

**COURS DE
DROIT INTERNATIONAL PRIVE
UNIVERSITE DE NEUCHATEL
FACULTE DE DROIT**

Cas N° 35

Autonomie de la volonté

Faits:

En 1999, la société Oriane S.A., dont le siège social est à La Chaux-de-Fonds, et la société Flaminar S.p.a., avec siège social à Milan (Italie), ont conclu une "*convention de vente avec distribution exclusive*", la seconde s'engageant à acheter, chaque année, 5'000 montres de luxe fabriquées par la première et à les distribuer en contrepartie d'une clause d'exclusivité s'étendant à tous les territoires des Communautés européennes. Le contrat, rédigé en italien et conclu au siège de Flaminar S.p.a. à Milan, précise que la société Flaminar S.p.a. doit verser des "*royalties*" de Lit. 500.— par montre à Oriane S.A., sur le compte que possède cette dernière auprès de la succursale de l'UBS à Milan.

Récemment, la société italienne a fait savoir à Oriane S.A. qu'elle ne lui verserait pas les "*royalties*" convenues, considérant avoir été victime d'une tromperie, ayant appris que la société chaux-de-fonnière avait conclu un autre contrat de distribution parallèle avec une société grecque, qui distribue, à un prix plus bas, les montres Oriane S.A. sur le marché "gris". La société Flaminar S.p.a. a alors déclaré se départir du contrat pour vice du consentement.

Vu le refus catégorique de sa cocontractante de lui payer les royalties dues, Oriane S.A. décide d'introduire une action en paiement devant le Tribunal cantonal de Neuchâtel. Par un moyen préjudiciel, Flaminar S.p.a. décline la compétence du tribunal neuchâtelois et conteste l'application du droit suisse, invoqué par le demandeur, à la relation contractuelle des parties, alléguant que le contrat contient une élection de droit tacite en faveur du droit italien.

Variante 1: le contrat contient une prorogation de for en faveur des tribunaux suisses, mais incorpore plusieurs dispositions du Code civil italien.

Variante 2: le contrat de distribution exclusive conclu par les parties contient une clause d'élection de droit en faveur du droit suisse. Flaminar S.p.a. prétend, devant le juge suisse, que cette clause est insolite et qu'elle l'a ratifiée par erreur.

Questions:

1. Le Tribunal cantonal neuchâtelois est-il compétent pour connaître de la demande introduite par Oriane S.A. ?
2. Quel est le droit applicable au contrat de distribution exclusive conclu par les parties ?
3. A la lumière de quel droit le tribunal suisse examinera-t-il la validité de cette élection de droit ?
4. La nullité éventuelle de la clause d'élection de droit affecte-t-elle le reste du contrat ?
5. En cas de procès devant les tribunaux suisses (en raison de la prorogation de for) et d'application du droit suisse (par élection de droit), le juge devra-t-il tenir compte du droit communautaire, en particulier de l'art. 81 du Traité instituant la Communauté européenne (TCE ; anciennement art. 85) prohibant les accords illicites en matière de concurrence ?

Cas N° 35

Autonomie de la volonté

1. En l'absence de prorogation de for, il convient de se rapporter aux dispositions de la Convention de Lugano, qui est applicable en l'espèce, puisque les parties ont chacune leur siège dans un Etat contractant. En matière contractuelle, l'art. 5 ch. 1 CL attribue la compétence au tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande doit être exécutée. En l'espèce, le contrat des parties prévoit que Flaminar S.p.a doit verser les redevances sur le compte qu'Oriane S.A. possède auprès d'une banque à Milan, ville qui sera donc considérée comme le lieu d'exécution quant à cette obligation. Le Tribunal cantonal neuchâtelois devra donc se déclarer incompétent.

Variante 1: la compétence du Tribunal cantonal neuchâtelois découle de la prorogation de for convenue par les parties.

2. Dans l'hypothèse où le tribunal suisse est compétent, s'agissant du droit applicable aux relations contractuelles, la LDIP laisse une assez grande liberté aux parties, puisque l'art. 116 al. 1 LDIP consacre en premier lieu l'autonomie de la volonté des parties, en stipulant que "le contrat est régi par le droit choisi par les parties". En l'espèce, celles-ci n'ont pas convenu expressément de l'application d'un certain droit au contrat. Toutefois, il s'agira également d'examiner si les parties ont convenu une élection de droit tacite. En effet, l'art. 116 al. 2 lère ph. LDIP pose que l'élection de droit doit être expresse ou ressortir de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances. La jurisprudence s'est toujours montrée très exigeante avant d'admettre l'existence d'une élection tacite. Selon la formule du TF, "l'élection de droit exige que les parties aient d'une part la conscience du problème du droit applicable et la volonté de le résoudre par une élection de droit" (ATF 119 II 173, SJ 1994, p. 41; ATF 111 II 276, JT 1986 I 255; ATF 99 II 315, JT 1974 I 458). Du texte restrictif de l'art. 116 al. 2 LDIP, la jurisprudence a conclu que la manifestation de volonté expresse ou par actes concluants des parties devait être "suffisamment nette, d'un point de vue objectif, pour que le destinataire puisse et doive, selon le principe de la confiance, l'interpréter comme une offre de conclure une convention d'élection de droit" (ATF 119 II 173, SJ 1994, p. 41). Dans une telle situation, le juge examinera très attentivement si les circonstances concrètes de la relation contractuelle des parties contiennent des indices tendant à admettre l'existence d'une élection de droit tacite. D'après la pratique des tribunaux, le lieu de conclusion du contrat, la langue dans laquelle il est rédigé et la monnaie du paiement ne sont pas des indices suffisants pour conclure à l'existence d'une élection de droit tacite.

Dans notre cas, l'existence de ces critères ne suffirait pas pour admettre une élection de droit tacite. Le tribunal italien devrait donc définir le droit applicable à la relation contractuelle des parties en fonction de sa propre loi de DIP. Si le procès se déroulait devant un juge suisse, celui-ci devrait se référer à l'article 117 LDIP, la prestation caractéristique étant probablement, en l'espèce, celle de la société Oriane S.A., puisque l'élément *vente* est prépondérant par rapport à l'élément *distribution* dans le contrat.

3. Il est reconnu aujourd'hui que l'élection de droit est en elle-même un contrat (*Verweisungsvertrag*), dont le but est de déterminer le cadre juridique (loi applicable) du contrat matériel (contrat de base). L'art. 116 al. 2, 2° ph. LDIP précise que l'élection de droit est régie par le droit choisi. On trouve la même solution à l'article 2 al. 3 de la Convention de la Haye sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels du 15 juin 1955 ("*Les conditions, relatives au consentement des parties quant à la loi déclarée applicable, sont déterminées par cette loi*") et à l'article 8 al. 1 de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles du 19 juin 1980 ("*L'existence et la validité du contrat ou d'une*

disposition de celui-ci sont soumises à la loi qui serait applicable en vertu de la présente Convention si le contrat ou la disposition étaient valables").

Variante 2: A la lumière des considérations développées ci-dessus, l'existence d'un vice du consentement devra donc être tranchée à la lumière du droit suisse.

4. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le contrat d'élection de droit (*Verweisungsvertrag*) et le contrat générateur d'obligation (contrat de base) sont des conventions idéalement distinctes. La validité de l'élection de droit doit être déterminée pour elle-même, indépendamment de celle du contrat générateur d'obligations. En principe, la nullité de la clause d'élection de droit n'affectera pas la validité du contrat générateur d'obligations, ni inversement, sauf si elle revêt une importance telle (élément essentiel) que le contrat de base ne peut subsister sans elle (voir, pour une application analogique de ce raisonnement en matière de prorogation de for, un arrêt du TF du 17 février 1999, résumé in RSDIE 4/5/99, p. 601 ss).

5. Selon les considérants de son arrêt rendu le 13 novembre 1998, le TF a généralement admis que le juge civil suisse chargé de se prononcer sur la validité d'une entente contractuelle affectant le marché de l'Union européenne doit examiner cette question à la lumière de l'art. 81 TCE, et ce même si les parties ont conventionnellement admis l'application du droit suisse à leurs relations contractuelles (Arrêt du Tribunal fédéral du 13 novembre 1998, résumé in Bulletin ASA 1999, p. 529ss). Toutefois, dans ce même arrêt, qui traitait d'un recours contre une sentence arbitrale, le TF a jugé que les dispositions du droit national ou européen de la concurrence ne relèvent pas de l'ordre public, au sens de l'art. 190 al. 2 lit. e LDIP, ou, en d'autres termes, ne font pas partie des principes juridiques ou moraux fondamentaux reconnus dans tous les Etats civilisés. Partant, le TF a considéré qu'on ne saurait imposer à un arbitre chargé d'appliquer le droit suisse l'obligation de tenir compte du droit étranger normalement applicable lorsque ce droit n'a été invoqué par aucune des parties et a donc rejeté le recours formé pour violation de l'ordre public. Dans un arrêt de la CJCE du 1^{er} juin 1999 (*Benetton*, Aff. C-126/97), la solution retenue va dans le sens inverse: il a été jugé qu'une sentence rendue en violation de l'article 81 TCE par un tribunal arbitral siégeant dans un Etat membre est contraire à l'ordre public et peut donc être annulée. Selon ANTONIO RIGOZZI (*Arbitrage, ordre public et droit communautaire de la concurrence*, in Bulletin ASA 1999, p. 455ss), la solution retenue par la Cour de justice repose notamment sur "*l'importance fondamentale de l'art. 81 CE dans le fonctionnement du marché intérieur qui rend cette norme indispensable à l'accomplissement des missions de la Communauté et qui justifie sa qualification d'ordre public*".