les risques qui y sont liés, mais aussi obtenir le consentement libre et éclairé de son patient.

Si le médecin a l'obligation d'informer son patient sur la portée de l'acte qu'il va poser, le patient est lui aussi tenu à un certain devoir d'information à l'égard de son médecin.

## LSPRAS

Pour tout acte de chirurgie plastique, il faut s'adresser au spécialiste qui va assumer ses responsabilités en la matière, et, la nature de l'obligation qui pèse sur le chirurgien esthétique, les membres de la LSPRAS la maîtrisent. A noter : le savoir, l'interdiction de la publicité, l'information conforme à la réalité (résultat, suivi post-op, éventuelles complications, convalescence...), le devoir médical en chirurgie esthétique car le patient n'est pas malade, le triage des patients, discuter de l'indication.

## L'INFORMATION DU MALADE

**Dina EL MAOULA**

*Présidente du centre de recherches et de coopération académique CRCA, responsable des relations internationales à la faculté de Droit et de Sciences politiques, Université Libanaise.*

Chacun a droit à la vie et à l'intégrité physique. Ce droit fondamental est consacré par l'article 2 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948.

En matière médicale,

*« Le contrat qui se forme entre le chirurgien et son client comporte, en principe, l'obligation pour le praticien de ne procéder à une opération chirurgicale déterminée, par lui jugée utile, qu'après avoir, au préalable, obtenu l'assentiment du malade...il appartient toutefois à celui-ci, lorsqu'il se soumet en pleine lucidité à l'intervention, de rapporter la preuve que le chirurgien a manqué à cette obligation contractuelle en ne l'informant pas de la véritable nature de l'opération qui se préparait et en ne sollicitant pas son consentement à cette opération ».*

D'un point de vue juridique, un acte médical constitue une atteinte à l'intégrité corporelle. Bien sûr, le patient consent à cette atteinte dans la mesure où elle doit lui permettre de retrouver ou de protéger sa santé.

Mais afin de pouvoir valablement consentir, deux obligations s'imposent :

- Le patient doit disposer de toutes les informations nécessaires en vue de pouvoir les intégrer dans ses convictions personnelles, sa foi religieuse et ses traditions culturelles,

- Le médecin doit s'assurer que malgré les obstacles socioculturels, les informations fournies sont comprises.

A aucun moment dans le code de déontologie il est question de consentement et encore moins de la nature de l'information, sachant que, la responsabilité du médecin et de tout établissement de santé est engagée pour faute à travers son obligation positive de soins, son obligation négative corollaire, celle de ne pas nuire au patient, mais jamais pour information préalable, tout en admettant que la faute peut se révéler au niveau de l'acte thérapeutique même, mais aussi, au niveau de l'information préalable à l'acte lui-même.

Il a fallu attendre la loi de 2004 sur les droits du patient et le consentement éclairé pour que l'obligation d'information soit conçue et établie comme un droit inhérent à la santé du malade. (Loi n° 574 du 11 février 2004, publié au J.O n° 9 /2004, p. 705).

L'article 2 disposant que « *tout malade soumis à la garde d'un médecin ou d'une institution de santé, a droit à des informations complètes sur son état de santé* ».

- D'une relation où le patient est en situation d'infériorité, de soumission...

- A une relation où le patient est en situation de connaisseur des droits.

L'application de l'information préalable est devenue plus qu'une nécessité.

Ce consentement ne pouvait être donné que si le patient avait reçu sur son état et sur les soins envisagés une information : « *simple, claire, intelligible et loyale* » lui permettant de prendre une décision en toute connaissance de cause.

D'où découle de toute information de qualité :

- Un devoir d'information
- Un droit à l'information
- Le devoir d'information du malade a toujours été reconnu et, à défaut du Code, par la jurisprudence, admettant qu'il découlait, implicitement mais nécessairement, de l'obligation d'obtenir du malade, préalablement à toute intervention ou traitement, son consentement.
- Le Code de déontologie médicale insiste tout particulièrement sur la nécessité d'une information « *appropriée* », le médecin devant tenir compte de « *la personnalité du patient* » dans ses explications et « *veiller à leur bonne compréhension* ».

L'information doit donc être un dialogue, non un exposé de faits ou d'une décision thérapeutique, en mesure de donner une idée raisonnable de la situation afin de lui permettre de porter un jugement raisonnable, sachant que la faute au niveau de l'information réside dans le fait que l'on ait procédé aux soins sans avoir suffisamment ou valablement informé le patient.

Ainsi, une information claire et loyale, surtout elle se doit d'être appropriée et accessible à l'état du malade, aux soins qu'on lui propose, en tenant compte de sa personnalité, et surtout de ses antécédents.

Le qualificatif de claire et loyale vise :

- à corriger l'insuffisance habituelle de l'information telle qu'elle est ressentie par les patients.
- à combler le premier reproche adressé aux médecins qui se résume par la formule : « *Il ne m'a rien dit* ».
- à trouver les mots en fonction du décalage qui peut se traduire par une représentation personnelle que peut se faire le patient.
- à prendre une décision raisonnée et parfois raisonnable.
- Le qualificatif d'appropriée et accessible vise à permettre à la personne hospitalisée de participer :
  - aux choix thérapeutiques qui la concernent, à leur utilité
  - aux traitements qui lui sont prescrits, à leurs conséquences
  - aux risques fréquents et leur gravité prévisible.

La confiance prend toute sa place dans ses nouveaux types de relations entre praticien et patient, je citerai à cette occasion la déclaration de Portes lors d'un congrès de l'Ordre des Médecins en 1950, mais qui est toujours d'actualité :

*« La relation médecin-malade, c'est la rencontre d'une confiance et d'une conscience ».*

Ainsi la volonté de recevoir l'information doit pouvoir être recueillie préalablement à tout traitement.

A ce devoir d'information, un droit à l'information doit lui être corollaire et corrélatif.

Au Liban, on constate souvent une incompréhension, un malentendu, et c'est peu dire, entre le discours médical et l'illusion du patient face à la souffrance, à la maladie et à la douleur.

A cette fin, quatre aspects doivent être respectés :

- les fondements du choix des protocoles voire traitements envisagés
- les alternatives possibles.
- les conséquences prévisibles et inévitables.
- et les risques associés.

Ainsi, il est nécessaire, que le patient puisse bénéficier d'une synthèse des données médicales le concernant en se faisant une idée précise :

- sur la conduite diagnostique initiale en prenant en considération son état de santé et son évolution,
- sur les thérapeutiques possibles en mettant en exergue la description et le déroulement des examens, des interventions envisagées, leurs utilités et les bénéfices escomptés
- sur le pronostic de nécessité à court, moyen et long terme tout en mettant en lumière les conséquences, les complications, les risques éventuels y compris exceptionnels et les précautions générales et particulières recommandées.

Ce devoir d'information va dans le sens de la protection de la personne dans une société mieux informée, sans tomber dans la dérive consistant à donner plus de poids à la parole du patient qu'à celle du médecin et sans mettre en cause les médecins dans leur statut.

Ce droit à l'information doit être instauré juridiquement, légalement et éthiquement dans tous les établissements de santé, qu'ils soient privés ou publics.

C'est donc un nouveau modèle de gouvernance, plus participatif, plus éthique, afin de montrer l'efficacité et la légitimité des démarches effectuées à ce jour afin qu'elles soient suivies par une démarche gouvernementale dans l'élaboration et la prise de décision.

Toutefois, cette information orale reste insuffisante, il est nécessaire qu'une seconde modalité écrite la suive, donnant le temps de réflexion au patient afin de pouvoir s'y reporter, d'en discuter et d'y réfléchir.

## CONCLUSION

Afin de ne pas réduire le malade à sa maladie et la vérité au diagnostic, il faut que l'information devienne au Liban, l'élément central dans la relation de confiance établie entre le médecin et le patient.

- informer au Liban doit être la rencontre indispensable d'une humanité, celle du médecin avec une autre humanité, celle du patient.
- informer au Liban, c'est refuser que le silence affecte la liberté et les droits des personnes.
- informer au Liban, pour que le serment d'Hippocrate ne devienne le serment d'hypocrite.



# 03

## SITUATION DE L'INTERNE OU DU RÉSIDENT EN MÉDECINE

Georges AFTIMOS

Dans l'exercice médical à l'hôpital, trois entités juridiques : L'établissement, Le médecin praticien ou le chef de service, Le résident ou l'interne.

### PRINCIPE DE BASE

L'interne ou le résident est couvert par la responsabilité de l'établissement ou de l'hôpital.

### LES ATTRIBUTS DE L'INTERNE OU DU RÉSIDENT

Droit de prescription limité (à l'exception des stupéfiants).

Élaboration du diagnostic : prérogative essentielle qui requiert une attention particulière.

Rédaction de certificats subordonnée à l'obtention du diplôme de docteur en médecine.

L'interne ou le résident agit par délégation sous la responsabilité du praticien ou du chef de service dont il relève.

## CONDITIONS DE LA DÉLÉGATION

Caractère courant de l'intervention sans difficulté sérieuse.

Appréciation des capacités de l'interne ou du résident. Le praticien doit être assuré que l'autorisation donnée n'est susceptible de porter aucune atteinte aux garanties médicales que les malades sont en droit d'attendre

### SITUATION DÉROGATOIRE : L'URGENCE

En l'absence du chef de service. L'interne ou le résident doivent cependant tout mettre en œuvre pour joindre le chef de service.

## EFFETS DE LA DÉLÉGATION

### DÉLÉGATION JUSTIFIÉE

En cas de faute la responsabilité de l'établissement est susceptible d'être engagée sur le fondement de la faute médicale.

### DÉLÉGATION INJUSTIFIÉE

Mauvaise appréciation des capacités de l'interne ou résident. La responsabilité de l'établissement peut être engagée sur le fondement d'un défaut d'appréciation. La responsabilité pénale du praticien ou du chef de service dont relève l'interne ou résident peut être engagée.

## RESPONSABILITÉ PÉNALE DE L'INTERNE OU RÉSIDENT

La faute commise par l'interne ou le résident peut constituer une infraction et entraîner une condamnation pénale.

### LA FAUTE PERSONNELLE DÉTACHABLE

Il s'agit d'une faute d'une gravité telle qu'elle ne peut être raisonnablement rattachée au fonctionnement du service.

Les notions de faute détachable et de faute pénale ne peuvent pas se confondre : l'interne ou résident peut subir une condamnation pénale alors que le juge statuera que celle-ci n'est pas détachable de l'établissement et l'indemnisation demeure à la charge de l'hôpital.

A l'inverse l'interne ou le résident supportera les conséquences pécuniaires de ses actes si le juge considère la faute pénale comme détachable de l'établissement. Ex : refus de se déplacer pour soigner un patient, fuite du bloc opératoire lors d'un incendie en omettant d'évacuer le patient, inaction en situation d'urgence.

### **RESPONSABILITÉ RESPECTIVE DES INTERNES, RÉSIDENTS ET CHEFS DE SERVICE**

Une faute pénale d'imprudence ou de négligence est susceptible d'être retenue dans de nombreuses situations. Le chef de service qui confie la réalisation d'un acte à un interne ou résident qui ne dispose pas de compétences requises. L'interne ou résident agit par délégation et donc sous la responsabilité du praticien dont il relève.

### **CONCLUSION**

Les médecins seniors doivent examiner personnellement les malades qu'ils ont confiés à l'interne ou résident pour garantir leur sécurité et éviter de voir leur responsabilité mise en cause.

Les internes et résidents doivent respecter les mesures de prudence et se porter au secours du malade en cas d'urgence et éviter tout abus de pouvoir entraînant leur poursuite soit pour une abstention de secourir une personne en péril soit pour une faute pénale détachable.



# L'INTERVENTION CHIRURGICALE ET L'ALÉA THÉRAPEUTIQUE<sup>1</sup>

**Ahmad El-Ayoubi**

*Président du TGI du Mont-liban,*

*Maître de conférences à la faculté de Droit de l'USEK, chargé d'enseignement à l'ENA*

Le principe du respect de l'intégrité physique de la personne humaine et de l'inviolabilité du corps humain<sup>2</sup> interdit à tout agent de porter atteinte à toute personne sous peine d'être sanctionné aussi bien pénalement que civilement.

Pourtant, l'exercice de certaines professions s'expose volontairement au principe de dignité susmentionné sans pour autant être qualifié de délictueux, ni même sanctionné. Ce n'est pas uniquement une raison légale qui autorise cette atteinte volontaire au corps humain, c'est surtout une notion d'utilité qui donne à l'exercice de telles professions leur justification.

- 
- 1 Sur ce sujet : Bonneau, *Gaz. Pal.*, 1994, 1, doct., p. 823 ; Duval-Arnould, *JCP*, 2007, I, p. 165 ; Larroumet, *D.*, 1999, chron., p. 33 ; Maury, *RRJ*, 1999, 2, p. 335 ; Sargos, *JCP*, 2000, I, p. 202 ; GUIGUE, *Gaz. Pal.*, 2000, 1, doct., p. 520.
  - 2 L'inviolabilité du corps humain est « une intangibilité constituant, pour une personne (...) un droit fondamental à son intégrité corporelle » (Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri CAPITANT, 8<sup>e</sup> éd., P.U.F., 2000) ; L'inviolabilité du corps humain est le « droit de repousser l'agression d'autrui contre le corps » (François CHABAS, « Le corps humain et les actes juridiques en droit français », in *Le corps humain et le droit*, Association Henri CAPITANT, Dalloz, 1975, t. 26, p. 227).

C'est dans ce cadre que se situe la profession médicale qui exige de tout praticien en général, et de tout chirurgien spécifiquement, de causer volontairement des atteintes à l'intégrité corporelle des malades.

Pourtant, cette atteinte est conditionnée par une notion fondamentale qui doit accompagner le praticien dans sa décision de réaliser l'opération ou de la refuser : il s'agit de la notion de l'utilité de l'intervention chirurgicale.

En effet, une distinction est à faire entre la chirurgie générale et la chirurgie esthétique quant à la conception d'utilité s'attachant à chacune d'elles, une distinction provenant essentiellement de la nature de ces deux branches : la première qui vise à apporter la guérison à une maladie déterminée donne à la notion d'utilité une conception très étroite ; la deuxième qui vise à réaliser une amélioration physique laisse à la notion d'utilité une conception très large et empêche en même temps la réalisation de l'intervention inutile.

Ainsi, le chirurgien général utilise ses connaissances scientifiques et les règles de son art pour tenter de guérir une maladie déterminée<sup>3</sup>. C'est une finalité thérapeutique qui justifie donc l'intervention en chirurgie générale et qui constitue le critère de l'acte médical permis par la loi<sup>4</sup> ; quant à l'intervention chirurgicale esthétique, elle est un acte se réalisant sur une personne jouissant d'une bonne santé et sa finalité visant la réalisation d'une amélioration de l'image.

Ainsi, et à la différence de la chirurgie générale qui est ordonnée par une nécessité thérapeutique pouvant rendre l'intervention urgente pour la sauvegarde de la vie du patient, la chirurgie esthétique est en revanche un acte facultatif ordonné par le seul désir d'une personne d'améliorer sa morphologie. Aucun état de nécessité n'y est donc présent, raison pour laquelle le chirurgien esthétique est appelé à une plus grande prudence dans son évaluation des dommages que l'opération pourrait encourir.

Cependant, dans toutes les décisions tranchant dans des affaires médicales pour illégitimité de l'intervention esthétique, la jurisprudence française lie la légitimité de l'opération à la notion de proportionnalité appliquée en chirurgie générale.

---

3 Il en est de même pour certaines vaccinations, portant – en principe – atteinte limitée aux principes d'inviolabilité et d'intégrité du corps humain mais qui sont mises en œuvre dans le but d'assurer la protection de la santé, principe constitutionnellement garanti. (Préambule de la Constitution Française de 1946).

4 Gérard MEMETEAU, *Droit médical*, Litec, 1986, p. 160.

Suivant cette règle de proportionnalité, et suivant l'exemple du chirurgien général, la jurisprudence exige du chirurgien esthétique de dresser un bilan des avantages de l'opération par rapport à ses risques ; par application de la règle de proportionnalité, elle exige alors qu'un certain équilibre existe entre ces deux éléments.

Ainsi, tout déséquilibre entre les risques et les avantages escomptés entraîne systématiquement l'illégitimité de l'opération<sup>5</sup>. Selon la jurisprudence, la proportionnalité constitue alors la seule mesure de la légitimité de l'intervention à visée esthétique.

Pourtant, cette démarche semble non appropriée à la chirurgie esthétique en raison de la différence tant au niveau de la nature qu'au niveau de la finalité entre elle et la chirurgie générale. C'est ainsi qu'une démarche beaucoup plus prudente doit être suivie par le chirurgien esthétique avant de prendre sa décision de réaliser l'intervention à visée esthétique.

Selon notre avis, et à la différence du chirurgien général qui apprécie l'exigence de l'opération sur la base d'un bilan permettant d'évaluer la proportionnalité entre la nécessité thérapeutique commandant l'intervention et les risques se rattachant à celle-ci, le chirurgien esthétique, quant à lui, est appelé à établir deux sortes de bilans en vue d'apprécier non seulement l'utilité de l'opération, mais aussi sa légitimité : le premier bilan est un rapport établi entre la probabilité du succès de l'opération et le risque de son échec. Quant au second, il consiste en un rapport entre les avantages de l'opération et les dommages pouvant survenir.

Ainsi, le chirurgien esthétique doit localiser les avantages de l'opération d'une part, et les dommages qui pourraient affecter le patient de par cette intervention d'autre part.

Les premiers concernent le gain, ou le profit, qui pourrait résulter de l'acte de chirurgie esthétique ; il s'agit donc ici de la possibilité d'atteindre le résultat attendu à moindre coût, mais concerne aussi les conditions qui rendent le résultat possible. On peut donc qualifier les avantages de l'opération par les chances, les probabilités, de parvenir au résultat escompté.

Ces avantages qui favorisent l'intervention doivent en outre être comparés avec les risques de dommages que cette dernière pourrait causer au patient,

---

5 Le chirurgien esthétique a l'obligation de refuser de pratiquer l'opération lorsqu' « *il y a disproportion manifeste entre les risques encourus et les résultats aléatoires envisagés* ». (CA Paris, 16 juin 1995 (*Jurisdata 003607*)).

étant donné que tout acte chirurgical comporte la possibilité de produire des dommages du fait de son caractère chirurgical et de sa survenance sur une personne humaine.

Quant aux dommages, ils concernent les inconvénients et les difficultés liés à l'acte chirurgical, qu'il soit esthétique ou non ; ce sont en fait les méfaits que l'opération pourrait causer au patient, et dont la survenance porte une probabilité.

Les dommages qui peuvent résulter de l'intervention à visée esthétique sont répartis suivant les règles générales appliquées dans le cadre de la responsabilité civile. Nous distinguerons trois grandes catégories : les dommages certains qui peuvent résulter soit normalement de l'opération, et par ce fait leur survenance serait certaine, soit d'un choix opéré par le chirurgien esthétique, tels par exemple le dommage temporaire qui se produit suite à une opération chirurgicale esthétique d'ajustement du nez sous la forme d'une tumeur et parfois d'une défiguration qui infecte le nez et la zone qui l'entoure et qui ne dure que pour une période précise de quelques mois, ou bien le fait d'utiliser le corps du patient comme un champ d'expérimentation scientifique, outre la responsabilité que le chirurgien pourrait encourir, cet acte est susceptible d'exposer le patient à un degré extrêmement élevé de gravité ; les dommages éventuels qui se caractérisent par la probabilité de survenance tels par exemple le risque du dommage psychologique provenant de la fragilité psychologique du patient, ou bien les dommages résultant des infections nosocomiales contractées dans un établissement de santé ; et les dommages incertains qui ne permettent pas au chirurgien de les localiser puisqu'ils sont hypothétiques. Ce type de dommages concerne essentiellement l'aléa thérapeutique.

Comment donc peut-on déterminer l'aléa thérapeutique ?

Survenant sur des « *tissus vivants* » dont les réactions ne peuvent jamais être prévisibles, tout acte chirurgical comporte en soi un danger de produire des complications qui sont soudaines, et qui se distinguent de celles qui sont raisonnablement prévisibles du point de vue scientifique.

Ces dommages, nommés individuels, se distinguent des dommages dits sériels.

En effet, ces derniers concernent les catastrophes sanitaires dues notamment à l'utilisation de tel ou tel produit au cours du traitement médical et qui peut ainsi toucher des milliers de personnes, ou même davantage, tel par exemple la contamination transfusionnelle par le VIH.

Quant au dommage individuel, il est celui qui intervient lors d'un acte médical ou chirurgical, entraînant pour un individu des conséquences dramatiques que son état de santé initial ne permettait pas de prévoir ; ce dommage est appelé aléa thérapeutique.

Ainsi, l'aléa thérapeutique est de survenance rare, raison pour laquelle il est nommé « *individuel* » mais, contrairement à celui-ci, il est un dommage incertain qui ne résulte pas normalement d'une intervention chirurgicale précise ; ainsi qu'il ne peut pas être prévu suivant les données scientifiques et les règles de l'art. Il est le fruit d'une vraie « *surprise* » dont les causes sont inexplicables et inconnues.

Ce dommage se caractérise par l'absence de toute faute ; il n'est donc pas attesté par un mauvais agissement de la part du chirurgien. C'est ainsi qu'il se distingue de l'accident médical qui peut résulter d'une faute ou d'une négligence de la part du praticien.

Ainsi, l'aléa thérapeutique se produit à l'occasion d'un acte médical ou chirurgical déterminé, et il est constitué par la survenance d'un événement soudain qui n'est pas la conséquence directe de cet acte et qui ne correspond pas à une évolution normale et certaine, ou probable, de la maladie dont souffre le patient.

Deux éléments caractérisent l'aléa thérapeutique : l'événement soudain puisqu'il ne résulte pas normalement de l'acte chirurgical, il est donc un dommage anormal ; et l'impossibilité de pouvoir prévoir sa survenance par la suite, il est donc un dommage incertain.

Ces deux éléments permettent de distinguer l'aléa thérapeutique des dommages certains d'un côté, et des dommages exceptionnels d'un autre côté.

En effet, les dommages certains ne se produisent pas soudainement, tout au contraire, ils concernent les conséquences normales et certaines qui peuvent se rattacher à l'acte chirurgical, et ils correspondent à une évolution prévisible de l'état du patient<sup>6</sup>.

---

6 V. par ex. : Cass. 1<sup>e</sup> civ., 31 mars 2011, n° 09-17.315, *D.*, 2012, p. 56, obs. O. Gout ; *RTD civ.*, 2011, p. 553, obs. P. Jourdain : un patient victime de complications hémorragiques dont les conséquences ont été très préjudiciables ne pourra bénéficier de l'indemnisation par la solidarité nationale lorsque ces conséquences étaient prévisibles et normales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci, compte tenu de des antécédents vasculaires.

En revanche, le dommage individuel est imprévu, il est d'une survenance soudaine et inattendue, donc incertaine.

Ces caractéristiques proviennent également de sa nomination, puisque le terme « *aléa* » signifie le « *coup de dé* », il est donc le « *fruit du hasard* » et échappe aux données scientifiques et médicales du chirurgien. Quant au terme « *thérapeutique* » il s'agit de « *la partie de la médecine qui se rapporte à la manière de traiter les maladies* ».

Ainsi, l'aléa thérapeutique est :

*« la part d'incertitude inhérente à toute intervention chirurgicale ou tout acte médical, même le mieux réalisé, du fait de réaction imprévisible du patient ou de circonstances imparables ne mettant pas en cause la technique ou la compétence des soignants<sup>7</sup> ».*

Par conséquent, en dépit de sa nature non curative et de sa finalité d'amélioration psychologique, l'intervention en matière de chirurgie esthétique pourrait produire, à l'exemple de celle en chirurgie générale, des complications soudaines, voire des aléas thérapeutiques du fait qu'elle s'opère sur une personne humaine dont les réactions s'avèrent inattendues.

### EXEMPLES<sup>8</sup> :

1. L'arrêt cardiaque d'une personne subissant une opération chirurgicale esthétique de rhinoplastie du nez et qui ne souffrait d'aucune maladie cardiaque préalable, constitue un aléa thérapeutique imprévisible résultant d'une réaction soudaine et inattendue du corps du patient.

2. Une personne subit un *lifting* temporal dans le but d'un relèvement de la queue du sourcil des deux côtés. Suite à ladite opération, deux cicatrices disgracieuses de la région fronto-temporales de chaque côté sont apparues et étaient incluses dans le cuir chevelu. Ces cicatrices qui sont imputables nécessairement à l'opération suite aux techniques utilisées dans une telle opération, que ce soit le *lifting* frontal ou bien le simple *lifting*, ou bien encore l'injection de toxine botulique, ne doivent normalement pas être disgracieuses.

---

7 D. CABUTEAU, « L'indemnisation du risque thérapeutique », *Droit social*, 03/03/1992.

8 Voici d'autres exemples jurisprudentiels :

Civ. 1<sup>e</sup>, 8 nov. 2000, *Bull. Civ.*, I, n° 287 : Paralysie irréversible des membres inférieurs et incontinence à la suite d'une intervention de dérivation du liquide céphalo - rachidien pour remédier à une hydrocéphalie.

Civ. 1<sup>e</sup>, 27 mars 2001, *Bull. Civ.*, I, n° 86 : Intervention sur le maxillaire supérieur entraînant une cécité d'un œil consécutive à un accident vasculaire.

Le caractère disgracieux résulte d'une réaction de la peau imprévisible et par conséquent d'un aléa inhérent à l'opération<sup>9</sup>.

C'est ainsi que la question se pose sur la relation entre la nature de l'intervention chirurgicale esthétique à réaliser et l'aléa thérapeutique, et si ce dernier est d'une incompatibilité avec l'intervention à visée esthétique qui pourrait empêcher la réalisation de l'opération. Et la problématique qui se pose dans ce contexte est celle de savoir si une incompatibilité entre la nature de l'intervention à visée esthétique et celle de l'aléa thérapeutique est d'ordre à empêcher la réalisation de l'opération, c'est-à-dire si l'aléa thérapeutique est de nature à affecter la réalisation de l'intervention du fait qu'elle est à visée esthétique, ou bien s'il est entendu en chirurgie esthétique de la même manière qu'en chirurgie générale.

Ainsi, s'il est vrai que l'analyse réalisée dans le cadre de la chirurgie esthétique est complètement différente de celle effectuée en chirurgie générale, puisque cette dernière est commandée par une urgence provenant de l'état maladif du patient qui exige parfois une intervention chirurgicale nécessaire à sa survie en dépit des risques que pourrait entraîner l'opération, mais cette différence de nature et de finalité entre les deux types de chirurgie persiste même devant l'aléa thérapeutique ?

En effet, et comme précisé précédemment, l'aléa thérapeutique étant un dommage incertain constitue :

*« la part d'incertitude inhérente à toute intervention chirurgicale ou tout acte médical, même le mieux réalisé, du fait de réaction imprévisible du patient ou de circonstances imparables ne mettant pas en cause la technique ou la compétence des soignants<sup>10</sup> ».*

9 CA Aix-en-Provence, 19 février 2008, n° du RG : 07/00359, inédit :  
*« Attendu que les cicatrices que déplorent Mme Z... sont imputables nécessairement à l'intervention ; qu'elles ne sont pas révélatrices toutefois d'un geste fautif du chirurgien car si elles sont disgracieuses, ce caractère disgracieux résulte d'une réaction de la peau imprévisible et par conséquent d'un aléa inhérent à l'opération ;  
 Attendu qu'enfin la perte d'expression invoquée est liée selon les experts au décollement sous cutané généré par l'intervention ; qu'elle constitue un aléa de celle-ci et la reprise de cette perte d'expression est selon les experts tout aussi aléatoire ;  
 Attendu que par conséquent il ne peut être reproché à M. X... aucune faute dans l'indication opératoire et dans le geste chirurgical ou ses suites de nature à engager sa responsabilité... ».*

10 D. CABUTEAU, « L'indemnisation du risque thérapeutique ».

L'aléa thérapeutique résulte donc des réactions imprévues, voire inattendues, du patient lors d'une intervention chirurgicale ; il est imprévisible du côté scientifique et d'une survenance totalement incertaine<sup>11</sup>.

Ainsi, on peut dire que ce dommage pourrait menacer tout patient subissant un acte chirurgical, qu'il soit esthétique ou bien non esthétique, en dépit du respect de toutes les règles d'art exigées par la profession médicale.

Suite à cette analyse, la nature de l'aléa thérapeutique fait de lui le dommage incertain qui accompagne toute intervention chirurgicale, qu'elle soit esthétique ou non. Ainsi, à l'exemple du chirurgien général, le chirurgien esthétique ne peut jamais prévoir la possibilité de la survenance certaine d'une telle complication soudaine.

Ainsi, ce dommage intervient indépendamment de la nature de l'opération chirurgicale, puisqu'il est inhérent à l'acte chirurgical du fait qu'il se produit sur un être humain.

Le risque de survenance de ce dommage individuel ne se contredit pas alors avec la nature esthétique de l'intervention chirurgicale, et de ce fait, il ne constitue pas un élément qui entraîne l'abstention de réaliser cette dernière.

---

11 D'où le fait que la réparation des conséquences de l'aléa thérapeutique n'entre pas dans le champ des obligations dont un médecin est contractuellement tenu à l'égard de son patient : Civ. 1<sup>re</sup>, 8 nov. 2000, *Bull. Civ.*, I, n° 287 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 27 mars 2001, *Bull. Civ.*, I, n° 86 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 22 nov. 2007, *Bull. Civ.*, I, n° 366.