

# I. Chapitre 1 – Un accident d’avion – compétence internationale et droit applicable

---

## Cas pratique

*En septembre 2015, un ressortissant allemand de 35 ans, marié et père de famille vivant à Berlin (variante : Londres) avec sa famille, achète un billet d’avion dans une agence de la compagnie Aero à Paris pour un vol aller-retour Düsseldorf-Berlin. Aero est une compagnie aérienne dont le siège est à Frankfurt (variante : Zürich), et qui propose des vols à bas cout dans tous les pays d’Europe. Lors du vol retour de Barcelone à Düsseldorf l’Airbus A320-211 de la compagnie Aero s’écrase dans les Pyrénées françaises 40 minutes après avoir décollé. Les 150 passagers et membres de l’équipage décèdent tous lors de l’accident. L’enquête visant à déterminer les circonstances de l’accident révèle que la tragédie est due au pilote de l’avion, qui, atteint d’une dépression sévère, avait volontairement décidé de provoquer la collision de l’avion dans les montagnes. L’épouse du jeune homme décédé ainsi que ses enfants souhaitent demander la réparation du dommage matériel ou économique ainsi que du tort moral qu’ils ont subis suite à la perte du mari et père à la compagnie Aero. Considérer les 2 variantes suivantes :*

**Q1) Quels tribunaux sont compétents pour juger la demande ? La réponse à cette question serait-elle différente si :**

- a. Le jeune homme était parti *en vacances* à Barcelone ?
- b. Si il était musicien de haut niveau et s’était rendu à Barcelone pour *des raisons professionnelles* pour y donner un concert ?

**Q2) Quel droit ces tribunaux appliqueraient-ils ? Quel rôle le droit de la responsabilité civile non-uniforme joue-t-il lors de l’analyse ?**

**Q3) Quid si dans le contrat, la compagnie Aero a prévu une clause excluant toute responsabilité en cas de décès ou de lésion corporelle ?**

## **EXPLICATION PREALABLE DU « RIW-Kommentar », arrêt Lazare.**

Il y avait une jeune femme de nationalité roumaine qui vivait en Italie avec sa mère et ses soeurs. Elle a eu un accident de voiture grave en Italie et est décédée. Son père, habitant en Roumanie, porte une action pour des DI suite à ces dommages subis dus à la mort de sa fille. L’auteur de l’accident a disparu et est inconnu. Le défendeur classique n’est donc pas là. Quid ? Fond d’indemnisation italien qui intervient et nomme un assureur qui gère la question. L’action de M. Lazar est portée contre l’assureur Allianz en Italie au siège de l’assureur. Se pose la question du droit applicable. Sa fille était victime primaire et lui victime secondaire (ou « victime par ricochet » selon la terminologie française). Dans l’art. 133 al.2 LDIP, le principe c’est qu’on applique le droit de l’Etat ou l’acte illicite a été commis (lorsque les parties ne sont pas domiciliés dans le même Etat), donc ce serait le droit italien en l’espèce. Ensuite, pour le juge suisse, que faut-il avoir encore en tête concernant un accident de *voiture* ? La Convention de La Haye de 1971 qui rattache aussi en principe au lieu de l’accident, et en UE, l’art. 4 du Règlement de Rome II rattache au lieu de l’accident en principe. Dans une telle situation, quel est le lieu du délit ? Où le localiser dans une telle

situation ? L'option évidente c'est le résultat du dommage (en Italie, source du dommage). Autre option ? En Roumanie, car le père a subi le dommage là-bas (résultat), argument pour appliquer le droit roumain. La Cour de Justice a décidé la chose suivante :

- Premier argument : en fait, on part du règlement Rome I, l'art. 4 est le point de départ : la loi applicable est celle du pays où le dommage survient, quel que soit le pays ou le fait générateur du dommage se produit et quels que soient les pays dans lesquels les conséquences de ce dommage survient. Le dommage c'est l'atteinte à la vie de la jeune femme. Les atteintes économiques aux intérêts du père sont des dommages indirects en vertu de l'art. 4 Rome I.
- Second argument plus convaincant : interprétation systématique, on regarde l'art. 15 Rome II qui dit que la loi applicable a une obligation non contractuelle régit notamment (let. f) les personnes ayant droit à réparation du dommage qu'ils ont personnellement subi. En d'autres termes que cet art. 15 part du principe qu'on détermine le droit applicable en vertu de l'art. 4 et ensuite on regarde quelles personnes ont le droit de réclamer des DI selon le même droit, et pour quels dommages. Ainsi, la victime primaire (la jeune femme décédée) tombe sous le droit italien selon l'art. 4 Rome I, mais également la victime secondaire (le père) selon l'art. 15 Rome II.
- Troisième argument : cons. 16 du règlement Rome II (comme les motifs du Conseil fédéral dans la LDIP) : le recours a des règles uniformes devrait assurer la prévisibilité (...). Pour les proches, le fait qu'une personne ait un accident dans un pays et que cet accident soit régit par le droit de ce pays doit être prévisible.

En conclusion, pas de rattachement autonome séparé pour la victime secondaire donc. On détermine le droit applicable a une action de la victime primaire et on applique ce même droit aux actions des victimes secondaires. Remarque : l'art. 8 al.6 Convention de La Haye 73 dit exactement la même chose.

\* \* \*

Point de départ du cas d'espèce : quels tribunaux sont compétents du point de vue du juge suisse : l'art. 1 al.1 let. a LDIP : elle régit une matière internationale (élément d'extranéité). Puis art. 1 al.2 LDIP rappelle que la LDIP s'applique sauf il y a un traité international qui prime. Point de vue du juge européen : règlement de Bruxelles rév., mais qui donne aussi priorité aux conventions internationales. Art. 71 Bruxelles I rév. : « le présent règlement n'affecte pas les conventions auxquelles les Etats membres sont parties (...) décisions ».

En matière de transport aérien on peut avoir un régime spécial : il y a une Convention de Montréal pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien (1999). S'applique-t-elle ici ? Le champ d'application est défini à l'art. 1 de la Convention : il faut un transport international (défini à l'art. 1 al.2) + de personnes, bagages ou marchandises + effectué par un aéronef + contre rémunération (peut aussi être gratuit, voir plus loin dans la disposition).

Un transport international : « Au sens de la présente convention l'expression transport international s'entend de tout transport (...) présente Convention » (art. 1 al.2). Cette

convention s'applique toujours lorsqu'il y a un contact entre deux Etats, mais est exclue pour un vol purement interne. Dans notre scénario elle s'applique donc lorsque le vol est international. Quand le point de départ et le point d'arrivée prévus sont situés sur le territoire de deux Etats contractants. Qui sont les Etats contractants ? Cf. internet, quasiment tous les Etats sont contractants (donc application quasiment mondiale, les Etats qui manquent sont probablement membres de la Convention précédente – celle de Varsovie).

En l'espèce, le point de départ est en Espagne (Barcelone), le point d'arrivée est Düsseldorf (Allemagne). Tous deux sont des Etats contractants de la Convention de Montréal qui s'applique par conséquent ici.

Les dispositions de la Convention de Montréal portant sur la compétence internationale priment sur la LDIP et le Règlement de Bruxelles rév. Art. 33 al.1 CMtl : « l'action en responsabilité devra être portée au choix du demandeur dans l'un des territoires des Etats parties (...) destination ». Il y a toute une palette de compétences internationales (plusieurs fors). Al.2 : dommages résultants dans la mort ou dans des lésions corporelles subis par un passager (situation particulièrement grave prévue par le législateur). On attend un for de protection de la victime (ou ses proches) à son domicile. Que trouve-t-on ? Les mêmes fors que ceux de l'al.1 mais aussi le for qu'on attendait (celui de la victime/ses proches) mais avec une condition supplémentaire : « ...et vers lequel le transporteur exploite des services de transport aérien (...) loue ou possède ».

Art. 33 al.1 CMtl détermine la compétence internationale ET interne. Pas seulement les tribunaux du pays du domicile du transporteur mais bien précis les tribunaux d'un Etat partie du domicile du transporteur, donc en l'espèce les tribunaux allemands précisément à Francfort. Mais aussi compétence des tribunaux parisiens (lieu où il possède un établissement par le soin duquel le contrat a été conclu), donc compétence internationale et interne des tribunaux français à Paris. Aussi lieu de destination, donc les tribunaux de Düsseldorf. Pour l'instant, on a le choix entre trois fors. Quid de Barcelone ? A vérifier avec un commentaire.

Art. 33 al.2 CMtl : « en ce qui concerne le dommage résultant de la mort (...) ». Donc a nouveau les trois fors de l'al.1 mais aussi le territoire de l'Etat partie où le passager a sa résidence principale et permanente au moment de l'accident et vers lequel ou a partir duquel le transporteur aérien exploite ses services, donc en l'espèce 4<sup>ème</sup> option qui sont les tribunaux à Berlin (ou dans la variante à Zürich).

Par rapport au droit applicable, si il y a un droit matériel uniforme applicable, alors il prime (à condition qu'il s'applique), c.à.d. la CVIM (ventes internationales de marchandises / CISG). On aurait éventuellement un 2<sup>ème</sup> exemple : art. 17 CMtl « mort ou lésions subies par un passager (...) débarquement », c'est clairement du droit matériel uniforme de la responsabilité civile pour un accident d'avion, qui remplace l'art. 41 CO. C'est quel type de responsabilité ici ? Extracontractuelle (les proches n'ont pas de contrat avec le transporteur). C'est une responsabilité objective, sans faute ; on ne s'intéresse pas si il y a eu faute de la part du transporteur, c'est un risque unilatéral. Art. 21 al.1 : responsabilité objective pour 160'000.- CHF (100'000 droits de tirage spéciaux). Al.2 : transporteur pas

responsable du dommage visé de l'art. 17 al.1 dans la mesure ou il dépasse 100'000 droits de tirage spéciaux si il prive que dommage pas du a (lire la disposition), responsabilité pour faute (mais la faute est présumée, transporteur pourrait s'exonérer). En l'espèce Aero peut-il s'exonérer ? Art. 21 al.2 let. b CMtl applicable ? Non, le pilote n'est pas un tiers, mais un membre de l'équipage, un employé. Ils ne peuvent pas s'exonérer en l'espèce.

Art. 29 CMtl : action en dommages-intérêts. La responsabilité pour dommage suite a un accident d'avion est réglée uniquement par cette Convention. Puis « sans préjudice de la détermination des personnes qui ont le droit d'agir et de leurs droits respectifs ». Cette phrase signifie *in fine* que si le passager est mort et que ses proches réclament des dommages intérêts, pour savoir si des proches peuvent le réclamer, il faut se référer au droit national applicable (pour les proches mais aussi pour le dommage pour lequel ils peuvent réclamer des DI).

Ainsi : premièrement qui sont les proches ? Deuxièmement, pour quel dommage (économique ? perte de soutien ? soutien légal ou de fait ? quid du tort moral ?). En droit français, italien, espagnol on peut demander le tort moral mais pas en droit allemand. Il y a eu beaucoup de discussions sur cette affaire (GermanWings). Comment s'en sortir ? On va se placer du point de vue suisse et européen :

- Point de vue du juge suisse : comment il détermine le droit applicable à ces deux questions ? Pas de for américain et il n'y aura pas de punitive damages. La LDIP détermine le droit applicable : art. 132 ss LDIP. L'art. 132 LDIP : « les parties peuvent après l'évènement dommageable convenir a tout moment de l'application du droit du for », donc ils peuvent élire le droit suisse. Mais Aéro ne va pas être d'accord car le droit suisse prévoit le tort moral (ou d'accord pour des raisons politiques ou d'image, mais on va dire ici que non). Sinon 133 LDIP : si auteur est lésé Hypothèse 1 : Aéro est en Allemagne et le passager décédé vivait a Berlin, donc le droit allemand s'applique. Selon le droit allemand, pas de DI pour la perte d'un proche, en tout cas pas de tort moral (pour la perte de soutien oui). Hypothèse 2 : la victime primaire établie à Berlin, ses proches établis à Zurich, c'est la victime primaire qui nous intéresse. L'art. 133 al.2 LDIP : si pas de résidence habituelle dans le même Etat, alors droit de l'Etat du lieu ou le dommage a été subi. La Cour de Justice de l'UE a décidé dans ce cas là c'est le domicile de la victime primaire qui compte. Par conséquent on retombe à nouveau sur le droit allemand. Seulement si la victime primaire de cet accident vivait en Suisse, il n'y aurait plus lieu d'appliquer l'art. 133 al.1 et 2 LDIP. Quid de l'art. 133 al.3 LDIP ? Rapport juridique entre Aéro (transporteur) et les victimes, le droit qui régit le contrat régira également l'acte délictuel. Le lien particulier (contractuel) existait entre les victimes primaires (à bord) et Aéro, mais pas avec les proches. Ce contrat était régit par quel droit ? *Question bonus* : quid si employeur perd 20% de ses employés pendant l'accident et que toute une série de concerts n'a pas lieu, risque de faillite ? La CMtl a exclu cette question de son champ d'application (ne parle que des proches, pas des tiers), il faut regarder les droits nationaux. C'est à ce stade là qu'il faut se demander quel droit national s'applique.
- Point de vue du juge européen : comment il détermine le droit applicable à ces deux questions ? En principe c'est la responsabilité objective pour faute, mais qui peut réclamer des DI et pour quels dommages ? Devant un tribunal dans un Etat européen

sachant le passager a bord était domicilié à Berlin dans la première hypothèse, le raisonnement pour trouver le droit applicable à l'action de la victime secondaire est le suivant : si Aéro et le passager font une élection de droit, ce droit s'applique. Ici, il n'y a pas d'élection de droit. On regarde donc l'art. 4 al.1 Rome II : en principe le droit applicable est le droit français puisque le lieu de l'accident est en France. Mais art. 4 al.2 Rome II : toutefois lorsque la personne dont la responsabilité est invoquée et la personne lésée ont toutes deux leur résidence habituelle dans le même pays, alors le droit de ce pays s'applique. Dans la première hypothèse, ils sont tous deux domiciliés en Allemagne (Aéro ET la victime primaire), donc c'est le droit allemand qui s'applique, en remplaçant le droit français. S'agissant de la victime secondaire (les proches), si ils vivent en Allemagne, alors droit allemand, et si ils vivent en Suisse, alors on suit le raisonnement de l'arrêt Lazare, le droit allemand s'applique aussi. Quid si la victime primaire était domiciliée en Espagne ? Art. 4 al.1 Rome II, droit français (lieu de l'accident) ? Art. 4 al.3 phr. 1 Rome II : un lien manifestement plus étroit avec un autre pays pourrait se fonder sur une relation préexistante telle qu'un contrat. Art. 4 al. 3 phr. 2 Rome II : lieu de conclusion du contrat. On analyse l'action de la victime secondaire et le problème par rapport à l'art. 4 al.3 phr.2 Rome II ? La victime secondaire n'a pas de contrat, alors cette disposition ne marche pas mais on peut utiliser l'art. 4 al.3 phr. 1 Rome II pour le contrat passé avec la victime primaire et à travers l'arrêt Lazare on l'applique aussi à l'action de la victime secondaire. Quel est le droit applicable au contrat de transport passé avec la victime primaire ? Selon quelle disposition ? Selon l'art. 5 Rome I (contrat de transport) ? Ou plutôt l'art. 6 Rome I (contrat de consommation) ? Ce n'est pas un voyage à forfait ici (conditions non remplies, auraient dû acheter un forfait + un voyage + une prestation), donc on applique l'art. 5 al. 2 Rome I, donc le droit applicable est le droit du pays dans lequel le passager a sa résidence habituelle, pourvu que le lieu de départ et d'arrivée se situe dans ce pays. Alors ici si le passager est domicilié en Espagne, alors droit espagnol qui s'applique à l'action du passager (art. 4 al.3 phr. 1 Rome II), mais aussi à l'action de la victime secondaire via l'arrêt Lazare.

Remarque : si on faisait le même exercice en Suisse ? Si le juge suisse était compétent selon la Convention de Montréal ? Droit applicable : art. 1 al.1 let. b LDIP mais il y a du droit matériel uniforme, donc la CMtl s'applique. Art. 29 al.1 phr.2 CMtl on laisse au DIP du for pour la détermination des DI et qui y a droit : art. 132 LDIP (ils peuvent faire une élection de droit), puis 133 LDIP, prétentions régies par le droit de cet Etat) et si les deux ne vivent pas dans le même pas, alors 133 al.3 LDIP : prétentions sont régies par le droit applicable à ce rapport juridique. Pour la victime primaire donc même règle a l'art. 4 al.3 phr.2 Rome II. Quid pour la victime secondaire ? Droit du lieu de l'accident (133 al.2 LDIP) en principe, mais peut-on faire une exception comme en droit européen via l'arrêt Lazare ? Oui, art. 133 al.3 LDIP est l'exception spéciale : rattachement accessoire. MAIS il nous manque la première phrase de l'art. 4 al.3 Rome II ici. Que pourrait-on faire ? On a encore la clause générale de l'art. 15 LDIP, pour appliquer le droit de la victime primaire à la victime secondaire ! Quel droit ? Puis analyser conditions du contrat de service (118 al.3 LDIP), car pas consommation.

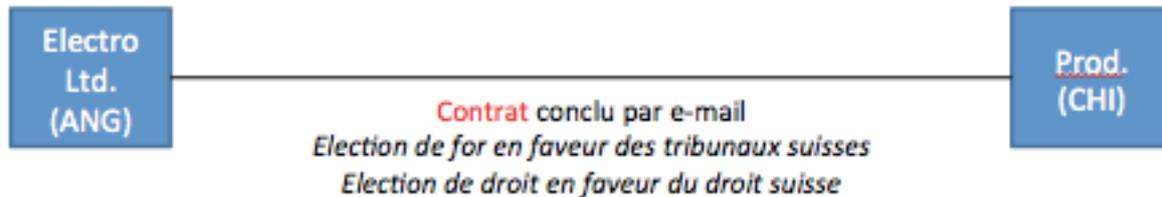
Les parties ont souvent tendance à vouloir que leur différend soit jugé dans leur pays d'origine. Elles vont donc essayer de se mettre d'accord sur un for compétent pour les litiges

à venir dès le début de leurs relations. Les fors suisses sont souvent choisis, puisque c'est un gage de conscience en général.

## II. L'élection de for

### CAS PRATIQUE 1 : introduction

#### Rappel des faits :



#### a. Où peut-elle agir ?

La société anglaise veut agir en responsabilité contractuelle contre la partie chinoise, puisque les téléphones reçus sont d'une autre couleur, ce qui les rend difficiles à vendre. Il y a une société mère basée aux Etats-Unis et la filiale est en Angleterre. La filiale est une société contrôlée par la société mère mais c'est une entité propre, c'est une Sarl ici. La société mère n'est pas à prendre en compte ici puisque le contrat est passé entre la filiale et la société chinoise.

On peut penser à différents fors ici : tribunaux chinois (pays du défendeur), mais il faudrait vérifier selon le DIPrivé chinois quels sont les textes applicables pour qu'une action puisse être intentée là-bas. Mais ce n'est pas notre cas ici. Autre for ? Le pays du demandeur, c.à.d. les tribunaux anglais, et là ils détermineraient leur compétence selon leur DIPrivé, puisque le défendeur n'est pas domicilié en Europe (donc le Règlement de Bruxelles I ne serait pas applicable). Mais ici ce n'est pas non plus la question, puisqu'on nous dit qu'il y a eu une élection de for en Suisse. Donc on va se positionner du point de vue du juge suisse. Art. 1 al.1 let. a LDIP prévoit que la LDIP régit la compétence des autorités judiciaires et administratives suisses. Art. 5 LDIP prévoit qu'en matière patrimoniale les parties peuvent convenir d'un tribunal (...). (cf. ATF 119 II 391 sur l'art. 5 LDIP). Art. 1 al.2 LDIP fait primer les traités internationaux s'agissant de la compétence. On pense dans ce cas à la Convention de Lugano.

Sur l'applicabilité de la Convention de Lugano : *première condition, celle du champ d'application temporel (art. 63 CL)* : il faut que l'action soit intentée après l'entrée en vigueur de la CL dans l'Etat du for (donc Suisse), elle est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011. Quel moment est déterminé pour ce champ d'application temporel : est-ce que c'est la conclusion du contrat contenant l'élection de for ou le moment où le litige est porté ? Arrêt de la Cour de novembre 1979 Sani Central : le moment déterminant c'est quand le litige est porté devant les tribunaux. Il n'y a pas de date ici, on part du principe qu'on est au jour d'aujourd'hui, soit en 2016, soit après la date de l'entrée en vigueur de la CL, donc le champ d'application temporel est rempli. *Deuxième condition : champ d'application matériel (art. 1*

*al.1 CL*) qui exige que nous devons être dans un litige en matière civile ou commerciale. La CL ne détermine pas ce qu'est une matière civile ou commerciale mais l'art. 1 al.1 CL se limite à exclure certains pans du droit, notamment les matières fiscales, douanières ou administratives. A noter par ailleurs que selon la JP de la CJUE, la notion de matière civile ou commerciale s'interprète de manière autonome, donc sans se référer aux conceptions nationales. En l'occurrence, on est bien dans un litige de nature commerciale (contrat de vente). Selon l'art. 1 al.1 CL on ne doit pas être dans une des matières exclues (art. 1 al.1 let. a à let. d CL) : en l'occurrence, ce n'est pas le cas ici. Enfin, *troisième condition : champ d'application personnel et dans l'espace (art. 1 al.1 CL in fine)* qui exige que le défendeur doit être domicilié dans un Etat contractant de la Convention de Lugano. En l'occurrence c'est la Chine, donc on peut de prime abord penser que cette condition n'est pas remplie, mais on a d'autres articles à prendre en compte (art. 23 et 24 CL), qui font que finalement le champ d'application dans l'espace va varier (cf. schéma du photocopié, p. 85 vert). Il faudrait d'abord regarder si la CL peut s'appliquer à un autre titre, même si le défendeur n'est pas domicilié dans un Etat contractant, parce qu'il y a une compétence impérative selon l'art. 22 CL (pour les beaux d'immeubles, la validité ou la dissolution de personnes morales, les droits réels, etc). En l'espèce, l'art. 22 CL ne s'applique pas car il n'y a pas de compétence impérative exclusive. Par contre, la seconde question est y a-t-il une prorogation d'un Etat contractant de l'une des parties, dont l'une au moins est domiciliée dans un Etat contractant (art. 23 et 24 CL) : l'art. 23 CL prévoit que si les parties dont l'une au moins a son domicile dans un Etat contractant de la CL ont convenu d'un for dans un Etat lié par la CL, ce tribunal ou les tribunaux de cet Etat sont compétents. Cette compétence est exclusive sauf convention contraire des parties. Conditions de cette disposition : au moins l'une des parties a son domicile sur le territoire d'un Etat lié par la CL. En l'espèce, c'est le cas (l'Angleterre est liée par la CL, étant un Etat membre de l'UE). Ensuite, les parties ont élu un tribunal ou des tribunaux d'un Etat lié par la CL : c'est le cas, elles ont élu les tribunaux suisses. Enfin, il n'y a pas de convention contraire, c'est le cas ici. Toutes les conditions de l'art. 23 CL sont donc remplies, de même que la condition du champ d'application temporel et dans l'espace. Pour finir, on ne se trouve pas dans un cas de litispendance, car aucune parties n'a encore agit devant un autre tribunal. En guise de conclusion intermédiaire, la Convention de Lugano s'applique. Remarque : art. 25 RBI bis (entrée en vigueur : 1<sup>er</sup> janvier 2012) est l'équivalent de l'art. 23 CL qui permet d'opter pour la compétence des tribunaux alors qu'elles ne viennent pas des Etats contractant de Bruxelles I.

*Sur les conditions de validité quant à la forme de la prorogation de for* : Pour qu'une élection de for soit valable, il faut remplir les conditions suivantes les conditions de forme et de fond. La condition de forme est la suivante : selon l'art. 23 al.1 CL, la compétence doit être conclue soit par écrit ou verbalement avec confirmation écrite (let.a) ou alors conforme aux habitudes des parties (let. b) ou sous une forme conforme largement connue dans ce type de commerce (let. c). Ici les parties ont établi une convention écrite. En l'espèce, échange conclu sous forme électronique (e-mail). Quid ? Art. 23 al.2 CL : « Toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite. » Le principe de l'équivalence fonctionnelle entre la transmission électronique et la forme écrite s'applique. Ce principe existe aussi à l'art. 5 al.1 LDIP et à l'art. 9 Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux. Ici, il n'y a aucun problème à imprimer les e-mails, donc l'art. 23 al.1 et al.2 CL sont remplis. Il y a également deux conditions de fond. La

première est la désignation d'un tribunal. C'est le cas ici. Quid d'une élection de for asymétrique (c.à.d. quand on ne va pas avoir le même tribunal compétent selon quelle est la partie demanderesse et quelle partie actionne ; dans certains contrats, différents tribunaux sont prévus suivant qui actionne et qui défend) ? Les solutions divergent selon les pays, avec différents courants. Un premier courant (anglais) pense qu'une élection de for asymétrique est parfaitement possible (voir *Mauritius Commercial Bank Limited v Hestia Holdings Limited & Another* (2013 EWHC 1328 (Comm)), mais pas selon d'autres (voir Arrêt n+983 du 26 septembre 2012 (11-26.022) – Cour de cassation – Première chambre civile). La seconde condition de fond est qu'il doit s'agir d'un litige suffisamment déterminable : « la portée de l'engagement des parties doit être clairement circonscrite, afin que celles-ci soient retenues de se lier d'une manière excessive et imprévisible » (ATF 4C.189/2001). C'est le cas en l'espèce. Il n'y a aucune exigence de lien entre le litige et le for élu (CJCE, 07.06.84, *Zelger c. Salintri*). Il faut par contre que la prorogation soit valide selon le droit du for élu : ce n'est pas une condition expresse de la CL mais c'est clairement mentionné à l'art. 25 RBI (regarder si il n'y a pas eu d'erreurs, de dol, de contraintes etc donc pas de vices de consentement, ce n'est pas le cas en l'espèce). On peut considérer que les conditions de fond sont remplies ici. En guise de conclusion intermédiaire, cette élection de for est valide en l'espèce.

Les effets de l'élection de for sont les suivants : il y a une dérogation, autrement dit les chefs de compétences ordinaires sont exclus. Le for est prorogé (le for élu est compétent) et il est exclusif (aucun autre for ne pourra se prononcer sur le litige, le for élu est exclusivement compétent, sauf convention contraire), sauf si des compétences protectrices ou exclusives existent (ex : contrat de travail, contrat de consommation, etc, art. 16-17 CL typiquement). A noter par contre que si les parties élisent trois fors, alors ces derniers seront alternativement compétents mais pas exclusivement. Il faut ajouter que « la jurisprudence a posé récemment que le juge suisse n'a en principe pas à se soucier d'une compétence exclusive étrangère ; si les conditions de prorogation énumérées dans la loi suisse sont réalisées, il se déclarera compétent, quelles que soient les revendications de l'Etat du for exclu. L'application de la Convention de Lugano ne conduit d'ailleurs pas à un autre résultat. » (ATF 125 III 108, p. 109).

En conclusion, les tribunaux suisses sont exclusivement compétents pour traiter du litige.

### b. Quel sera le droit applicable ?

Faits :



L'art. 1 al.1 let. b LDIP indique que la LDIP s'applique en matière de droit applicable mais l'art. 1 al.2 LDIP réserve l'application des traités internationaux. Par conséquent, si on se place du point de vue du juge suisse, ce dernier analyse tout d'abord si il y a du droit matériel uniforme : c'est bien sûr la Convention de Vienne sur la Vente Internationale de Marchandises (CVIM). On parle de droit uniforme parce qu'on vise à uniformiser le droit

entre une pluralité d'Etats, et on parle de droit matériel parce que la solution nous est directement donnée dans la CVIM (sans renvoyer à un autre droit national).

*Sur l'applicabilité de la CVIM* : art. 1 al. 1 CVIM sur le champ d'application matériel. L'art. 1 al. 1 CVIM indique que cette convention s'applique à un contrat de vente de marchandises entre des parties établies dans des Etats différents lorsque (let. a) ce sont des Etats contractants (la Chine est contractant de la CVIM mais le Royaume-Uni n'est pas un Etat contractant à la CVIM, cf. fin du texte pour l'annexe contenant les Etats parties), Donc l'art. 1 al. 1 let. a CVIM ne nous permet pas de conclure à son application. Quid de l'art. 1 al. 1 let. b CVIM, selon lequel les règles de droit international privé mènent à l'application d'un droit d'un Etat contractant ? Il faut se référer au DIP du for : on est devant les tribunaux suisses, donc l'art. 1 al. 1 let. b LDIP dit qu'elle s'applique en ce qui concerne le droit applicable. L'art. 118 al. 1 LDIP dit que les ventes mobilières (c'est le cas ici, vente de téléphone portable) sont régies par la Convention de La Haye de 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers. Art. 118 al. 2 LDIP dit que l'art. 120 LDIP est réservé, traitant des contrats de consommation (ce n'est pas le cas ici, le contrat d'espèce a été fait à titre professionnel).

*Sur l'applicabilité de la CLAH55* : le champ d'application matériel est donné à l'art. 1 CLAH55, selon lequel la convention s'applique aux contrats de vente à caractère international d'objets mobiliers et corporels. La CLAH55 est appliquée par les tribunaux suisses même si le domicile d'une des parties n'est pas contractant à la CLAH55, ce qui compte c'est si le tribunal qui applique la CLAH55 est issue d'un Etat partie de la CLAH55. Donc le champ d'application matériel est rempli. Le champ d'application temporel : il n'y a pas d'article là-dessus mais en début de la Convention il est indiqué que l'entrée en vigueur en Suisse de la CLAH55 date du 27 octobre 1972. Nous sommes en 2016, donc le champ d'application temporel est rempli. On peut déduire que la CLAH55 s'applique. On se réfère à l'art. 2 CLAH55 qui indique que la vente est régie par la loi interne du pays désignée par les parties contractantes. Ici les parties se sont mises d'accord sur le droit suisse, ce qui le rend applicable via l'art. 2 CLAH55. La désignation du droit applicable doit faire l'objet d'une clause expresse ou résulter des dispositions du contrat, ce qui est le cas ici.

La Suisse est un Etat contractant à la CVIM, par conséquent le droit suisse est applicable selon les règles de DIPrivé de la LDIP, alors la CVIM s'applique en vertu de l'art. 1 al. 1 let. b CVIM.

Quand les parties ont fait référence au droit suisse, voulaient-elles s'en tenir au CO ? Ou voulaient elles inclure aussi la CVIM ? L'art. 6 CVIM permet un *opting out*, les parties peuvent exclure son application ou sous réserve des dispositions de l'art. 12 CVIM déroger à certaines dispositions ou en modifier les CVIM. Il n'y a pas d'indication dans l'énoncé, donc on entend le droit suisse dans son ensemble, ce qui inclurait la CVIM. Mais à noter qu'il y a différents courants doctrinaux s'agissant de l'art. 6 CVIM : la position majoritaire c'est que lorsque les parties se sont mises d'accord sur un droit applicable d'un Etat, il n'y a pas d'*opting out* si il n'y a pas eu de convention expresse, donc ici c'est bien la CVIM qu'on va appliquer et non pas le COS.

PREMIERE VARIANTE : on a les mêmes parties avec la prorogation de for prévue, mais il n'y a pas d'élection de droit en faveur de droit suisse. Que fait le juge suisse ? Il va encore une fois se référer à l'art. 1 al. 1 let. b CVIM, avec le même raisonnement que ci-dessus, puis revenir à l'art. 118 LDIP qui renvoie à la CLAH55. Mais l'art. 2 CLAH55 ne nous intéresse plus car il n'y a plus d'élection de droit, donc c'est à l'art. 3 CLAH55 qu'on se tourne : « à défaut de droit déclaré applicable par les parties dans les conditions prévues par l'article précédent, la vente est régie par la loi interne du pays où le vendeur a sa résidence habituelle au moment où il reçoit la commande ». La résidence habituelle du vendeur ici est en Chine, donc c'est le droit chinois qui va s'appliquer. La Chine est un Etat contractant à la CVIM, donc par droit chinois entend-t-on la CVIM ou simplement le droit chinois (donc uniquement le *Chinese Contract Act de 1999*) ? La Chine a fait une réserve à l'art. 95 CVIM qui permet à un Etat de se départir de l'art. 1 al.1 let. b CVIM, c.à.d. qu'en Chine si on applique la CVIM, ce n'est que si l'art. 1 al.1 let. a CVIM s'applique, sinon on n'a pas besoin de regarder si le droit applicable est normalement le droit d'un Etat contractant (ça ne suffira pas pour déduire que la CVIM s'applique). A noter que les Etats-Unis ont fait une réserve similaire. Ici c'est donc le droit chinois qui va s'appliquer et non pas la CVIM, donc le *Chinese Contract Act*.

SECONDE VARIANTE: le for compétent est anglais et non pas suisse (par prorogation de for), mais il y a une élection de droit en faveur du droit suisse. L'Angleterre n'est pas un Etat membre de la CVIM, donc le juge anglais ne va pas se poser la question de l'existence d'un droit matériel uniforme. Par contre, l'Angleterre est membre de l'UE, donc contractant du Règlement Rome I (s'appliquant en matière de loi applicable au contrat).

*Sur l'applicabilité du Règlement de Rome I* : champ d'application matériel à l'art. 1 al.1 RRI exigeant qu'on soit dans un litige relevant de la matière civile et/ou commerciale (c'est le cas ici). On ne doit pas être dans une des matières exclues par l'art. 1 al.2 RRI (matière d'Etat ou de capacité juridique des personnes physiques, trusts, régimes matrimoniaux, etc), ce n'est pas le cas ici. Ce champ est rempli. Ensuite champ d'application spatial : art. 2 RRI, la convention a un caractère universel, donc la loi désignée applicable par le Règlement s'applique même si ce n'est pas une loi d'un Etat membre de RRI (peut être droit chilien, péruvien, etc). Ce champ est aussi rempli. Finalement, champ d'application temporel (art. 28 RRI) : s'applique aux contrats conclus après le 17 décembre 2009, pas de problème ici. Le Règlement de Rome I s'applique en l'espèce.

Le juge anglais va se référer à l'art. 3 RRI qui indique que le contrat est régi par la loi choisie par les parties (choix expresse ou résulte des dispositions du contrat), donc selon l'art. 3 RRI c'est le droit suisse qui va s'appliquer. Mais la question c'est que quand le juge anglais va appliquer le droit suisse, va-t-il appliquer la CVIM alors que l'Angleterre n'y est pas partie ? Ou va-t-il simplement appliquer le droit suisse national (COS) ? Le juge anglais n'est normalement pas lié par la CVIM, il y a un débat doctrinal là-dessus avec deux points de vue possibles : A.) Le juge d'un Etat non contractant à la CVIM, en l'occurrence le juge anglais, ne prendra pas en compte la CVIM. On ne peut pas obliger ce tribunal à appliquer une Convention dont il ne voulait pas. Donc il appliquera le droit matériel suisse. Prof. Kadner pas d'accord. B.) Le fait que le juge anglais ne soit pas lié à la CVIM doit appliquer le droit suisse pour ce qu'il est, la décision revient au législateur suisse de décider ce qu'il y a dans son droit, donc la CVIM va être applicable par le juge anglais, ceci afin de respecter la primauté de la CVIM pour le législateur suisse. Position doctrinale de Kadner.

**c. Où pourra-t-elle (Electro Ltd) faire exécuter un éventuel jugement en sa faveur ?**

*Sur l'exécution du jugement suisse au Royaume-Uni* : point de vue du juge anglais qui reçoit cette demande d'exécution / de reconnaissance du jugement suisse. Le juge anglais applique-t-il le Règlement de Bruxelles I ou la Convention de Lugano ? C'est un jugement suisse, il n'émane pas d'un tribunal de l'UE, donc c'est véritablement la CL (p. 87 polycop).

Champ d'application temporel (art. 63 al.1 CL) : deux conditions, il faut que l'action soit intentée après l'entrée en vigueur de la CL dans l'Etat d'origine de la décision (en Suisse donc, 1<sup>er</sup> janvier 2011 est l'entrée en vigueur, décision rendue en 2016, donc condition remplie ici). Ensuite il faut que la décision dont on demande la reconnaissance en Angleterre soit faite après l'entrée en vigueur de la CL dans l'Etat requis (entrée en vigueur de la CL en Angleterre : 1<sup>er</sup> janvier 2010, donc condition remplie ici aussi). Ce champ est rempli en l'espèce. Champ d'application matériel : art. 1 al. 1 CL, matière civile ou commerciale, clairement le cas ici, et pas cas d'exclusion de l'art. 1 al. 2 CL, ce n'est pas le cas. Champ rempli ici aussi. Champ d'application dans l'espace (art. 33-38 CL) : art. 33 CL s'applique pour la reconnaissance et prévoit que les décisions rendues dans un Etat lié par la CL sont reconnues par les autres Etats liés par la CL sans qu'il ne soit nécessaire de recourir à aucune procédure, donc reconnaissance quasi automatique. Quid de l'exécution ? Art. 38 al.1 CL prévoit que les décisions rendues dans un Etat lié par la CL et qui y sont exécutoires sont mises à exécution dans un autre Etat lié par la CL après y avoir été déclarées exécutoires sur requête de toute partie intéressée. La encore une fois pas de problème mais à noter qu'ici on est dans une demande de reconnaissance et d'exécution au Royaume-Uni, donc il faut en plus citer aussi art. 38 al.2 CL, selon lequel au Royaume-Uni les décisions sont mises à exécution après avoir été enregistrées en vue de leur exécution à la demande de toute partie. Donc simple formalité à effectuer. Ici le jugement émane de la Suisse, donc selon toute vraisemblance il n'y aura aucun problème selon l'art. 33 et l'art. 38 CL.

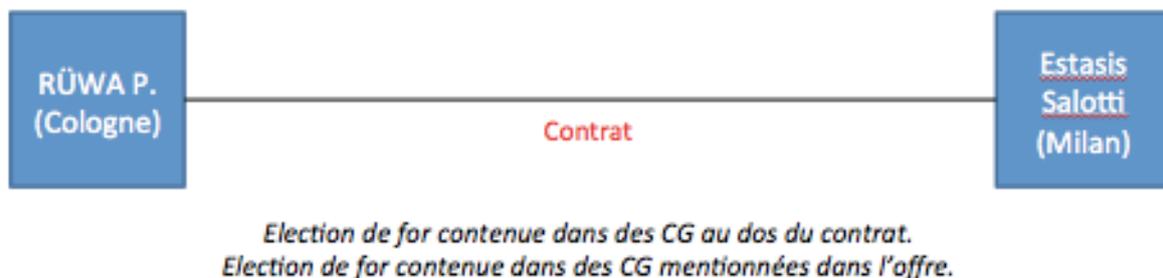
Il y a certaines conditions de l'exécution et de reconnaissance qui sont données aux art. 33 ss CL. Il y en a trois à considérer ici : A.) Il doit s'agir d'une décision, en l'occurrence c'est un jugement suisse donc ok ici. B.) Il faut que cette décision soit rendue par une juridiction. Définition de juridiction à l'art. 62 CL (« toute autorité désignée par un Etat lié par la CL comme étant compétant dans les matières relevant du champ d'application de celle-ci). Ok ici. C.) Il faut que cette décision ait force exécutoire dans le pays dont elle émane, art. 38 CL. C'est le cas ici aussi. Ces trois conditions étant remplies, il faut juste pour aller plus en détail dans l'analyse, on doit regarder les différents motifs de recours pour examiner si une décision ne doit pas être reconnue, c'est notamment trois motifs principaux souvent évoqués : A.) compatibilité avec l'ordre public de l'Etat requis selon l'art. 34 al.1 CL. B.) Respect des droits de la défense (c.à.d. si pendant la procédure qui a eu lieu dans l'autre Etat on se rend compte que notamment le droit d'être entendu n'a pas été respecté, alors l'art. 34 al.2 CL, le juge chez qui on veut faire reconnaître une décision peut refuser de le faire). C.) Il ne faut pas que la décision soit inconciliable avec une autre décision rendue dans l'Etat requis entre les mêmes parties. Selon toute vraisemblance, on n'est dans aucun de ces trois cas. Donc la décision suisse sera reconnue, déclarée exécutoire, et exécutée en Angleterre. Procédure d'exécution : art. 41 CL. Quid de l'exécution du jugement suisse en Chine ? On

devra regarder le DIP chinois, voir si il y a une Convention bilatérale de reconnaissance et d'exécution entre la Suisse et la Chine.

TROISIEME VARIANTE : quid si il s'agit d'un jugement anglais à faire reconnaître et exécuter en France ? La France est partie à fois au RBI et à la CL. Selon l'art. 64 CL, RBI prime sur CL. *Sur l'applicabilité de la RBI* (p. 88 polycop conditions) : d'abord champ d'application matériel (art. 1 al.1 RBI) qui exige que le litige soit de nature civile ou commerciale et éviter les exclusions de l'al.2. Ensuite, champ temporel (art. 66 RBI), l'action doit être intentée après le 10 janvier 2015. Enfin, champ dans l'espace : deux choses à regarder. Art. 36 RBI indique que les décisions rendues dans un Etat membre sont reconnues dans les autres Etats membres sans autre procédure. Egalement art. 39 RBI selon lequel une décision rendue exécutoire dans un Etat membre jouit de la force exécutoire dans les autres Etats membres sans autre procédure.

### CAS PRATIQUE 2 : la prorogation de for dans les conditions générales

Faits :



Est ce qu'on peut prévoir la compétence d'un juge dans des conditions générales ? Question régie à l'art. 5 dans la LDIP et JP du TF également (ATFF 119 II 391 qui explique le point de vue suisse sur la possibilité de prévoir la compétence des tribunaux dans les CG). Ici on est dans l'optique européenne. On a deux versions des CG et on veut savoir si une prorogation de for est valable au niveau de la forme et au niveau de fond. Cf. conditions de l'art. 23 CL.

La première question : Est-il satisfait à l'exigence de forme écrite prévue à l'art. 23 RBI lorsqu'une clause attributive de juridiction est contenue dans des CG de vente imprimée au verso d'un contrat signé par les deux parties ? La CJUE répond qu'il n'est satisfait à l'exigence de forme écrite prévue à l'art. 23 RBI que si le contrat signé par les deux parties comporte un renvoi expresse à ces CG pour considérer que la forme écrite est bien valide. La seconde question : est-il satisfait à l'exigence de forme écrite lorsque dans le texte du contrat les parties se réfèrent explicitement à une lettre d'offre antérieure qui renvoyait aux CG de vente annexées à cette dernière et contenant une clause attributive de juridiction ? La réponse est dans le dernier paragraphe des extraits fournis : dans le cadre d'un contrat avec référence au CG, il n'est satisfait aux exigences de forme que si le renvoi expresse et susceptible d'être contrôlé par une partie appliquant une diligence normale.

Conclusions : une élection de for contenue dans des CG est valable seulement si il y a un renvoi explicite aux conditions générales qui est fait dans le contrat. A noter qu'un renvoi à des communications antérieures est admis, sauf en cas de renvoi indirect ou implicite.

En l'espèce l'élection de droit est contenue dans le dos du contrat, et les CG n'étaient pas inscrites dans le contrat en tant que tel qui a été signé par les parties, elles étaient simplement derrière la feuille de papier. Or, il est très important que les CG fassent partie du texte, donc l'élection de droit ici n'est pas valide. Par contre, l'élection de droit mentionnée dans l'offre peut être considérée comme valable parce qu'elle était mentionnée dans le contrat et mise à l'attention des parties dans les communications antérieures entre les parties. Vu que ces communications étaient assez explicites, on peut admettre que cette élection de droit est valable.

Quid en matière de conditions générales dans le cadre du commerce électronique ? C.à.d. est ce que le fait d'inclure une élection de droit dans un contrat conclu de manière électronique par Internet est valide ? De façon générale on trouve que cela peut être intégré. Les CG qui mentionnent une élection de droit dans le cadre d'un contrat de manière électronique, cette élection de droit peut être intégrée avec bien sûr une réserve, notamment les réserves qui existent en matière de contrat de consommation. Donc si les CG sont cachées, si on essaie finalement de tromper de manière dolosive le consommateur, alors ces CG si elles n'ont pas été suffisamment portées à l'attention du consommateur, elles ne seront pas considérées comme valables. Donc les CG doivent être accessibles. Les deux contractants doivent avoir une idée claire sur ce sur quoi ils se sont mis d'accord, le fait de dire simplement qu'il y a des CG et qu'on en fait mention dans le contrat n'est pas suffisant.

### III. L'élection du droit applicable au contrat international

---

#### 1. L'élection d'un droit étatique – quels droits sont à disposition ?

L'art. 116 LDIP en parle, mais il n'y a pas de limites par rapport au droit à disposition. On peut choisir n'importe quel droit selon la LDIP, que ce droit ait un lien ou pas avec les parties ou l'affaire. Selon l'art. 3 Rome I : liberté de choix, le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Pas de limite par rapport au droit à disposition, les parties savent elles-mêmes ce qui leur convient le mieux. Donc même chose que la LDIP. Mais ce n'est pas la solution choisie partout dans le monde.

Typiquement aux USA c'est différent : attention, le « Restatement » n'est pas une loi mais une comparaison des règles de DIPrivé en vigueur dans les différents Etats américains et on en fait des conclusions. Sur la base de cette diversité on nous fait une proposition dans le *Restatement* : quelle est sa position par rapport à l'élection du droit ? Section 187 : « *law of the State chosen by the parties will be applied unless there is no substantial relation with the parties or no reasonable bases for the parties' choice* ». On exige donc un lien pour le droit choisi avec les parties ou l'affaire.

Quelle est la différence entre la Suisse/UE et les USA ? En Suisse ou dans l'UE on peut facilement choisir un droit neutre, ce qui n'est pas le cas en droit américain. Est-ce que le choix du droit suisse peut être justifié en droit américain comme « base raisonnable » parce que justement c'est un droit neutre ? Il paraît que non : on en parle pas du tout dans les

commentaires du *Restatement*. Quoi qu'il en soit, ce n'est pas admis selon les systèmes de DIP aux Etats-Unis.

Ainsi, si les parties veulent choisir un droit neutre, il faut faire attention en pratique à la partie faible. Une élection de droit avec une partie faible pose problème (droit de la consommation typiquement, art. 120 LDIP). Si c'est deux parties « fortes » (commerciales, professionnelles), il faut faire attention au droit matériel uniforme. Mais dans quelle situation la question du lien choisi avec l'affaire ou les parties est exigée ? Cela nous intéresse QUE si on va devant un tribunal aux Etats-Unis, car ce tribunal va appliquer son DIP. Si on est devant un tribunal suisse, alors on peut choisir le droit qu'on veut, même si cela concerne des parties américaines. Si on a une clause d'élection de for qui exclut un for aux Etats-Unis, on fait ce qu'on veut. En résumé : il faut d'abord toujours se poser la question du for potentiel !!!!

Le UCC prévoit à son par. 1-105 qu'il faut une relation raisonnable, donc de nouveau on exige un lien entre le droit choisi et les parties ou l'affaire. Si on regarde la note de bas de page 5, il y avait une version révisée de l'UCC rédigée par Niel Cohen de New York qui prévoyait une nouvelle section (301) proposant de modifier l'art. 1-105 pour abandonner cette condition de lien avec l'affaire choisie. Quid ? Ce texte n'a pas été accepté par les Etats de la Confédération qui au moment de l'adoption de l'UCC ont préféré insérer l'ancienne version de l'UCC. Uniquement les Iles Vierges avaient accepté la proposition.

En Amérique du Sud l'élection de droit est parfois aussi très limitée (typiquement en Argentine, cf. disposition dans le polycopié), on ne peut choisir comme droit applicable que le droit du lieu de conclusion (point de rattachement). En droit péruvien, il y a également une limite.

Bref, l'idée de pouvoir choisir un droit applicable n'est pas encore acceptée dans le monde entier. C'est la raison pour laquelle les Principes de La Haye sur le DIPrivé (PLAH2015) a mis la question de l'élection de droit sur son agenda. En principe la Conférence de La Haye s'est occupée de l'unification du DIPrivé sur le plan mondial et l'instrument choisi était la Convention internationale, mais cette fois ce sont des Principes. Adoptés le 19 mars 2015, acceptés par les membres de la Conférence, y.c les USA ainsi que les Etats d'Amérique du Sud (ce qui ne veut pas dire qu'ils sont applicables, attention !!!). Art. 2 PLAH2015 : droit applicable choisi par les parties. Art. 2 par. 4 : aucun lien n'est requis, donc on peut parfaitement choisir un droit neutre. Voir hcch.net (site de la Conférence de La Haye) pour voir les commentaires officiels.

## **2. L'élection de règles de droit (et non pas le droit d'un Etat) – admissible ?**

### **CAS PRATIQUE**

*Lors de la conclusion d'un contrat international, le vendeur établi en Suisse et l'acheteur établi en Chine conviennent que le contrat sera régi par :*

- a. Les principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international (ou « Les principes européens de droit contractuel »)*
- b. La lex mercatoria*

*Quels intérêts les parties peuvent-elles avoir à convenir d'un tel accord ? Quel droit est applicable dans ce cas du point de vue suisse ?*

On peut choisir un droit étatique, neutre, certes, ainsi qu'un for, etc. Mais peut-on choisir autre chose qu'un droit ? Il y a les Principes Unidroit sur les contrats de commerce international qui sont des règles de droit contractuel non-étatique mais très développées et modernes, détachées des particularités des Etats. On les trouve sur le site d'Unilex et on tombe sur le site d'Unidroit, avec en plus des commentaires officiels et de la jurisprudence les appliquant.

Quelle est la situation en Europe ? Peut-on choisir comme droit applicable un système de *soft law* (les Principes d'Unidroit p.ex) ? Art. 116 LDIP : le contrat est régi par le droit choisi par les parties. Est-ce que les Principes d'Unidroit sont du droit ? Rome I : le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Est-ce que les Principes d'Unidroit sont une loi ? Il y a eu récemment la publication de « *Model clauses choosing the Unidroit Principles* » (p. 15 polycopié). P.ex une clause prévoit que pour les questions non-couvertes par les principes on peut choisir subsidiairement le droit d'un autre pays. Quel est l'effet d'une telle clause ? Est-ce que cette clause d'élection sont une loi / du droit dans l'optique de la LDIP ou de Rome I ? En soit, on peut argumenter si 116 LDIP prévoit que le contrat est régi par le droit, on pourrait les choisir en tant que droit applicable, et si l'art. 116 LDIP mettrait à disposition un droit ou des règles de droit, dans ce cas on pourrait choisir des Principes Unidroit aussi. Mais attention : « le tribunal arbitral statue selon les règles de droit choisi par les parties » (187 LDIP) ! Donc le législateur suisse a bien vu la différence entre droit et règles de droit (interprétation systématique et littérale) ! Ainsi on ne peut pas choisir des règles de droit en tant que droit applicable dans le cadre de l'art. 116 LDIP. Contre-proposition ? Plus difficile d'argumenter après avoir vu 187 LDIP. En tout cas le TF s'est prononcé là-dessus.

La Commission européenne, lors de la préparation du nouveau Règlement Rome I l'avaient prévu : droit applicable avec un alinéa à l'art. 3 qui prévoyait qu'on pouvait aussi choisir des règles de droit reconnues sur le plan international (et dans les considérants on précisait qu'on pensait justement aux Principes Unidroit). Ensuite le Conseil européen a dû approuver mais ne savaient ce qu'était ces Principes Unidroit et ont enlevé cette possibilité et ont mis dans le considérant 13 Rome I « Le présent règlement n'interdit pas aux parties d'intégrer par référence dans leur contrat un droit non étatique ou une convention internationale ». Ainsi les Principes Unidroit ne sont pas considérés comme du droit mais comme des règles de droit qu'on peut incorporer dans le contrat. Si ensuite on détermine le droit applicable (art. 3 Rome I) et que les parties choisissent les Principes, alors art. 4 rattachement objectif : on doit déterminer le droit applicable (puisque les Principes ne sont pas du droit) et toutes les dispositions non contraignantes de ce droit applicable trouvé via l'art. 4 Rome I seront remplacées par les dispositions des Principes Unidroit.

*Par rapport à l'élection des « Principes relatifs aux contrats du commerce international », UNIDROIT propose les formules suivantes : (...). Quelle est la position du Tribunal fédéral à ce sujet ? Admettons que les parties aient soumis leurs futurs litiges à l'arbitrage, quel serait le droit applicable si les parties avaient prévu que le tribunal arbitral statuerait selon les « Principes de droit européen des contrats », les « Principes Unidroit » ou encore la *lex mercatoria* ?*

Dans un cas donné dans la version originale dans le polycopié (X AG c. Y grecque). Les parties avaient prévu l'application des règles de la FIFA à l'art. 3 (à l'époque la FIFA avait une autre renommée que mnt). Ces règles prévoyaient des règles relativement brèves pour la prescription (2 ans). Il y avait action et la question s'est posée si les parties avaient choisi les règles de la FIFA en tant que droit applicable. Raisonement du TF : d'abord art. 116 al.1 LDIP qui prévoit les parties peuvent choisir la droit applicable. Puis la doctrine est divisée (alors qu'en réalité elle est largement en faveur de l'élection des Principes), puis le TF a rappelé le cas des skis, etc. Le TF a conclu que ce genre de règle n'est pas du droit car c'est établi par un organisme intéressé, donc pas vraiment neutre. Les juges qui ont participé à la décision t se justifient en disant qu'ils n'ont jamais dit qu'on ne pouvait pas choisir les Principes Unidroit en tant que droit, car « ils ne se sont pas prononcés dessus » mais « uniquement sur les règles de la FIFA » (qui ojd ne sont toujours pas du droit). Donc il faut qu'il s'agisse de règles neutres d'une renommée internationale. Ainsi la solution selon la LDIP n'est pas claire. On a soit cette solution là, soit l'autre selon laquelle les principes Unidroit sont peut être du droit mais on a toujours ce problème avec l'interprétation systématique.

Différence entre les deux approches : si on dit que les règles de droit ne sont pas du droit, il y a du droit applicable et ensuite toutes les règles dispositives sont remplacées par les règles Unidroit. Mais si on considère que l'élection des Principes Unidroit ou du *soft law* est possible en tant que droit, là on a une élection de droit au niveau du DIPrivé, alors ça devient du droit applicable désigné par les parties et ensuite on a toujours l'art. 18 LDIP, même en cas d'élection d'un droit, l'art. 18 prévoit que « les dispositions impératives du droit suisse qui en raison de leur but particulier sont applicables quel que soit le droit désigné par la présente loi » (condition supplémentaire par rapport a la première situation). Si on remplace par les Principes d'Unidroit, les dispositions contraignantes du droit suisse (au 2<sup>ème</sup> degré, c.à.d. même au niveau international) vont s'appliquer quand même.

La question concrète dans ce litige qui s'était posée c'était la prescription : l'art. 129 COS prévoyait dans ce cas précis une prescription de 5 ans et non pas de 2 ans. Le TF arrive a la conclusion que le droit applicable doit être étatique. On le détermine avec l'art. 117 LDIP et on arrive au droit suisse. Ensuite, le droit contraignant y.c l'art. 129 COS s'applique et il n'y a pas de prescription, ceci car l'art. 129 COS est du droit non-dispositif sur le plan national. Une autre question était de savoir si l'art. 129 COS est aussi contraignant sur le plan international, mais le TF n'a pas tranché cette question.

*Quelle est la position adoptée par les Membres de la Conférence de La Haye dans les Principes de La Haye de 2014 ?*

Quel est le compromis ? P. 19 : art. 3 « *In these Principles, reference to law includes rules of law that are generally accepted on an international, supranational or regional level as a neutral and balanced set of rules, unless the law of the forum provides otherwise* ». Compromis comme on le trouve dans la CVIM aussi (sorte de réserve).

### 3. L'élection de droit dans des conditions générales et *battle of forms*.

P.ex la partie A fait une offre et rajoute ses CG. La partie B déclare acceptation et rajoute ses CG. Et les CG divergent les unes des autres et les parties commencent l'exécution du contrat et ensuite il y a un litige et se pose la question : quelles CG sont applicables/sont devenues parties du contrat ?

- Situation en droit matériel comparé : il y a offre et acceptation, on est d'accord sur une seule chose, le fait que le contrat est conclu. Si les deux parties procèdent à l'exécution du contrat, on n'en doute pas. Première solution (last-shot rule) : il y a eu offre, puis une contre-offre (en rajoutant de nouvelles CG). Dans ce cas ce serait les CG de la partie B qui s'appliqueraient. C'est la règle en droit chinois et au Royaume-Uni actuellement. Deuxième solution (first-shot rule) : il y a aussi la solution inverse (droit néerlandais p.ex) où on reçoit une offre avec les CG : si on les accepte, même en rajoutant des CG différents, on les ignore. Il y a encore une troisième solution (knock-out rule) : selon laquelle si les CG sont compatibles sur quelques points, là on les applique, et là où elles divergent, on les ignore (jurisprudence allemande, doctrine suisse). La quatrième solution est américaine (du UCC) qui combine les trois solutions, avec résultat très compliqué. Mais qu'est-ce qu'on fait si dans un contrat international ces CG comportent chacune une élection de droit, autrement dit une *battle of forms* ? Quel droit décide dans cette situation ? Aucun LDIP sur le plan mondial ne résout ce problème. La doctrine par contre propose 5 différentes solutions : cf. article détaillé sur Chamilo. En résumé :
  - Le juge applique la *lex fori* (si p.ex Angleterre, alors 2<sup>ème</sup> CG qui prime, si aux Pays-Bas, alors 1<sup>ère</sup> CG, etc comme expliqué ci-dessus). Problème ? On ne connaît pas forcément le for, etc.
  - Choisir la solution définitivement au niveau du DIP. Pas fait.
  - En fait comme si il n'y avait pas de clause d'élection de droit, on regarde lequel serait objectivement applicable, on le trouve et celui-ci décide ensuite sur la *battle of forms* des CG. Problème : compliqué et en plus on peut pas ignorer les clauses d'élection de droit.
  - On regarde selon les droits choisis des différentes parties et si selon eux les CG seraient devenues parties intégrantes au contrat. Très compliqué.
  - Combiner les trois premières. Ultra compliqué.
  - Cf. document.

Ainsi, pas vraiment de solution. Maintenant on essaie de trouver une solution sur le plan du droit international privé.

- Situation en droit international privé
  - Premier scénario: on a deux parties qui utilisent toutes des *standard terms*. Les deux parties choisissent dans leurs CG le même droit applicable. Ce droit

déterminera alors quelles CG s'appliquent. P.ex si elles choisissent les deux le droit anglais, alors ce sera les 2<sup>ème</sup> CG. Etc.

- Deuxième scénario : un droit désigne les 2<sup>ème</sup> CG (droit anglais choisi) mais l'autre droit désigne aussi les 2<sup>ème</sup> CG (droit chinois choisi). Donc deux droits applicables différents mais même solution concernant l'applicabilité des CG. Vu que les deux parties savaient que dans le droit désigné c'est les secondes CG qui s'appliquent, les parties s'attendent à ce que la solution soit celle-là et on résout le conflit des CG avec cette même règle.
- Troisième scénario : si une ou les deux parties choisissent un système qui prévoit un knock-out rule, alors ici un conflit parce que les deux systèmes désignés prévoient la même règle pour résoudre le conflit des CG. Dans ce cas, les CG sont à ignorer et il n'y a pas d'élection de droit, car il n'y a plus d'accord entre les parties.
- Quatrième scénario : la première partie choisit first-shot pour que ses CG à elles priment, la seconde choisit last-shot pour que ses CG priment, ce qui donnerait qu'il n'y a pas d'accord, pas d'élection de droit et on ignore les deux.

Mais vu qu'on a quand même des solutions, pourquoi ne pas les insérer dans des Principes ? Cf. p. 22 polycopié. Il y a un Drafting committee qui les regarde. Propositions : art. 6 par. 1 :

- Let. a : existait déjà. Si les deux parties choisissent un droit applicable, la question est si cet accord sur l'élection de droit est valable, et cette question se pose toujours. Le droit désigné décide
- Let. b : nouveauté ! Une partie désigne la loi A et l'autre la loi B, avec comme résultat que les deux lois choisissent la last-shot rule. Alors on applique le droit désigné. Mais si une des deux parties désigne un droit qui prévoit la knock-out rule, alors il n'y a pas d'accord.

### **CAS PRATIQUE : *The Hague scenarios***

*Dans ces scenarios, les parties ont-elles choisi le droit applicable au contrat ou faut-il déterminer le droit applicable par le biais d'un rattachement objectif ?*

- *Scenario 1: Party A, established in England, makes an offer and refers to its standard terms, which contain a clause designating English law as the law applicable to the contract. Party B, established in China, expresses acceptance of the offer and refers to its own standard terms, which designate the Chinese law as the applicable law. With respect to battle of forms scenarios, the domestic laws of England and China both provide that the standard terms last referred to prevail ("last-shot rule").*

Droit anglais et droit chinois ont tous deux comme solution la *last-shot rule*. Si on applique l'art. 6 Hague Principles : les deux parties ont bien utilisé des CG, désignant des droits applicables, et les deux donnent la même solution. Ici la nouvelle offre est faite en désignant le droit chinois, par conséquent le droit chinois est applicable.

- *Scenario 2: Party A, established in The Netherlands, makes an offer designating in its standard terms Dutch law; Party B, the offeree, established in England, designates*

*English law. Dutch laws follow a first-shot rule according to which the standard terms first used prevail in principle, while English law follows a last-shot rule.*

En droit néerlandais c'est le first-shot rule qui s'applique, tandis qu'en droit anglais c'est le last-shot rule. Comment résoudre cela via l'art. 6 al.1 let. b PLAH ? Puisque les lois désignées ne prévoient pas la même règle, on prévoit dans les Principes de La Haye qu'il n'y a simplement pas d'élection de droit. Ainsi, le droit applicable au contrat doit être déterminé par un rattachement objectif.

- *Scenario 3: Party A, established in Switzerland, designates in its standard terms Swiss law, while Party B, established in China, designates Chinese law. According to the dominant opinion in Switzerland, in battle of forms situations a knockout rule applies and conflicting terms are to be disregarded (this rule is also followed e.g. in France and German case law). Under the Chinese Contract Code, a last-shot rule applies.*

Si un des droits désignés prévoit une règle de knock-out, il n'y a pas d'élection de droit et aucune CG ne va s'appliquer au détriment de l'autre. Or, le droit suisse prévoit justement la règle du knock-out. Les CG s'annulent mutuellement ici.

- *Scenario 4: Party A to a transborder sales contract designates in its standard terms Swiss law (i.e the law of a CISG Contracting State), as the law applicable to the Contract. Party B designates in its standard terms French law (another CISG Contracting State), but explicitly excludes the CISG. Article 19 of the CISG (as interpreted by judicial practice and academic opinion) provides either the last-shot or the knockout rule. The general contract law of State Y follows a knockout rule. The case is brought before a court in a CISG Contracting State.*

Quid si le contrat tombe dans le champ d'application de la CVIM (CISG) ? Ici, on part du principe qu'on a un contrat international de vente. Si on choisit le droit d'un Etat contractant à la CVIM, on choisit son droit national y compris la CVIM. Or, la partie B a choisit le droit français (Etat contractant à la CVIM) mais a néanmoins exclu l'application de la CVIM (parfaitement possible, art. 6 CVIM). Est-ce que l'art. 6 PLAH s'applique ici ? « *If the parties have used standard terms (oui ici) designating different laws (oui ici, suisse et français) and under both of these laws, the same standard terms prevail (non, sous le droit suisse c'est knock-out) or under one or both no standard terms prevail (oui ici, knock-out rule dans les deux droits)* ». Conséquence : *there is no choice of law*. Donc on ignore les clauses d'élection de droit (ainsi que le refus de la CVIM) et il faut déterminer le droit applicable via un rattachement objectif. Droit désigné ? CVIM, on regarde l'art. 19 CVIM, pas tout a fait clair, soit une last shot rule, soit une knock-out rule (discuté en doctrine). Le résultat est pareil. Art. 6 let. a CVIM : le droit de la CVIM s'applique puisque toutes les conditions sont remplies. Pourquoi ignore-t-on la volonté des parties ? Parce qu'il n'y a pas de volonté commune des parties, ce qui est essentiel: elles veulent deux choses différentes et il n'y a pas d'accord. Mais attention, il y a une faiblesse : on doit voir quelle est la règle pour la bataille des CG dans le droit désigné, et ça c'est pas évident !

Quid des concurrents (*competitors*), autrement dit quelles sont les autres options disponibles ?

- La première option peut être trouvée en doctrine (mondiale) selon laquelle, la partie A choisit dans ses CG le droit A, et la partie B choisit dans ses CG le droit B. Ils disent qu'ils vont d'abord analyser sous les différents droits le droit A et le droit B. On fait l'analyse sur l'inclusion des CG dans le contrat selon le droit A, puis selon le droit B. Si selon le résultat donne que selon le droit A les CG sont incluses dans le contrat mais pas le droit B (ou vice versa), l'élection de droit s'applique. Mais si le résultat fait qu'elles sont comprises dans les deux droits, c'est une « suroffre » de CG et on applique la règle du knock-out. Que faut-il en penser ? Pour faire ça, il faut aller dans le droit matériel désigné, il ne suffit pas de savoir quelle règle il prévoit et c'est compliqué !
- La seconde option est de dire qu'on fait un rattachement objectif. D'abord, quel droit serait applicable si il n'y avait pas d'élection de droit. Puis selon le droit du vendeur. Puis selon le droit du vendeur, comment la battle of forms est résolue. Règle du knock-out ? Ok, on les ignore, rattachement objectif fini. First-shot rule ? L'élection de droit prime. Last-shot rule ? Le droit désigné dans les dernières CG priment. Problème de cela ? Le fait qu'on doive d'abord faire un rattachement objectif pour ensuite un rattachement subjectif, ce n'est pas logique et aussi très compliqué.
- La troisième option est de dire que si les différentes parties désignent des droits différents, alors knock-out rule au niveau national mais aussi au niveau international, celui du DIP tout simplement (Mr Lando, père des principes Lando). Plus simple. Donc véritable competitor de La Haye. Toutes les autres options sont trop compliquées.

## IV. Le for contractuel au lieu de l'exécution du contrat

---

### 1. Introduction et mise à jour (art. 7.1 RBI rév. et 5.1 CLug)

**Scénario 4.1 : Vente ou service ? La qualification du contrat :** En matière contractuelle, on peut toujours agir contre le défendeur : art. 4 Règlement de Bruxelles I révisé qui prévoit que l'on peut toujours agir devant les tribunaux du pays du défendeur. **Arrêt Car Trim** de la Cour de Justice : entreprise établie à Chemnitz (V, vendeur) versus la société KeySafety en Italie (A, acheteur). V a donné des instructions détaillées à A, et il y a eu un litige. L'art. 4 al.1 RBI rév. : ils auraient pu agir devant les tribunaux italiens mais on essaie de les éviter car ils sont très longs, autre langue, etc. V a voulu agir devant ses propres tribunaux à Chemnitz et selon l'art. 7.1 RBI rév., une personne domiciliée dans un Etat membre (donc notre défendeur A) peut être attiré dans un autre Etat membre (Allemagne) (...) dans l'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande (al.1). Mais le nouveau al.2 définit le lieu d'exécution du contrat pour toutes les obligations. Let. b : (...) le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande est : - pour la vente de marchandises : le lieu d'un Etat membre ou en vertu du contrat les marchandises auraient du être livrées ». Donc lieu de destination des biens. Pourquoi on ouvre un deuxième for, en plus celui de l'art. 4 RBI ? Tout simplement parce qu'on présume que si il y a un conflit dans ce type de situation, souvent il portera sur la qualité des biens, alors pour pouvoir décider il faut que le tribunal ait un accès facile aux biens, c.à.d. aux preuves. Car Trim s'est obligé à produire des

composants et les envoyer à KeySafety en Italie, autrement dit à fabriquer et livrer : ce genre de contrat est-ce une vente ou un contrat de services ? Art. 3 CVIM : sont réputées vendre les contrats de fourniture de marchandises à fabriquer ou à produire, à moins que la partie qui les commande ne fournisse des éléments essentiels de la production. Ainsi, même si on doit d'abord fabriquer le produit, ça reste une vente, SAUF si la partie qui commande nous livre les parties essentielles et que nous on les assemble (là c'est plutôt services). On a une question de compétence ici mais on s'inspire de la CVIM aussi, et ils en ont conclu que c'était effectivement une vente : si pas de destination dans le contrat alors c'est le lieu où de fait selon la volonté des parties les biens sont transmis à la disposition de l'acheteur dans ses locaux. On se détache ici du droit matériel, peu importe ce qu'il dit sur la prestation en litige. La destination était en Italie, donc pas de for à Chemnitz et ils devaient agir devant les tribunaux italiens. **Second arrêt important, arrêt Corman-Collins SA c. La Maison du Whisky SA** (p. 26 encore), partie belge vs partie françaises. On a un contrat de distribution, le vendeur livre et l'autre partie s'occupe de distribuer ces biens sur un marché pour le fabricant. La question : est-ce qu'il s'agit ici d'un contrat de vente entre les deux ou un contrat de services ? C'est un contrat de fournitures de services ici car il comporte une stipulation particulière concernant la distribution vendue par le concédant (critère de la Cour, fin p. 29). Les deux prévoient que les produits sont vendus sur tels marchés, sous telles conditions, etc : ce n'est pas juste un achat pour propre compte, c'est un contrat de concession. Donc ici le for c'est l'endroit où la partie fournit ses prestations.

Ces deux arrêts portent sur la question « vente ou services ? ». **Cette distinction est fondamentale.**

## **2. Le cas problématique : des accords sur le lieu d'exécution**

Une fois qu'on a déterminé qu'il s'agit d'une **vente**, quelles sont les questions qui peuvent se poser ?

- **Scénario 4.2 : Le lieu de l'exécution en matière de vente:** la société A dont le siège est à Zurich, en Suisse, détient un réseau de vente d'outil. Elle conclut un contrat avec la société B dont le siège est à Madrid, en Espagne. Les parties s'entendent sur une partie de livraisons de la part de B directement dans les magasins dans toute l'Europe (ainsi Zurich, Bruxelles, Cologne, etc reçoivent chacun pour 5'000 euros de marchandises, et le magasin de Rennes en France pour 7'500.- euros. Les outils se révèlent être de très mauvaise qualité et A veut intenter une action en DI contre B. Devant quels tribunaux peut-elle porter son action ? Toujours à Madrid (art. 4 RBI rév. ou art. 2 CL). Peut-elle le faire à Zurich, Cologne, Bruxelles ou Rennes. On a une série d'endroits de livraisons. Comment faire ? Art. 7 al.1 let. b RBI rév. : Pour les contrats de vente, c'est le lieu d'un Etat membre où en vertu du contrat les marchandises ont été ou auraient du être livrées. Où est le for/où peut-on agir ? La Cour répond qu'en cas de pluralité de lieux de livraisons, on cherche la livraison principale. Y en a-t-il une ? Pas vraiment. En effet, le but de ce for spécial c'est les preuves, on désigne un juge qui est proche des preuves, donc des biens, or ici la valeur et la quantité de livraison est plus ou moins identique dans toutes les villes. Ainsi on peut agir dans un lieu de livraison de notre choix : tous les juges de tous ces fors sont dans la même position.

- **Scenario 4.3 : le lieu de l'exécution en matière de services (arrêt Woodflaw de 2010):** lieu d'exécution en matière de contrats de services. Société Silvertrade SA au Luxembourg conclut un contrat d'agence commercial avec la société Woodflaw établie en Autriche. Silvertrade se départir du contrat sans motifs et Woodflaw (l'agent commercial) veut obtenir des DI. La Cour qualifie le contrat comme un contrat d'agence commercial. Lieu d'exécution du service : ici entreprise autrichienne, donc pourrait agir devant les tribunaux du pays du défendeur au Luxembourg, mais peuvent-ils agir encore ailleurs sur la base de l'art. 7 RBI rév. ou 5 CL ? Le point de départ de la cour : est-ce qu'il y a un lieu de fournitures de services prévu dans le contrat ? Le scénario ici dit que non. La Cour demande ensuite si il y a un endroit où ils ont effectivement déployé de manière prépondérante ses services ? Pas de lieu principal non plus, c'est dans toute une série de pays où il a agit. Dernier critère : le critère subsidiaire c'est le domicile de l'agent commercial, autrement la centrale de ses activités/d'où il a dirigé ses activités.

(!) Remarque : l'art. 7 al.1 let. a RBI rév. ne s'applique qu'aux contrats qui ne sont ni des contrats de vente, ni des contrats de services ! Pour ces contrats-là il faut regarder l'art. 7 al.1 let. b RBI rév. Il a également l'al.1 let. c : « la lettre a s'applique si la lettre b ne s'applique pas ».

- **Scenario 4.4 : des accords sur le lieu d'exécution (arrêt Electro Steel):** vendeur en Italie et l'acheteur (Electro Steel) établi en France forment un contrat pour la vente de marchandises. Le contrat prévoit une clause en italien « Resa : Franco (nostra) sede ». Les parties se disputent sur une question (obligation de l'acheteur de payer le prix intégral, les biens sont défectueux, etc). Le vendeur réclame le paiement du prix. Où peut-il agir contre l'acheteur ? Art. 4 al.1 RBI rév., devant les tribunaux français évidemment. Mais le vendeur ne veut pas agir devant les tribunaux français, il veut agir chez lui. Il invoque cette clause italienne : correspond aux Incoterms (clause Ex Works), c'est des formules standards proposées par les Chambres de commerce. Attention aussi à l'art. 26 RBI rév. : la juridiction devant laquelle le défendeur comparait est compétente. Cette règle n'est pas applicable si la comparution a uniquement pour but de contester la compétence de cette Cour ou si il existe une compétence exclusive d'une autre juridiction fondée sur l'art. 24 RBI rév. Argument de la partie italienne : art. 4 al.1 RBI rév., compétence générale. Il y aussi un for spécial : l'arrêt Car Trim, la destination finale donc le lieu d'exécution économique de fait qui nous intéresse. Contre-argument de la partie française : la destination finale c'est la destination de biens, qui serait Paris. Art. 7 al.1 let. b RBI rév : pour la vente de marchandises, lieu d'exécution du contrat ou le lieu d'un Etat membre où les marchandises auraient dû être livrées. Pour le juge parisien, si la destination finale est à Paris, donc les biens s'y trouvent, et la destination fait que le juge est proche des preuves, c'est ça la raison d'être de ce for. Mais il est déjà compétent en vertu de l'art. 4 RBI rév. Dans ce cas là il n'y a pas d'autre Etat. Cela aurait été beaucoup plus intéressant si le lieu de destination aurait été en Espagne ou aux Pays-Bas et que le juge, n'étant pas compétent, le deviendrait via l'art. 7 al.1 let. b RBI rév (lieu où les biens sont destinés). Interprétation littérale : en vertu du contrat le lieu de destination était toujours Paris. Mais on peut faire encore mieux : ont été livrés en

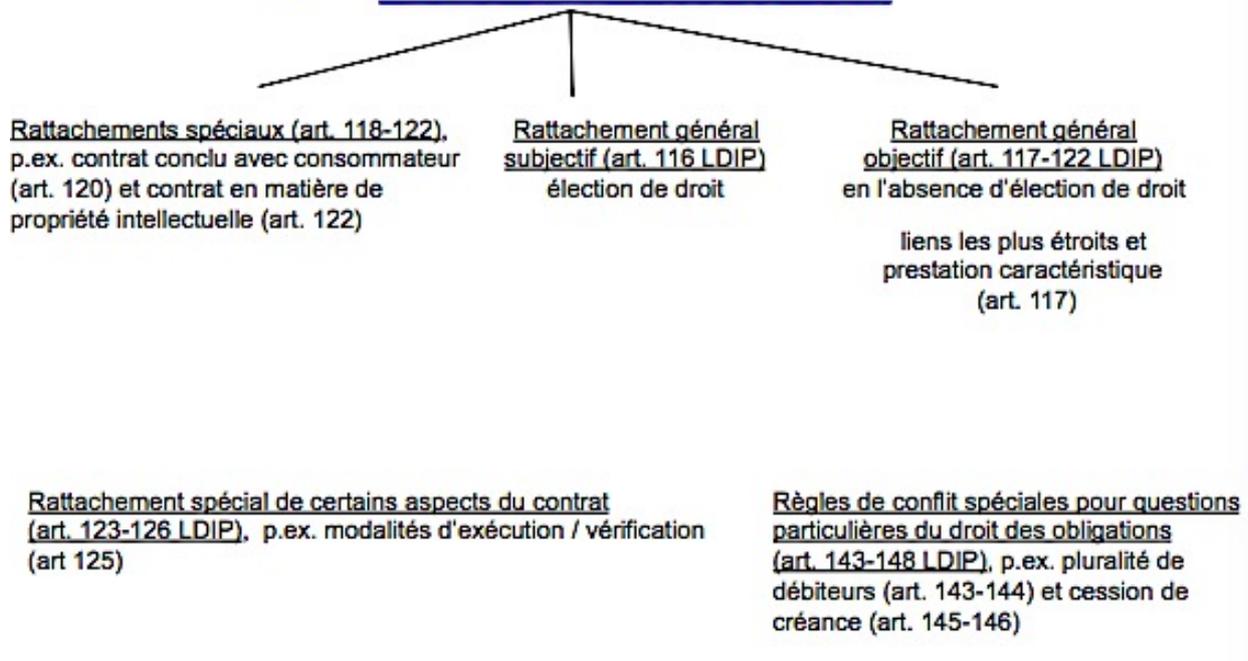
vertu du contrat (Paris) et surtout « *sauf convention contraire* » ! Et la convention contraire se trouve où ? Dans la clause Incoterms. Donc l'argument pour les italiens c'est ça, en effet elle prévoit qu'il n'y a pas d'obligation de charger les biens sur le camion mais juste les mettre à disposition de l'acheteur, qui les transporte a destination du contrat, mais le lieu d'exécution du contrat se trouve quand même en Italie. Contre-argument des avocats français ? On peut dire que la clause Incoterms n'est pas valablement intégrée au contrat. Mais surtout on peut dire que ce n'est pas une clause qui définit le lieu d'exécution dans le sens de la compétence, mais c'est une clause purement matérielle !!!!! Or selon l'arrêt Car Trim ainsi que la réforme de 2001 il faut déconnecter le droit matériel de la compétence, ça c'est le but. Contre-argument : (cf. p. 37 polycop, points 40ss) : contrairement a ces clauses de transfert de risques et division of osts, la clause A4 est intitulée « delivery », lieu d'exécution procédurale car pas la même chose que les autres clauses. Quoi faire avec ce « *sauf convention contraire* » ? Deux manières de voir les choses :

- Soit on le comprend comme une situation où c'est sauf convention contraire, sauf si on a une prorogation de for. On peut dire que c'est un rappel d'analyser si il n'y a pas par hasard une prorogation de for. Donc on maintient un minimum de sens pour cette clause.
- Soit on peut exclure dans un contrat le for au lieu d'exécution et donc rappeler cette exclusion via cette clause. En gros, on exclut le for contractuel.

## V. Contrats complexes : *Joint Ventures*

### A. Rattachements des contrats

#### 1.1 Rattachement des contrats



### B. Art. 117 LDIP

1. A défaut d'élection de droit, le contrat est régi par le droit de l'Etat avec lequel il présente les **liens les plus étroits**.
2. Ces liens sont réputés exister avec **l'Etat dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle** ou, si le contrat est conclu dans l'exercice d'une activité professionnelle ou commerciale, son établissement.
3. Par prestation caractéristique, on entend notamment :
  - a. La prestation de l'aliénateur, dans les contrats d'aliénation ;
  - b. La prestation de la partie qui confère l'usage, dans les contrats portant sur l'usage d'une chose ou d'un droit ;
  - c. La prestation de service dans le mandat, le contrat d'entreprise et d'autres contrats de prestation de service ;
  - d. La prestation du dépositaire, dans le contrat de dépôt ;
  - e. La prestation du garant ou de la caution, dans les contrats de garantie ou de cautionnement.

### C. Démarche

En l'absence de rattachement (subjectif et objectif) spécial (art. 118-122 LDIP ; art. 5-8 RRI) et d'élection de droit (art. 116 LDIP ; art. 3 RRI), il faut déterminer la prestation caractéristique (PC) (art. 117 al.2 LDIP ; art. 4 al.2 RRI) :

- Selon le catalogue de l'art. 117 al.2 (art. 4 al.1 RRI)
- A défaut, en se fondant sur l'art. 117 al.2 (art. 4 al.2 RRI)

### D. Deux difficultés peuvent surgir

- Il n'y a pas de prestation caractéristique (PC) (ou plusieurs !) : rattacher alors selon l'art. 117 al.1 (art. 4 al.4 RRI) (p.ex échange, contrat de devises).
- Le droit désigné par le biais de la PC n'est pas celui qui a les liens les plus étroits : corriger par application de l'art. 117 al.1 (art. 4 al.3 RRI).

### E. Rattachements des contrats innommés

#### i. Distribution exclusive

- Obligations du concédant
- Obligations du distributeur
- Prestation caractéristique ?
- Contrat-cadre et sous-contrats de vente

#### ii. Franchise

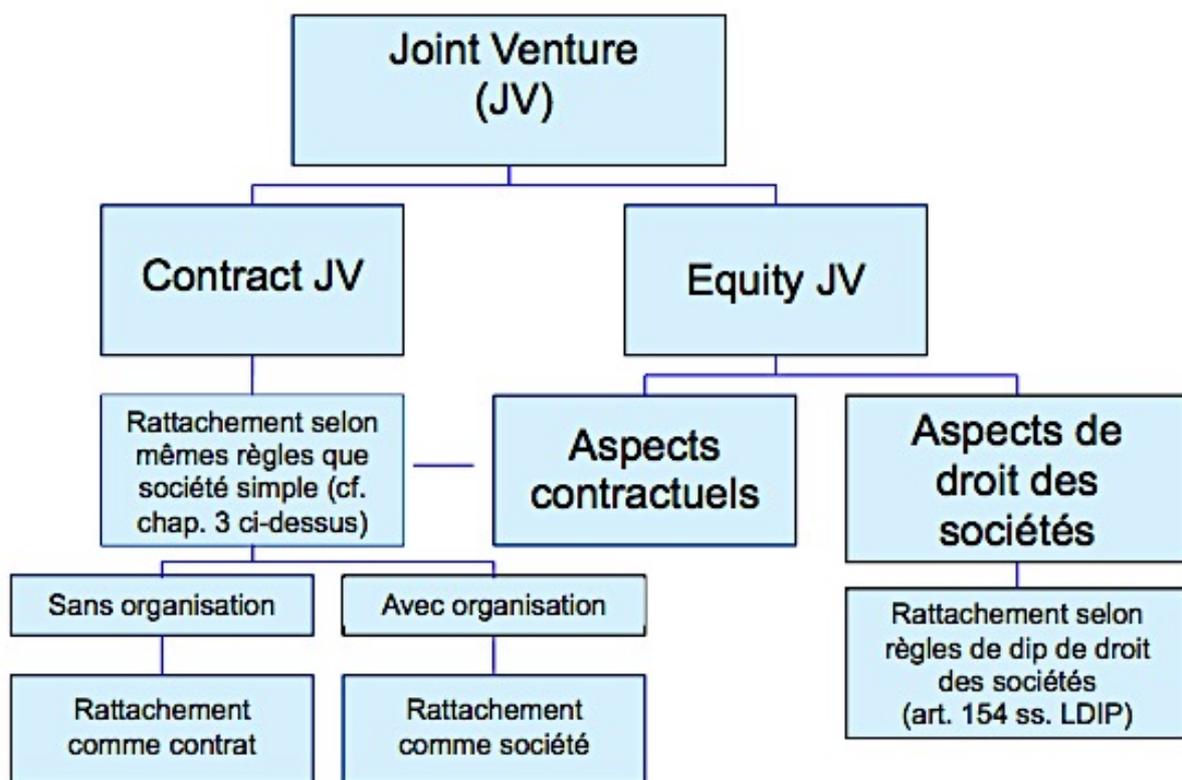
- Objet et spécificité
- Prestations de franchiseur et franchisé
- Prestation caractéristique ?

#### iii. Société simple

- Définition de société simple
- Deux types : avec (art. 150 al.1 LDIP) ou sans organisation (art. 150 al.2 LDIP)
- Définition d'organisation
- Prestation caractéristique dans société simple sans organisation

#### iv. Joint venture

- Définition
- Equity (voir ci-dessous) et Contract Joint Venture
- Dans Equity Joint Venture, distinction entre aspects contractuels (société simple) et aspects de droit des sociétés
- Rattachement



#### F. Loi d'application immédiate (LAI ou loi de police)

- Disposition internationalement impérative qui s'applique quel que soit le droit applicable selon les règles de conflit de lois
- L'intervention d'une LAI :
  - o Du for (art. 18 LDIP et art. 9 al.2 RRI), ou
  - o De la lex causae (art. 13 LDIP), ou
  - o D'un pays tiers (art. 19 LDIP et art. 9 al.3 RRI)
 ... peut écarter le droit normalement applicable.

#### G. LAI d'un pays tiers : art. 19 LDIP

1. Lorsque des intérêts légitimes et manifestement prépondérants **(3)** au regard de la conception suisse du droit l'exigent, une disposition impérative **(1)** d'un droit autre que celui désigné par la présente loi peut être prise en considération, si la situation visée présente un lien étroit **(2)** avec ce droit.
2. Pour juger si une telle disposition doit être prise en considération **(5)**, on tiendra compte du but qu'elle vise **(4)** et des conséquences qu'aurait son application pour arriver à une décision adéquate **(6)** au regard de la conception suisse du droit.

## H. Quatre conditions d'application

- (1)** Règle étrangère impérative qui « veut » s'appliquer (« angewendet sein will »)
- (2)** Lien étroit
- (3)** « Intérêts légitimes et manifestement prépondérants au regard de la conception suisse du droit »
- (4)** Le juge adhère-t-il aux objectifs que la LAI poursuit ?

## I. Conséquences

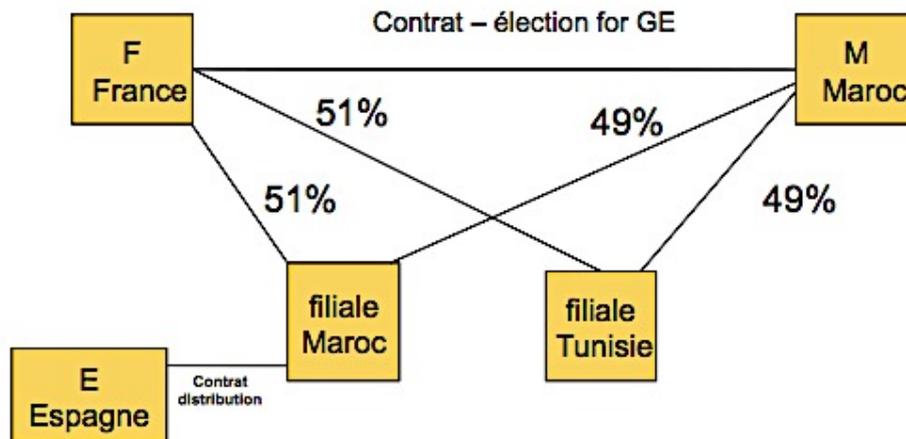
- (5)** « Prise en considération », non application
- (6)** Solution adéquate

## CAS PRATIQUE

*F, chaine de grande distribution avec siège en France et M, société établie au Maroc et active dans le domaine immobilier, décident de s'associer en vue de développer un réseau de supermarchés au Maroc et en Tunisie, par le biais de filiales locales communes. Elles concluent un contrat intitulé « Convention et contrat d'actionnaires » (le « Contrat ») et fondent des sociétés dans chacun des deux pays, détenus à raison de 51% par F et de 49% par M. Le contrat contient un élection de for à Genève (mais pas de clause d'élection de droit). En cours de coopération, les questions énumérées ci-dessous surgissent et F vous demande à quel droit elles sont soumises:*

- 1.) *F prétend que M n'a pas mis à disposition dans les délais prévus dans le contrat les terrains pour la construction de deux supermarchés à Casablanca. Il envisage une action en justice dans le but de faire respecter les obligations contractuelles par M.*

Ce contrat est atypique contrairement aux contrats de vente, de service, etc qu'on a vu précédemment. Il y a deux entreprises qui s'associent pour réaliser un projet commun.



### 1a. Première question : Qui sont les tribunaux compétents ?

Pour analyser la compétence internationale, on voit qu'il y a une clause de prorogation de for avec tribunal à Genève ici. On va donc examiner la question du point de vue d'un juge genevois. **Art. 1 al.1 LDIP** : « Al.1 : La présente loi régit en matière internationale a) la compétence judiciaire et administrative suisse (...) al.2 : les traités internationaux sont réservés ». Le traité international qui prime la LDIP ici c'est la Convention de Lugano.

Champ d'application de la Convention de Lugano :

- Champ d'application matériel : **art. 1 al.1 et al.2 CL** : « La présente Convention s'applique en matière civile et commerciale et quelle que soit la nature de la juridiction. Elle ne recouvre notamment pas les matières fiscales, douanières ou administratives. 2. Sont exclus de son application: a) l'état et la capacité des personnes physiques, les régimes matrimoniaux, les testaments et les successions ; b) les faillites, concordats et autres procédures analogues; c) la sécurité sociale; d) l'arbitrage. » En l'espèce on a bien une affaire civile et commerciale et pas d'exclusion en vertu de l'al.2. Le champ d'application matériel est rempli ici.

- Champ d'application temporel : **art. 63 CL**. Conclu à Lugano le 30 octobre 2007 avec l'entrée en vigueur pour la Suisse le 1<sup>er</sup> janvier 2011. Le cas d'espèce est porté après cette date, donc le champ d'application temporel est aussi rempli ici.

- Champ d'application personnel et dans l'espace : y a-t-il une compétence impérative/exclusive en vertu de l'**art. 22 CL** ? Si oui, il faut ignorer la prorogation de for. On en trouve la confirmation à l'art. 23 al.5 CL : « les conventions attributives de juridictions ainsi que les stipulations similaires d'actes constitutifs de trust sont sans effet si elles sont contraires aux dispositions des art. 13, 17 et 21 ou si les tribunaux à la compétence desquels elles dérogent sont exclusivement compétents en vertu de l'art. 22 ». Donc on analyse d'abord le 22 CL. Selon l'art. 22 CL : « Sont seuls compétents, sans considération de domicile : (...) Ch.1 : en matière de droits réels immobiliers et de baux d'immeubles, les tribunaux de l'Etat lié par la présente Convention où l'immeuble est situé. Toutefois, en matière de baux d'immeubles conclus en vue d'un usage personnel temporaire pour une

période maximale de six mois consécutifs, sont également compétents les tribunaux de l'Etat lié par la présente Convention dans lequel le défendeur est domicilié, à condition que le locataire soit une personne physique et que le propriétaire et le locataire soient domiciliés dans le même Etat lié par la présente Convention ». En l'espèce, peut-on dire que c'est un cas pour l'art. 22 ch.1 CL ? Ici il s'agit d'une obligation. Il y a bien des immeubles concernés par ce contrat, le contrat porte sur l'obligation de transférer des immeubles à Casablanca à la filiale marocaine, mais c'est un contrat d'obligation et ne porte pas sur un droit réel immobilier. Donc cette disposition n'est pas applicable ici. Cf. arrêt *Reichert* de la Cour de Justice, au considérant 11 : « Sont des actions réelles immobilières celles qui tendent à déterminer l'étendue, la consistance, la propriété, la possession d'un bien immobilier, ou l'existence d'autres droits réels sur ces biens et assurer au titulaire de ces biens la protection des prérogatives qui sont attachées à leurs titres ». Donc cette disposition n'est pas applicable ici. L'art. 23 al.5 CL nous rappelle encore qu'on doit encore avoir en tête les art. 13, 17 et 21 CL (fors de protection) et s'assurer qu'on ne tombe pas dans leur champ d'application. Ce n'est pas le cas en l'espèce. Donc on peut avoir notre prorogation de for en faveur des tribunaux à Genève !

On passe à la prorogation de compétence : est-ce que les conditions de l'**art. 23 al.1 phr. 1 CL** sont remplies ? « Si les parties, dont l'une au moins a son domicile sur le territoire d'un Etat lié par la présente Convention, sont convenues d'un tribunal ou de tribunaux d'un Etat lié par la présente Convention pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ce tribunal ou les tribunaux de cet Etat sont compétents ». En l'espèce, l'entreprise française a son domicile sur le territoire d'un Etat lié par la Convention de Lugano (la France), a effectivement convenu de la compétence d'un tribunal lié par la Convention de Lugano (tribunal suisse) pour connaître des différends nés à l'occasion d'un rapport déterminé (ici projet d'activité commune commerciale). Les conditions de cette disposition sont remplies ici et les tribunaux suisses deviennent compétents via la clause attributive de juridiction qui figure dans le contrat. Ces tribunaux deviennent en outre exclusifs au sens de l'art. 23 al.1 phr.2 CL. On part du principe que les conditions formelles de l'art. 23 al.1 phr.3 CL sont par hypothèse remplies ici. Arrêt *ZELGER* : pas nécessaire que le litige présente un lien avec le for élu par les parties.

En guise de conclusion intermédiaire, les tribunaux genevois sont exclusivement compétents en vertu de l'art. 23 CL.

Est-ce que cette compétence exclusive serait-elle respectée par des tribunaux marocains ou tunisiens, surtout si l'autre partie va devant ces tribunaux là ? On ne sait pas, cela dépend des règles de droit international privé marocain ou tunisien.

1b. Deuxième question : Quel droit est applicable à ce litige et comment le déterminer ?

Maintenant on est devant un tribunal genevois, et celui-ci va analyser cette question selon la LDIP. S'agissant des rattachements contractuels, on a en principe comme base les art. 116 ss LDIP. Il y a des rattachements objectifs selon les art. 117 à 122 LDIP et des rattachements spéciaux ensuite. Il y a absence d'élection de droit et dans ce cas là on utilise l'**art. 117 LDIP** : al.1 : à défaut d'élection de droit, le contrat est régi par le droit de l'Etat avec lequel il présente les liens les plus étroits. Ensuite, al.2 : Ces liens sont réputés exister avec l'Etat dans

lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle ou, si le contrat est conclu dans l'exercice d'une activité professionnelle ou commerciale, son établissement. L'al.3 liste ce qu'on entend notamment par prestation caractéristique. Ce sont les bases.

Quels peuvent être les problèmes ici ? Premièrement il n'y a pas de prestation caractéristique. Deuxièmement, il n'y a pas de droit désigné. Pour corriger ces problèmes, on doit rattacher selon l'art. 117 al.1 LDIP.

Ici on a un contrat qui porte sur un projet commun (Joint Venture). On a trouvé le for, et maintenant on cherche le droit applicable à ce Joint Venture. Pour identifier le droit applicable, quelles sont les dispositions qui entrent en considération ?

- Droit matériel uniforme ? Il n'y en a pas sur les Joint Ventures.
- Art. 117 LDIP (règle générale) : on pourrait dire que c'est une question de droit contractuel et ensuite on cherche la prestation caractéristique. Mais problématique car il n'y a pas de PS à priori.
- Art. 150 ss LDIP (règles portant sur les sociétés), le point de départ étant l'art. 150 al.1 LDIP : « Au sens de la présente loi, on entend par société toute société de personne organisée et tout patrimoine organisé. » C'est une définition autonome très large pour la LDIP ce que c'est qu'une société. Et l'art. 150 al.2 LDIP prévoit que : « Les sociétés simples qui ne se sont pas dotées d'une organisation sont régies par les dispositions de la présente loi relatives au droit applicable en matière de contrats (art. 116 ss). »

Attention, il existe deux types de Joint Ventures : les *Contract Joint Ventures* et les *Equity Joint Ventures*. Pour les premières, on fait un contrat pour réaliser un objet commun sans création d'organisation (pas de filiale, etc) et on est rattachées selon les règles de l'art. 150 al.2 LDIP, donc avec les règles applicables en matière de contrat (116ss LDIP). Par contre en l'espèce ils ont créé des filiales communes dans le cadre de leur coopération : on est donc dans le cadre d'une *Equity Joint Venture* avec une structure. Le problème qu'on analyse, c'est est-ce que c'est un aspect du droit des sociétés concernant ses filiales ? Dans ce cas on appliquerait 151ss LDIP. Ou est-ce un problème de droit contractuel des fondateurs par exemple de cette *Equity Joint Venture* ou un problème portant sur la validité du contrat etc ? Dans ce cas on appliquerait 116ss LDIP.

En l'espèce, c'est un plutôt un problème contractuel sur si ont-ils fait ce qu'il fallait pour faire démarrer la chose. Ce problème ne concerne pas la structure. Ainsi on retombe pour l'obligation de livrer sur les dispositions de droit contractuel (116ss LDIP). Si on détermine le droit applicable à l'obligation du partenaire marocain de fournir sa prestation. Ici pas d'élection de droit, donc l'art. 116 LDIP ne s'applique pas et c'est l'art. 117 LDIP qui s'applique : « A défaut d'élection de droit, le contrat est régi par le droit de l'Etat avec lequel il présente les liens les plus étroits. » (al.1) et « Ces liens sont réputés exister avec l'Etat dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle ou, si le contrat est conclu dans l'exercice d'une activité professionnelle ou commerciale, son

établissement. » (al.2). L'al. 3 fait une liste non exhaustive de ce qu'on peut entendre par prestation caractéristique. En espèce, la partie française contribue du savoir-faire et la partie marocaine contribue des terrains au Casablanca. On n'en a pas ici parce que les deux contribuent quelque chose en même temps. Donc il faut se débrouiller avec l'art. 117 al.1 LDIP (« liens les plus étroits »). Le contrat ici présente les liens les plus étroits plutôt avec : la France (partie contractante n°1) ? Le Maroc (partie contractante n°2) ? La Suisse (le for) ? La Tunisie (la filiale) ? Il vaudrait mieux tout simplement élire un droit applicable à ce stade, c'est moins compliqué. Est-ce possible ? Oui, art. 116 al.3 LDIP, elle peut être faite en tout temps. Si ils ne sont pas d'accord pour le droit suisse ou français, on peut proposer des principes de droit neutre, par exemple les Principes Unidroit. Ce serait clairement la meilleure solution, celle de trouver un accord au moins sur le droit applicable. Si néanmoins on veut chercher l'Etat avec les liens les plus étroits, les terrains se trouvant au Maroc et une des parties s'y trouvant, ce sera probablement le Maroc qui aurait le lien le plus fort. Donc on arrive à l'application du droit marocain via l'art. 117 al.1 LDIP.

*2.) F prétend que la distribution des dividendes de la société commune tunisienne prévue contractuellement entre F et M est contraire aux prescriptions du droit tunisien des sociétés sur la réserve légale.*

Autrement dit, le droit tunisien peut-il s'appliquer en plus du droit en principe applicable aux relations entre F et M, c.à.d. le droit marocain, du point de vue du juge suisse ? Art. 19 al.1 LDIP : « Lorsque des intérêts légitimes et manifestement prépondérants au regard de la conception suisse du droit l'exigent, une disposition impérative d'un droit autre que celui désigné par la présente loi peut être prise en considération, si la situation visée présente un lien étroit avec ce droit. ». L'al. 2 prévoit en outre que « Pour juger si une telle disposition doit être prise en considération, on tiendra compte du but qu'elle vise et des conséquences qu'aurait son application pour arriver à une décision adéquate au regard de la conception suisse du droit ». On parle des dispositions impératives en général aux art. 13, 18 et 19 LDIP. En l'espèce, on réfléchit à la prise en considération des dispositions impératives. Si on veut mettre ces conditions dans l'ordre, alors il faudrait :

- a) Une disposition impérative étrangère par rapport au droit applicable au contrat.
- b) La situation visée présente un lien étroit avec ce droit étranger.
- c) Des intérêts légitimes et manifestement prépondérants au regard de la conception suisse du droit

Première conséquence : prise en compte possible. Attention, ce n'est pas qu'on va forcément appliquer cette disposition impérative étrangère, simplement on peut la prendre en considération, pour la deuxième conséquence : arriver à une décision adéquate.

*In casu*, a) on a bien une disposition impérative étrangère : la règle tunisienne sur les réserves légales qui veut s'appliquer à toute société/filiale sur le sol tunisien. Condition remplie. Ensuite b) lien étroit avec le pays concerné : la filiale se trouve en Tunisie. Condition remplie. c) Des intérêts légitimes et manifestement prépondérants au regard de la conception suisse du droit. Ici ce serait l'intérêt légitime d'avoir une réserve qui puisse ensuite servir aux créanciers de cette filiale, leur fournir une certaine garantie/sécurité. C'est bien un intérêt légitime et prépondérant au regard de la conception suisse, on a la même

chose (protection des créanciers en droit suisse). Condition remplie. Enfin, conséquences : loi tunisienne peut être appliquée mais le législateur suisse dit qu'on la prend en considération pour arriver à une solution adéquate. Donc on va finalement l'appliquer si elle ne va pas trop loin. Donc on a ici un exemple pour la prise en considération d'une disposition étrangère impérative par le droit suisse malgré le fait que ce contrat est régi par un autre droit. En UE on a la même chose.

*3.) Avec l'accord des deux actionnaires, la filiale commune marocaine conclut un contrat de distribution avec une chaîne de supermarchés du sud de l'Espagne prévoyant l'exclusivité pour la distribution de certains produits et des prix de revente fixes. Le contrat de distribution prévoit une clause d'élection de droit marocain. Un litige surgit avec la société espagnole, qui prétend que (a) le contrat de distribution est nul en vertu de l'article 101 du Traité de Rome et (b) subsidiairement, la filiale marocaine a livré des produits défectueux.*

Question 3a. Est-ce que la partie espagnole a raison ?

Contrat conclu entre la filiale marocaine et supermarché espagnol, clause d'exclusivité pour la distribution de certains produits et prix de revente fixé, clause d'élection de droit marocain, puis litige.

Laquelle des clauses ici pose problème ? Le prix fixe. La distribution exclusive on l'accepte, elle ne pose pas de problème aux parties. Maintenant on a un droit qui régit ce contrat (le droit marocain) et c'est une disposition du droit communautaire qui voudrait être appliquée. Donc c'est de nouveau un exemple pour le fonctionnement de l'art. 19 LDIP :

Conditions :

- d) Une disposition impérative étrangère par rapport au droit applicable au contrat.
- e) La situation visée présente un lien étroit avec ce droit étranger.
- f) Des intérêts légitimes et manifestement prépondérants au regard de la conception suisse du droit

Première conséquence : prise en compte possible. Attention, ce n'est pas qu'on va forcément appliquer cette disposition impérative étrangère, simplement on peut la prendre en considération, pour la deuxième conséquence : arriver à une décision adéquate.

*In casu*, a) on a bien une disposition impérative étrangère : le droit applicable est le droit marocain et la règle étrangère impérative est la disposition communautaire applicable en l'Espagne, l'art. 101 du Traité de Rome. Condition remplie. Ensuite b) lien étroit avec le pays concerné : la clause prévoit des prix fixes pour la revente en Espagne, et c'est le marché espagnol qui est concerné. Condition remplie. c) Des intérêts légitimes et manifestement prépondérants au regard de la conception suisse du droit. C'est tout à fait légitime de se préoccuper du marché d'un pays et la libre concurrence. Condition remplie. Enfin, conséquences : le juge suisse va prendre en considération l'art. 101 du traité de Rome pour arriver à une solution adéquate afin de protéger la libre concurrence sur le marché. La conséquence proposée par le partenaire espagnol serait la nullité du contrat de coopération.

Mais la conséquence adéquate serait que seule cette clause serait nulle et pas le contrat entier, qui lui resterait valable.

Question 3b. Quel droit serait applicable si ce contrat de distribution exclusive ne comportait pas de clause d'élection de droit ?

Si il n'y a pas d'élection de droit dans un contrat, on fait un rattachement objectif au sens de l'art. 117 al.2 LDIP et on se demande qui fournit la prestation caractéristique et ensuite le droit de l'Etat qui fournit cette prestation s'applique. Il faut aller vérifier quelles sont les obligations des deux parties dans ce contrat, et après les avoir identifiées, il faut se demander si les obligations de l'une ou de l'autre partie sont caractéristiques pour le contrat. Si la réponse est affirmative, on peut déterminer le droit applicable.

Dans un contrat de distribution exclusive il y a le concédant qui a l'obligation de céder au distributeur le droit exclusif de vendre ses produits sur un territoire donné. Il concède généralement l'usage de sa marque et selon les cas d'autres droits de propriété intellectuelle, et il a l'obligation de vendre ses produits au distributeur. Les obligations du distributeur sont de distribuer les produits du concédant sur le territoire nommé, souvent il doit acheter au concédant une certaine quantité minimale du produit. Parfois il s'engage à ne pas fournir ailleurs et de vendre exclusivement les produits du concédant. Dans un tel contrat, la prestation caractéristique serait celle du distributeur selon l'opinion du Tribunal fédéral ainsi que du Règlement Rome I. Dans la LDIP, on n'a pas dans l'art. 117 al.3 LDIP le distributeur donc il faut voir ce que dit le TF, et c'est bien le distributeur selon lui qui fournit la prestation caractéristique, ce qui n'est pas évident selon l'avis du prof mais il faut argumenter.

Quid d'un contrat de franchise ? Qui fournit la prestation caractéristique dans un tel contrat ? Pour rappel, il faut aller vérifier quelles sont les obligations des deux parties dans ce contrat, et après les avoir identifiées, il faut se demander si les obligations de l'une ou de l'autre partie sont caractéristiques pour le contrat. Si la réponse est affirmative, on peut déterminer le droit applicable. Dans ce contrat, des biens et des services sont fabriqués par le donneur / le franchiseur, ces produits sont distribués par le preneur / le franchisé selon un concept uniforme dicté par le donneur. Le donneur livre un paquet de produits comprenant notamment des produits de services, des droits de licence, de propriété intellectuelle, etc et le franchisé les vend / les distribue sur un certain terrain. Ici, la prestation caractéristique est celle du franchisé (opinion dominante en Suisse et de l'art. 4 al.1 let. e Règlement Rome I).

## VI. La responsabilité délictuelle (délits complexes) : dommages purement économiques

---

### A. Compétence (CLug)

Il y a deux types de dommages à distance qui posent problème : atteinte à la personnalité par les médias et les dommages purement économiques. La situation de base était celle du cas de l'atteinte à l'environnement. C'est la **jurisprudence Bier c. Mines de Potasse d'Alsace**. Délit à distance ici, on a le versement des déchets dans le Rhin en France, on produit un

dommage aux Pays Bas (donc le résultat est dans un autre endroit). La question est : où localiser ce délit ? Art. 5 ch.3 CL ou l'art. 7 al.2 RB1 révisé, on peut agir devant le tribunal du lieu ou le fait dommageable s'est produit (ou risque de se produire). Mais où le fait dommageable s'est-il produit ? La réponse est dans l'arrêt et la même question se posera ensuite pour le droit applicable. On peut dire que le délit s'est produit là où on voit les conséquences (règle de l'ubiquité) : l'acte se produit là ou les biens protégés se sont produits. Du point de vue procédurale cette règle a-t-elle un sens ? Dans le cadre de l'art. 5 ch.3 CL on ouvre un for là où il y a des conséquences dommageables réalisées et le lieu de l'acte dommageable. Est-ce que cela a un sens d'ouvrir un tel for alternatif ? Oui.

Ainsi on a une situation où l'acte dommageable se situe dans un pays et l'atteinte au droit protégé se situe dans un autre. En résumé, la solution prédominante sur le plan internationale est celle du lieu du résultat. Par rapport à notre cas on a un rattachement à l'art. 138 LDIP par rapport aux émissions. On a exceptionnellement pour les dommages causés à l'environnement une règle d'ubiquité (les premiers à avoir appliqué cela c'étaient les tribunaux allemands). Cette règle se trouve dans la LDIP et dans Rome II : l'art. 4 (règle générale) et l'art. 7 (atteinte à l'environnement). Variante européenne ? La loi applicable est celle qui résulte de l'application de l'art. 4 paragraphe 1 (donc lieu du résultat) à moins que le demandeur n'ait choisi le droit du pays dans lequel le fait générateur du dommage se produit. On peut se poser la question : pourquoi le législateur suisse n'a pas simplement prévu le droit du lieu du résultat et le législateur non plus pas, pourquoi cette règle spéciale ? Selon Kadner elle n'est pas nécessaire, car toutes les règles en faveur du lieu du résultat s'appliquent aussi en matière d'atteinte à l'environnement. N'est-ce pas discriminant ? En fait on considère qu'une telle solution résulte en réalité de la mauvaise foi, ces entreprises polluantes se trouvent souvent proches des frontières et ne doivent pas en profiter. Alors on a ce rattachement spécial pour le dommage à l'environnement. Le lésé choisit, dans notre scénario, entre les différents droits et dans l'affaire *Bier* ils avaient choisi le droit néerlandais, surtout aussi pour se garder une possibilité d'appel parce que dans le droit étranger le jugement rendu n'aurait pas été révisable.

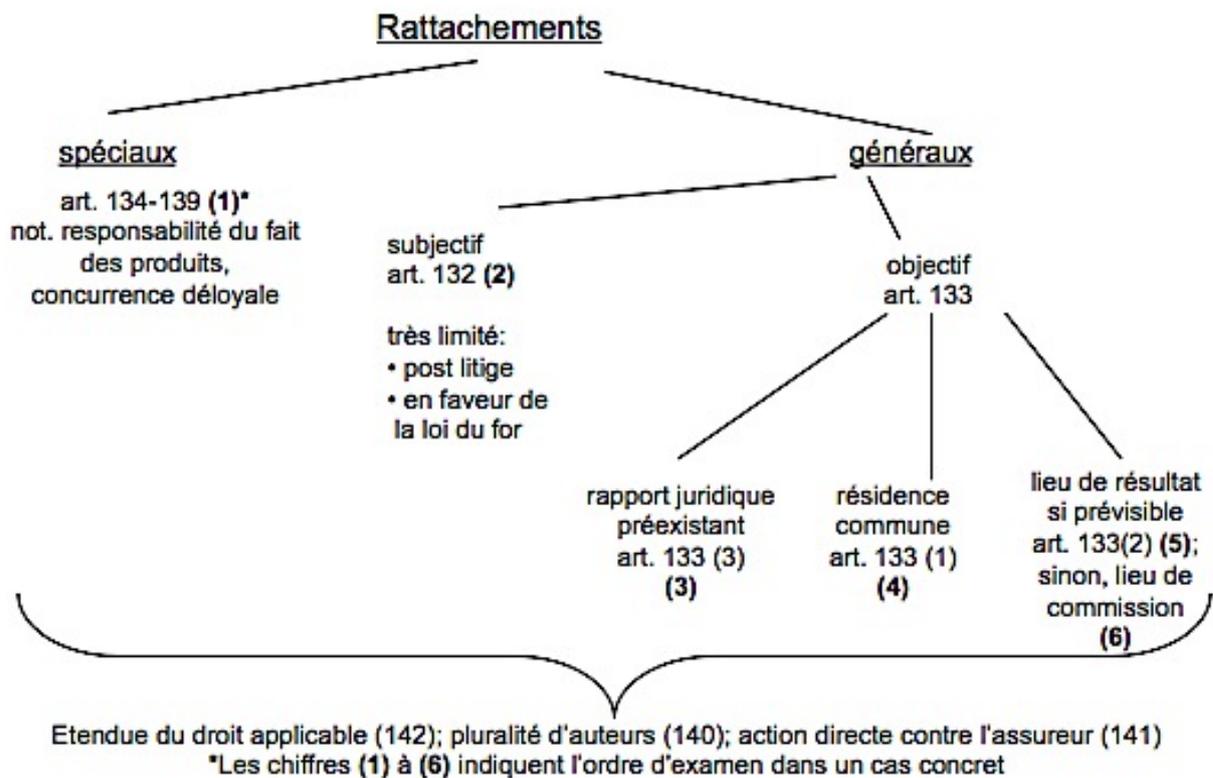
Remarque : art. 129 LDIP acte illicite mais s'applique rarement car la CL prime en général.

**Pour les atteintes aux droits de la personnalité** : Rattachement spécial pour les atteintes à la personnalité : 139ss LDIP. Il faut remonter au droit de fond (diffamation) pour comprendre pourquoi il y a un problème. Chaque état est très proche par rapport à son droit de fond, et il existe des conceptions très différentes d'Etat en Etat. On n'est d'accord sur rien en matière de diffamation. On n'est pas d'accord pour ce qui est de :

- définition
  - d'un côté (Ex : Angleterre), on a une séparation nette entre les atteintes à la vie privée et la diffamation proprement dite.  
On protège un peu plus ce qui est vrai mais obtenu de façon étrange, que ce qui est faux.
  - en Europe, les deux sont la même chose
- sources
  - en droit français, la diffamation est entrain de droit pénal
  - en suisse, régime mixte (pénal et civil)
  - en Angleterre, civil

- standard
    - o USA, la liberté d'expression est presque sans limites
    - o EU : droit à la réputation, notamment interdiction à la haine (France), mais même en EU ce n'est pas pareil
- Chaque Etat veut appliquer sa loi, donc le DIP en pâtit.

## B. Droit applicable : LDIP



## C. Art. 133

1. Lorsque l'auteur et le lésé ont **leur résidence habituelle dans le même Etat**, les prétentions fondées sur un acte illicite sont régies par le droit de cet Etat. **(4)**
2. Lorsque l'auteur et le lésé n'ont **pas de résidence habituelle dans le même Etat**, ces prétentions sont régies par le droit de l'Etat dans lequel l'acte illicite a été commis **(6)**. Toutefois, si le **résultat** s'était produit **dans un autre Etat**, le droit de cet Etat est applicable, **si l'auteur devait prévoir** que le résultat s'y produirait. **(5)**
3. Nonobstant les alinéas précédents, lorsqu'un acte illicite viole un **rapport juridique existant** entre auteur et lésé, les prétentions fondées sur cet acte sont régies par le droit applicable à ce rapport juridique. **(3)**

## D. Contenu essentiel des principaux textes - compétence

<b>Champ d'application de la CL - Compétence</b>
(dans le temps (art. 63 CL))
L'action est-elle intentée après l'entrée en vigueur de la CL dans l'Etat de jugement?
quant à la matière (art. 1)
Le litige est-il de nature civile ou commerciale?
et
S'agit-il de matière non exclue?
dans l'espace
Le champ dans l'espace est différent selon la règle de compétence concernée (art. 4 al. 1 in fine ; ajouter art. 24 CL)?
Y a-t-il compétence impérative d'un Etat contractant (art. 22 CL)?
ou
Y a-t-il prorogation d'un tribunal d'un Etat contractant entre parties dont l'une au moins est domiciliée dans un Etat contractant (art. 23; voir aussi art. 24 CL)?
ou
Le défendeur est-il domicilié dans un Etat contractant (art. 2, 5, 6, 8ss., 15ss. et 18ss. CL)?
ou
[Deux tribunaux situés dans des Etats contractants sont-ils saisis (art. 27-30 CL)?]

### **CAS PRATIQUE 6.1 : Marinari ./ Lloyd's Bank et Zubaidi Trading Company.**

*M. Marinari dépose auprès de la filiale de Manchester de la Lloyd's Bank une liasse de billets à ordre dont la contrevaleur est de 752'500'000 USD, émis par la province du Negros Oriental (Philippine) en faveur de la Zubaidi Trading Company de Beyrouth. Les employés de la banque, après avoir ouvert le pli, refusent de restituer les promissory notes (billets à ordre) et signalent à la police l'existence de ces effets, en les déclarant de provenance douteuse, ce qui entraîne l'arrestation de M. Marinari et la mise sous séquestre de ces billets à ordre. Après avoir été relâché par la justice anglaise, M. Marinari saisit le Tribunale di Pisa afin d'obtenir la condamnation de la Lloyd's Bank et réparer les préjudices causés par le comportement de ses employés. La demande de M. Marinari vise la réparation du préjudice qu'il aurait subi du fait de sa détention, de l'atteinte à sa réputation et de la rupture de plusieurs contrats. La Lloyd's Bank soulève l'incompétence de la juridiction italienne au motif que le dommage est survenu en Angleterre. Lors de cette procédure, la Corte di Cassazione italienne soumet à la Cour de Justice la question préjudicielle suivante : « Y-a-t-il lieu, pour l'application de la règle de compétence énoncée à l'art. 5 point 3 (...) précisée par l'arrêt de la Cour de justice du 30 novembre 197 dans l'affaire 21/76 d'entendre la notion de « lieu où le dommage est survenu » uniquement comme désignant le lieu où s'est produit un préjudice physique causé à des personnes ou à des choses, ou également comme désignant le lieu où se sont produits les préjudices patrimoniaux éprouvés par le demandeur ? »*

a. Quelle est la réponse de la Cour ?

Le dommage purement économique serait la perte de gain. Quel est le dommage physique ici ? L'atteinte à sa liberté. L'acte dommageable a clairement eu lieu à Manchester (en Angleterre). Quid du résultat dommageable ? Il n'y a pas un seul lieu de résultat : il y a plusieurs atteintes, plusieurs intérêts concernés. Pour la privation de liberté, le lieu de l'acte ET du résultat est en Angleterre. La perte de gain du a la rupture des contrats, il a certainement des entreprises impliquées, des comptes bancaires, etc. L'atteinte à l'image, c'est partout où il est connu ! Il y a ensuite une série de conséquences dommageables. Donc où est-ce qu'on applique le principe de « Bier » ? Si on cherche le lieu du résultat ici, on pourrait proposer quoi ? Perte de gain du a la rupture des contrats : on pourrait dire que c'est un dommage économique. Pourrait-on le localiser en Angleterre, puisque les *promissory notes* ont été séquestrés en Angleterre ? C'est mieux de localiser le patrimoine, puisque c'est une atteinte au patrimoine. On peut le localiser au centre des activités de l'entreprise de M. Marinari.

La Cour de Justice va regarder si il y a une atteinte initiale aux droits de M. Marinari et si elle a eu des conséquences dommageables. Si c'est le cas, **on rattache le délit au lieu de l'atteinte initiale** et ensuite ses conséquences dommageables sont des dommages consécutifs à ce dommage initial. Pour rattacher le délit, on s'intéresse pas aux dommages consécutifs (cette règle figure aujourd'hui à l'art. 4 Rome II) mais c'est le dommage initial. Quelle pourrait être ce dommage initial ici ? L'atteinte à sa liberté à eu lieu à Manchester et a ensuite produit tout une série de dommages consécutifs. MAIS ici c'est le droit italien qui s'applique et dans ce droit (tout comme droit français) c'est le dommage qui compte, on ne fait pas cette distinction.

*b. Selon la jurisprudence « Bier » le demandeur agissant sur la base de l'art. 5 ch.3 a une option ente le lieu de l'acte ou le lieu du résultat. Pourquoi cette option ne s'applique-t-elle pas ici ? L'approche restrictive adoptée par la Cour vous paraît-elle juste ?*

C'est une interprétation restrictive, mais ce dans un but de **prévisibilité du for**. En effet, **on cherche une notion internationale autonome du lieu de résultat**. La Cour applique ici une approche qui peut paraître restrictive. A l'inverse, ouvrir un for procédural en Italie aurait-il un sens comme le prétend M. Marinari ? Il peut y avoir un sens du point de vue d'une question de preuves, mais le problème c'est à nouveau la prévisibilité.

*c. Quelle était la thèse du gouvernement allemand ? Pourquoi est-elle rejetée ? L'est-elle à juste titre ?*

L'Allemagne estime ici qu'il y a un dommage à sa personne, son patrimoine, sa réputation et on peut localiser ces résultats dans différents Etats. Donc elle propose de regarder le droit applicable, et selon celui-ci il y a un dommage initial et des dommages consécutifs, ou alors des dommages propres qui sont tous de mêmes niveaux. Mais la Cour rejette cela : on cherche dans la compétence international la **prévisibilité**, et si on doit regarder le droit applicable, faire toute une analyse de ce droit matériel et ensuite voir ses spécificités par rapport à un certain type de dommage, on perd toute prévisibilité et en plus on dépend du droit applicable et de toutes ses spécificités. La thèse allemande est rejetée à juste titre.

- d. Si M. Marinari avait porté son action contre Lloyds devant un tribunal suisse (en posant l'hypothèse qu'il soit compétent), quel droit le juge suisse aurait-il appliqué au fond du litige ?

On n'a pas de rattachement spécial pour les dommages au patrimoine, donc il faut travailler avec les règles générales. L'art. 132 LDIP prévoit que les parties peuvent à tout moment élire un droit, donc même maintenant. Si elles décident de ne pas le faire, on se rabat sur l'art. 133 LDIP. Le défendeur et le demandeur n'ont pas la résidence dans le même Etat, donc l'al.1 ne s'applique pas. Quid des al.2 (pas de résidence dans le même Etat) et l'al. 3 (violation d'un rapport juridique existant) ? On doit d'abord examiner l'al.3, donc voir si il y a un rapport juridique existant entre auteur (banque Lloyd's) et lésé (M. Marinari). Si il y en a un, alors « (...) les prétentions fondées sur cet acte sont régies par le droit applicable à ce rapport juridique » (133 al.3 LDIP). Rattachement accessoire obligatoire. Rome II est beaucoup plus flou à ce sujet.

En l'espèce, si un rapport juridique existe en effet entre les deux, le droit applicable à ce rapport juridique sera, au sens de l'art. 116 LDIP le droit élu, ou à défaut au sens de l'art. 117 al.3 let. c LDIP très probablement le droit anglais, puisque la prestation caractéristique serait celle de la banque. Puis via l'art. 133 al.3 LDIP, le droit anglais sera ensuite appliqué au fond du litige.

Variante : Quid si pas de rapport juridique préexistant, et un contact précontractuel ne suffit pas ? Dans ce cas là on se rabattra sur l'art. 117 al.2 LDIP : « lorsque l'auteur et le lésé n'ont pas de résidence habituelle dans le même Etat, ces prétentions sont régies par le droit de l'Etat dans lequel l'acte illicite a été commis. Toutefois, si le résultat s'est produit dans un autre Etat, le droit de cet Etat est applicable si l'auteur devait prévoir que le résultat s'y produirait. ». Il faut interpréter. En principe lieu de l'acte, mais si résultat est prévisible, alors droit du lieu du résultat. Prof Kadner n'a jamais vu un résultat qui n'était pas prévisible. Quel droit est applicable dans cette variante ? Lieu de l'acte c'est Angleterre (acte de la banque) et pour le résultat c'est pas clair (là où il y a l'atteinte physique ? le dommage purement économique ? la réputation ?) : si on opte pour la deuxième possibilité on a un problème de prévisibilité. C'est mieux de dire qu'il y a atteinte à un droit absolu en Angleterre et le reste c'est des dommages consécutifs. Donc ce sera à nouveau le droit anglais.

\* \* \*

Veillez lire l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes « Dumez / Tracoba » et répondre aux questions suivantes :

- a. Quels sont les faits ?

Un entrepreneur allemand s'engage dans un programme de construction d'immeubles à réaliser en Allemagne. Dans ce cadre des banques allemandes lui accordent des crédits. Il y a des filiales d'une banque française en Allemagne qui participent à ce projet. Et quand les banques allemandes rompent leur contrat, les filiales françaises partent en faillite. La société française Dumez France intente une action contre les banques allemandes en responsabilité quasi délictuelle pour négligence et réparation du dommage qu'elle prétend avoir subi suite

à la faillite de ses filiales. Dumez va devant les tribunaux français car elle prétend que le dommage a été subi en France. Les banques allemandes contestent la compétence des tribunaux français.

*b. Quelle est la question posée à la Cour ?*

Les allemands soulèvent l'exception d'incompétence des tribunaux français. Ici on a un dommage purement économique. Quel serait l'argument des allemands ? Dommage initial en Allemagne (subi par les filiales) puis dommages consécutifs en France (subi par la société mère) mais ils ne nous intéressent ni pour déterminer la compétence, ni pour déterminer le droit applicable. Aspect semblable avec l'affaire précédente (Marinari c. Lloyd's).

Ainsi, la question est posée à la Cour est : le lieu où le dommage est survenu inclut-il le cas où le dommage n'est que la conséquence du préjudice subi par les personnes qui ont été directement victimes ? Donc on a les victimes immédiates (filiales) et Dumez France ne subit qu'un dommage économique suite à ce dommage primaire. Ce sont des victimes secondaires donc.

*c. Quelle est la réponse de la Cour ?*

La Cour répond qu'on ne prend pas en compte les dommages consécutifs pour déterminer la compétence, mais uniquement le dommage direct. Arguments de la Cour : le point de départ c'est l'art. 4 Rome II (à l'époque art. 2), siège du défendeur, donc en Allemagne. Si on cherche un autre for selon l'art. 7 al.2 Rome II (ancien art. 5 al.3), ça doit être justifié. Ensuite, il faut éviter la multiplication des fors et il faut la prévisibilité du for une fois de plus ici. Ce qui nous intéresse c'est le lieu où l'acte dommageable produit directement ses effets dommageables, et à l'égard de la victime directe.

*d. Pourquoi l'option entre le lieu de l'acte et le lieu du résultat ne s'applique pas ici non plus ? Est-ce justifié au vu des objectifs de la Convention ? La faveur dont jouit le for du défendeur par opposition au for du demandeur vous semble-t-elle adéquate ? Pour quelle raison donner la préférence au lieu du dommage initial ?*

Cf. ci-dessus.

**CAS PRATIQUE : Des renseignements incorrects**

*Selon le DIP communautaire et/ou selon le DIP suisse, où faut-il localiser le lieu du délit dans ces trois affaires pour déterminer 1) la compétence internationale et 2) le droit applicable ?*

*a.) La filiale suisse d'une banque luxembourgeoise paie une importante commission à un escroc. Une entreprise néerlandaise subit de ce fait un préjudice économique et réclame des DI à la filiale helvétique, sur la base de la responsabilité délictuelle. Selon la demanderesse, le droit néerlandais (qui lui est favorable) est applicable, dès lors qu'elle a subi un dommage aux Pays-Bas.*

On pourrait localiser l'atteinte aux Pays-Bas, lieu de l'acte en Suisse, lieu du résultat c'est notre centrale aux Pays-Bas. Lieu où l'argent est encaissé : en Suisse. Les comptes bancaires concernés sont localisés en Suisse. Où localiser véritablement le délit ? C'est un préjudice purement économique sans dommages consécutifs, donc on ne peut pas tirer de conclusion des affaires *Marinari c. Lloyd's et Dumez France*. Alors pour la compétence, on se réfère à la CL et à RBI, lieu de l'acte et lieu du résultat qui nous intéressent. On peut dire que l'acte est en Suisse. Pour le droit applicable, lieu de l'acte : art. 133 al.2 LDIP, en principe lieu du résultat si résultat prévisible. Autrement dit on peut dire que si c'est le centre des activités de l'entreprise qui nous intéresse, alors c'est au Pays-Bas et c'est prévisible pour la banque suisse. Si c'est le lieu où les comptes bancaires sont situés, là ils étaient en Suisse. Prévisibilité ? On l'a avec les deux solutions ici. Comment décider ? Pour les dommages purement économiques, tendance à plutôt dire que c'est le lieu de l'acte qui entre en jeu. La Cour luxembourgeoise a décidé aussi en faveur du lieu de l'acte et c'est le droit suisse qui s'applique dans cette affaire. Au surplus, on peut aussi se référer aux arrêts suisses (ATF 133 III 323 ou ATF 125 III 103) où le TF dit que lieu de l'acte n'est pas difficile à trouver et que le lieu du résultat est là où l'atteinte est directement survenue au patrimoine de la victime (donc lieu de situation du patrimoine touché). La position de la doctrine majoritaire suisse est que les dispositions doivent avoir été prises dans le lieu considéré.

*b.) Une entreprise allemande déclare des marchandises comme provenant d'Allemagne, alors qu'elles proviennent en fait d'Afrique du Sud. La fausse déclaration est découverte, ensuite de quoi les marchandises sont confisquées à la frontière thaïlandaise pour violation d'embargo (pour raisons d'apartheid à l'époque de l'affaire). Le partenaire contractuel thaïlandais de l'entreprise allemande subit de ce fait un dommage patrimonial (perte de gains).*

Le BGA allemand a fait tout pour trouver une élection de droit tacite à l'époque (aujourd'hui plus possible, il faut des indices clairs et nets). Ici dommage subi par le partenaire thaïlandais. Où localiser le délit ? Déclaration faite en Allemagne, reçue en Thaïlande, ensuite perte se réalise en Thaïlande. Autrement dit, le délit se réalise en Allemagne où la déclaration est faite et le dommage se réalise en Thaïlande.

*c.) Une banque avec siège à Nassau (Bahamas) affirme à un courtier londonien qu'un de ses confrères états-uniens serait disposé à conclure certaines affaires (vente de sucre en grandes quantités). L'information sur le courtier états-unien ne s'avère pas correcte – peut-être par faute de la banque – et aucune affaire n'est conclue ; à ce stade, un autre courtier remplaçant le courtier états-unien ne peut plus être trouvé. L'agent de change londonien réclame deux millions de livres sterling à titre de réparation du préjudice résultant de commissions non perçues (affaire *Diamond v Bank of London & Montreal Ltd*, 1979).*

La perte est purement économique ici. Comment ils décident quel droit est applicable ? Où le délit se réalise-t-il dans une telle affaire ? La Cour à Londres décide que les fausses informations faites depuis les Bahamas et reçue à Londres font que le lieu qui est pris en compte c'est « là où l'information a été reçue et utilisée », donc Londres (« *information received and acted upon* »).

## VII. La propriété intellectuelle (et la concurrence déloyale)

---

Les droits de propriété intellectuelle : ce sont des droits absolus protégés contre tout le monde et ces droits dépendent en général d'inscriptions dans un registre. Après avoir été inscrit, ces droits sont protégés contre toutes les atteintes par n'importe quel tiers. Quels sont ces droits ? P.ex des brevets, des marques, des dessins, des modèles ou encore des droits analogues. Une fois qu'on les a inscrits dans un registre dans un certain Etat, ils seront protégés dans cet Etat. Il est dominé par **le principe de territorialité**. L'inscription déclenche la protection pour le marché concerné.

**Conséquence sur la compétence** : un for spécial pour une action qui concerne la validité de cette inscription fondamentale. **Conséquence sur le droit applicable** : en principe il y a un rattachement principal au droit de l'Etat pour le territoire duquel la protection est invoquée. S'agissant de la **compétence internationale**, quand il s'agit d'une question de PI, il y a **trois scénarios possibles** : il faut faire une qualification et la question de savoir si le litige porte :

- Sur la validité / sur l'inscription d'un droit de PI ou ;
- Sur une violation / une atteinte à un droit de PI (donc extracontractuel) ou ;
- Sur une violation d'un contrat qui concède ce droit de PI (donc contractuel).

Par rapport à la **validité / l'inscription d'un droit de PI**, il y a le for spécial de l'art. 22 ch. 4 CL : « Sont seuls compétents, sans considération de domicile (...) en matière d'inscription ou de validité des brevets, marques, dessins et modèles, et autres droits analogues donnant lieu à dépôt ou à un enregistrement, que la question soit soulevée par voie d'action ou d'exception, les juridictions de l'Etat lié par la présente Convention sur le territoire duquel le dépôt ou l'enregistrement a été demandé, a été effectué ou est réputé avoir été effectué aux termes d'un instrument communautaire ou d'une convention internationale. Sans préjudice de la compétence de l'Office européen des brevets selon la convention sur la délivrance des brevets européens<sup>1</sup>, signée à Munich le 5 octobre 1973, les juridictions de chaque Etat lié par la présente Convention sont seules compétentes, sans considération de domicile, en matière d'inscription ou de validité d'un brevet européen délivré pour cet Etat, que la question soit soulevée par voie d'action ou d'exception ». Donc for exclusif dans l'Etat d'inscription, on cherche un for proche du litige. Compétence interne pour la Suisse : validité (109 al.1 LDIP). Droit applicable : 110 LDIP.

Concernant **une violation / une atteinte à un droit de PI**, ce sera donc litige en matière délictuelle. Là on trouve un premier for aux règles générales par rapport à une telle action : art. 2 al.1 CL : « Sous réserve des dispositions de la présente Convention, les personnes domiciliées sur le territoire d'un Etat lié par la présente Convention sont attirées, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet Etat ». Compétence internationale seule (donc il faudra encore déterminer la compétence interne si on utilise cette disposition là, et si le défendeur est p.ex domicilié en Suisse, alors les tribunaux suisses sont compétents en vertu de 2 al.1 CL mais pour la compétence interne il faudra la chercher dans la LDIP, plus précisément à l'art. 109 al.2 LDIP). Un deuxième for peut être trouvé à l'art. 5 ch.3 CL : « Une personne domiciliée sur le territoire d'un Etat lié par la présente Convention peut être attirée, dans un autre Etat lié par la présente convention: (...) en matière délictuelle ou

quasi délictuelle, devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire ». Pour le droit applicable : art. 110 al.1 LDIP : « Les droits de la propriété intellectuelle sont régis par le droit de l'Etat pour lequel la protection de la propriété intellectuelle est revendiquée » (principe, rattachement objectif) et al.2 : « En ce qui concerne les prétentions consécutives à un acte illicite, les parties peuvent toujours convenir, après l'événement dommageable, de l'application du droit du for ». (élection de droit, rattachement subjectif)

Concernant la **violation d'un contrat concédant un droit de PI**, on se réfère donc aux règles contractuelles de l'art. 117 LDIP. Qui fournit la prestation caractéristique ? Le concédant du droit de PI. Pour le droit applicable on renvoie à l'art. 122, car l'art. 110 al.3 LDIP prévoit en effet que : « Les contrats portant sur la propriété intellectuelle sont régis par les dispositions de la présente loi relatives aux contrats (art. 122) ».

### **CAS PRATIQUE 8.1 : La compétence internationale en matière de concurrence déloyale**

*M. Goderbauer réalise, aux Pays-Bas, à une époque où il est employé auprès de la société BVS, une invention, à savoir « une fixation d'un rail sur une travers », pour laquelle il obtient, dans ce pays, un brevet d'invention. Il demande également et, dans certains cas obtient, des brevets dans de nombreux autres pays européens (parmi lesquels la Belgique, la France, l'Italie et la République fédérale d'Allemagne) ainsi que dans des pays extra-européens. Devant le tribunal d'arrondissement de Maastricht, M. Duijnste, syndic de la faillite de la société BVS fait valoir en produisant une décision de l'Office néerlandais des brevets, que cette société a droit au brevet néerlandais en application de l'art. 10 de la loi néerlandaise sur les brevets d'invention. Il demande que Goderbauer soit condamné à transférer à la société en faillite tous les brevets qu'il a obtenu et toutes les demandes de brevet qu'il a déposées à l'étranger. La société BVS est établie aux Pays-Bas, où M. Goderbauer est domicilié. Les tribunaux néerlandais sont-ils compétents sur le plan international pour se prononcer sur la demande ?*

Ici on réclame la cession de droits de propriété intellectuelle de M. Goderbauer, c'est donc un litige contractuel.

La première question que la Cour a analysé est la suivante : la Cour a vu qu'il y a peut être une compétence exclusive au sens de l'art. 22 ch.4 CL, mais les parties n'ont pas évoqué cette disposition devant le tribunal néerlandais. Peut-on l'ignorer ? En droit de procédure civile néerlandaise, si un défendeur doit soulever l'incompétence d'un tribunal si il n'est pas compétent, et seulement après entrer en matière à titre subsidiaire. Le droit procédural est régi par le droit du for. Donc premier problème pour la Cour néerlandaise. Est-ce que comme il y a une compétence exclusive, la Cour doit quand même analyser cette disposition et voir si les conditions sont remplies ? Art. 24 CL : outre les cas où sa compétence résulte d'autres dispositions, le juge est compétent si le défendeur comparait sans invoquer l'incompétence du tribunal. Donc déjà sous cet angle on peut oublier le droit procédural néerlandais puisque la CL prime. Ensuite, art. 24 phr.2 CL : règle pas applicable si la comparution a pour objet de contester la compétence ou il existe une autre juridiction exclusivement compétente en vertu de l'art. 22 CL. Par conséquent, la Cour doit examiner sa compétence exclusive selon l'art. 22 ch.4 CL. En outre, l'art. 25 CL prévoit que : « Le juge d'un Etat lié par la présente Convention, saisi à titre principal d'un litige pour lequel une

juridiction d'un autre Etat lié par la présente Convention est exclusivement compétente en vertu de l'art. 22, se déclare d'office incompétent ».

**Attention:** ici on a utilisé les dispositions de la CL pour l'exercice, mais à l'examen il faudra utiliser les dispositions du Règlement de Bruxelles I révisé puisqu'il s'agit d'un Tribunal néerlandais et non pas Suisse. Donc il faut appliquer

- L'art. 24 RBI rév au lieu de l'art. 22 CL ;
- L'art. 26 RBI au lieu de l'art. 24 CL ;
- L'art. 27 RBI au lieu de l'art. 25 CL.

La seconde question est si c'est un brevet et si il faut le déterminer selon le droit applicable (la *lex cause*), le droit du for (droit néerlandais) ou est-ce qu'il faut une définition autonome de ce qu'est un brevet. Ils disent : on a ici une notion de brevet dans le RBI / la CL et cette notion n'est pas la même partout. Quid ? L'hypothèse du gouvernement allemand c'est qu'il faut définir selon le droit de l'Etat pour lequel on a déterminé la protection. Mais la Cour dit non, car c'est une notion internationale qui figure dans des instruments internationaux, donc il faut interpréter de façon autonome pour avoir une même application de compétence exclusive dans tous les Etats liés : interprétation systématique ou comparative du règlement. On peut dire que **l'art. 22 ch.4 CL / art. 24 RBI rév. s'applique à tout litige qui** soulève une question de droit de propriété intellectuelle au sens large, tel que justement un brevet. Mais ici il s'agit d'un litige **contractuel**. Du coup la question de savoir si un employé est obligé de céder ses droits de PI doit être analysée à la lumière du droit néerlandais et **l'art. 22 ch.4 CL / art. 24 RBI rév ne s'applique tout simplement pas.**

### CAS PRATIQUE 8.2

*S, société domiciliée à Genève, est active dans le domaine de l'agrochimie. Elle est titulaire de plusieurs brevets déposés en Suisse, au Portugal et dans d'autres pays européens, dont la France. Ils portent sur le même procédé de fabrication d'engrais chimiques. Le 3 juin 2013, S conclut un contrat avec P, société domiciliée à Lisbonne, par lequel elle octroie à P une licence sur les brevets déposés au Portugal. Le contrat entre en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2013. L'octroi de la licence doit être rémunérée par le paiement de royalties calculées sur les ventes d'engrais réalisées par P, la première échéance de paiement étant fixée au 1<sup>er</sup> mars 2014. En mars 2014, P refuse de payer les royalties dues selon le contrat au motif que les brevets couverts par la licence sont nuls. S, pour sa part, entend obtenir le paiement des royalties. Elle prétend aussi que F, filiale de P, domiciliée en France, a utilisé sans autorisation en France l'invention brevetée au bénéfice de S.*

#### 1. Où S et P peuvent-elles agir ?

C'est une action contractuelle (contrat portant sur une licence et des royalties), alors le juge portugais analysera si il est compétent. Le Règlement de Bruxelles I s'applique car il prime la Convention de Lugano (art. 64 al.2 let. a CL) : . Champ d'application (art. 1 al.1 RBI) : « Le présent règlement s'applique en matière civile et commerciale et quelle que soit la nature de la juridiction. Il ne s'applique notamment ni aux matières fiscales, douanières ou administratives, ni à la responsabilité de l'État pour des actes ou des omissions commis dans l'exercice de la puissance publique (*acta jure imperii*) ». Conditions (p. 86 polycop) :

- Matière civile ou commerciale ? oui et il n'y a pas d'exclusion au sens de l'art. 1 al.2 RBI.

- Champ d'application dans le temps ? Oui.
- Champ d'application personnel et dans l'espace : le défendeur est bien domicilié sur le territoire d'un Etat membre de l'UE.
  - o Compétence impérative d'un autre Etat membre (art. 24 ch.4 RBI) ? Non, parce que le litige porte sur le paiement des royautés et la question de validité ne sera soulevée que comme défense, mais le but principal est le paiement des royautés.

En guise de conclusion intermédiaire, toutes les conditions sont remplies et le juge portugais va appliquer le RBI.

Chef de compétence des tribunaux portugais ? Internationale (4 RBI), les tribunaux portugais sont compétents en vertu de l'art. 4 RBI puisque le défendeur est domicilié au Portugal. Pour la compétence interne, DIPrivé portugais.

Chef de compétence des tribunaux suisses ? Champ d'application de la Convention de Lugano :

- Champ d'application matériel : **art. 1 al.1 et al.2 CL** : « La présente Convention s'applique en matière civile et commerciale et quelle que soit la nature de la juridiction. Elle ne recouvre notamment pas les matières fiscales, douanières ou administratives. 2. Sont exclus de son application: a) l'état et la capacité des personnes physiques, les régimes matrimoniaux, les testaments et les successions; b) les faillites, concordats et autres procédures analogues; c) la sécurité sociale; d) l'arbitrage. » En l'espèce on a bien une affaire civile et commerciale et pas d'exclusion en vertu de l'al.2. Le champ d'application matériel est rempli ici.

- Champ d'application temporel : **art. 63 CL**. Conclu a Lugano le 30 octobre 2007 avec l'entrée en vigueur pour la Suisse le 1<sup>er</sup> janvier 2011. Le cas d'espèce est porté après cette date, donc le champ d'application temporel est aussi rempli ici.

- Champ d'application personnel et dans l'espace : Est-ce que le défendeur est domicilié dans un Etat lié par la CL ? Oui, au Portugal, donc Etat lié par la Convention, donc champ d'application rempli.

Le champ d'application de la CL est par conséquent rempli. **Chef de compétence pour l'action de la partie genevoise contre la partie portugaise pour le paiement des royautés** : art. 2 CL ? Non, le défendeur est domicilié au Portugal. Art. 5 ch.1 CL ? A analyser. Cette disposition prévoit que : « Une personne domiciliée sur le territoire d'un Etat lié par la présente Convention peut être atraite, dans un autre Etat lié par la présente convention: a) en matière contractuelle, devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée ». On est sauvé si on arrive à placer le litige à l'art. 5 ch.1 let. b : « aux fins de l'application de la présente disposition, et sauf convention contraire, le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande est: - pour la vente de marchandises, le lieu d'un Etat lié par la présente Convention où, en vertu du contrat, les marchandises ont été ou auraient dû être livrées

- pour la fourniture de services, le lieu d'un Etat lié par la présente Convention où, en vertu du contrat, les services ont été ou auraient dû être fournis ».

Contrat portant sur la cession de droits de PI contre rémunération (royautés) pendant un certain temps, est-ce une fourniture de services ? Si on considère que oui, le lieu d'exécution se trouverait au Portugal (même si le concédant se trouve en Suisse), où les brevets ont été enregistrés, c'est le marché pour lesquels ils sont destinés, et c'est là où le juge est proche des preuves.

**Mais la Cour en a jugé différent** : elle a dit que ce n'est pas un contrat de service, car personne n'agit d'une manière ou d'une autre (arrêt *Falco*), c'est une simple cession. Selon la Cour on doit regarder dans un contrat de cession de droits de PI quelle obligation est en litige, celle de céder ou de payer ? Ici c'est celle de payer les royalties, et le pays du lieu d'exécution du paiement doit être déterminée selon la *lex cause* (à l'époque ils ne savaient pas comment faire une interprétation autonome), donc via le droit applicable.

## 2. Quel droit sera applicable ?

Du point de vue du juge suisse, on regarde l'art. 110 al.3 LDIP : « Les contrats portant sur la propriété intellectuelle sont régis par les dispositions de la présente loi relatives aux contrats (art. 122) ». Renvoi à l'art. 122 LDIP : « Les contrats portant sur la propriété intellectuelle sont régis par le droit de l'Etat dans lequel celui qui transfère ou concède le droit de propriété intellectuelle a sa résidence habituelle » (al.1). Donc notre contrat est régi par le droit suisse puisque la prestation caractéristique est celle de transférer/concéder les droits. Puis comment déterminer le lieu d'exécution pour l'obligation litigieuse (paiement des royalties) ? On regarde l'art. 74 al.2 ch. 1 COS selon lequel des dettes d'argent sont des dettes portables. Cela signifie que la partie portugaise doit payer les royalties au domicile du créancier, donc à Genève !

Maintenant quelle est la question qui se pose ? La partie portugaise va invoquer la nullité des brevets. Le juge genevois va-t-il pouvoir vérifier si les droits de PI ont été établis ? Et le problème avec ça, c'est que si c'était une procédure principale portant sur la même question, il y aurait là compétence exclusive du juge portugaise en vertu de l'art. 22 ch.4 CL (24 ch. 4 RBI rév.). Comment s'en sortir ? Art. 8 LDIP, c'est une demande reconventionnelle : « Le tribunal saisi de la demande principale connaît aussi de la demande reconventionnelle s'il y a connexité entre les deux demandes ». En principe donc le juge peut examiner une demande préjudicielle si il y a un lien avec le litige principal. Mais problème ici ? Il y a une compétence exclusive d'un autre pays (Portugal) dont le juge suisse doit décliner sa compétence selon l'art. 25 CL : « Le juge d'un Etat lié par la présente Convention, saisi à titre principal d'un litige pour lequel une juridiction d'un autre Etat lié par la présente Convention est exclusivement compétente en vertu de l'art. 22, se déclare d'office incompétent ». Donc si le juge suisse avait été saisi à titre principal pour déclarer la nullité des brevets, il aurait du d'office se déclarer incompétent. Et que fait-on si la question se pose dans le cadre d'une autre procédure, en tant que question préjudicielle (donc si la partie suisse a droit au paiement de ses royalties) ? L'art. 22 ch.4 CL a été complété et adresse explicitement cette question : « (...) que la question soit soulevée par voie d'action ou d'exception (...) », donc même si la question se pose en tant que question préjudicielle, les tribunaux portugais qui

sont compétents en vertu de 24 ch.4 RBI sont exclusivement compétents. Donc le juge suisse ne peut même pas exceptionnellement entrer en matière.

**Droit applicable devant les tribunaux portugais pour une action en nullité :** Rome I ? Non, action contractuelle. Rome II ? Délictuelle ? Non. La question du droit applicable n'est pas encore couverte par un règlement européen donc c'est le DIPrivé portugais qui déterminera le droit applicable et le juge portugais va probablement appliquer le droit portugais du marché pour lequel ce brevet a été accordé. **Quelle serait la réponse du juge suisse, même si il n'est pas compétent ?** Art. 110 LDIP : la PI est régi par le droit de l'Etat pour lequel le brevet est revendiqué, donc ici à nouveau droit portugais, même résultat. Cf. art. 122 LDIP si seulement question pour le paiement des royautés, donc si jamais le juge suisse reçoit la confirmation du juge portugais que le brevet est valide et alors le droit suisse s'appliquera.

**Quid de la filiale ? Violation d'un droit de propriété intellectuelle hors contrat, donc c'est une action délictuelle.** Juge français a un choix entre la CL et la RBI mais applique en principe la RBI car elle prime (art. 64 CL). Compétence donnée ? Oui. Droit applicable devant le juge français ? Les points de rattachements se trouvent aux art. 4 ss et celui de la propriété intellectuelle se trouve à l'art. 8 Rome II : ici on revendique la protection pour le marché français et cessation des activités de la filiale, ainsi que des DI, donc c'est le droit français qui s'applique. Y a-t-il compétence du juge suisse ici ? Compétence de la CL, champ d'application donné, mais y a-t-il un chef de compétence ? Art. 5 ch.3 CL : où le fait dommageable se produit ici ? En France. Lieu du résultat ? Y a-t-il un résultat en Suisse ? Ils ne reçoivent pas les royautés, donc dommage économique qui est à localiser dans la centrale d'activités du demandeur ? Non, pas de for/compétence suisse car dommage consécutif (arrêt *Marinari*).

## VIII. Aspects internationaux du droit des sociétés

---

### 1. Compétence selon la CL / RBI

« Sont seuls compétents, sans considération de domicile : (...)

2. En matière de validité, de nullité ou de dissolution des sociétés ou personnes morales ayant leur siège sur le territoire d'un Etat lié par la présente Convention, ou de validité des décisions de leurs organes, les tribunaux de cet Etat. Pour déterminer le siège, le juge applique les règles de son droit international privé ; » (art. 22 CL) Pour toutes autres actions : fors ordinaires (art. 2 CL, art. 5 ch.1 CL), en particulier for alternatif de la succursale (art. 5 ch.5 CL).

Art. 5 ch.5 CL : « Une personne domiciliée sur le territoire d'un Etat lié par la présente Convention peut être atraite, dans un autre Etat lié par la présente Convention : (...)

5. S'il s'agit d'une contestation relative à l'exploitation **(1)** d'une succursale, d'une agence ou de toute autre établissement **(2)**, devant le tribunal du lieu de leur situation **(3)** ; ».

**(1)** : « Contestation relative à l'exploitation » : contractuelle ou délictuelle.

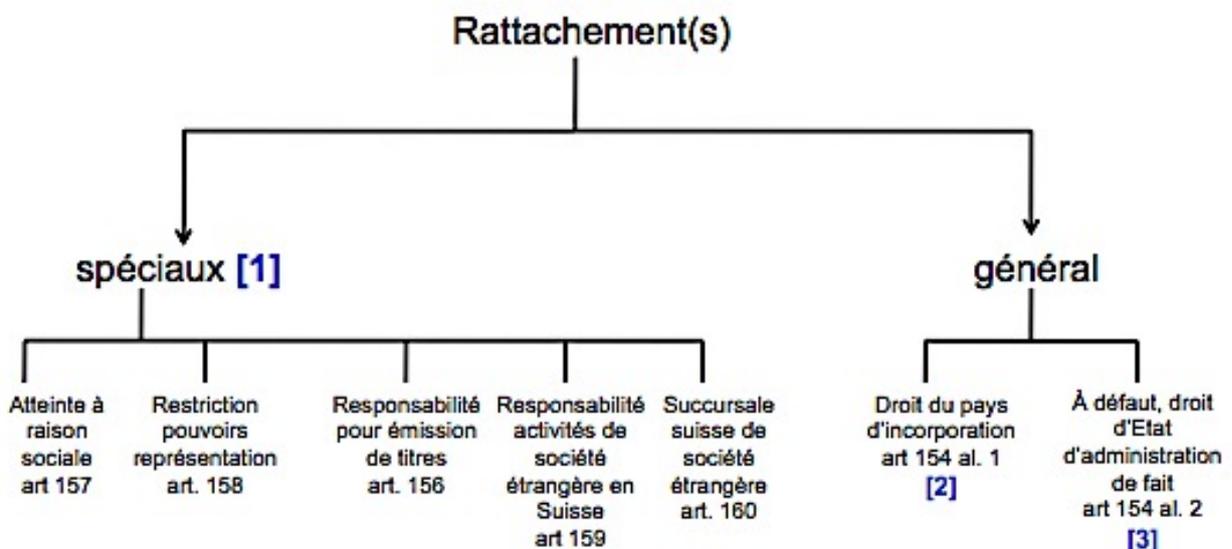
**(2)** : Succursale, agence, autre établissement : dépendance de la maison-mère ; centre d'opérations durable ayant une certaine autonomie commerciale. Quid du rôle de l'apparence ?

**(3)** : Compétence locale.

## 2. Compétence selon la LDIP

- Notion autonome de société (art. 150 LDIP) :
  - Al.1 : Au sens de la présente loi, on tend par société toute société de personnes organisée et tout patrimoine organisé.
  - Al.2 : Les sociétés simples qui ne se sont pas dotées d'une organisation sont régies par les dispositions de la présente loi relatives au droit applicable en matière de contrats (art. 116 ss LDIP).
  - Organisation = structure interne et visibilité externe.
  
- Fors :
  - Siège (art. 151 al.1 LDIP)
  - Aussi domicile / résidence du défendeur pour action contre sociétaire / personne responsable (art. 151 al.2 LDIP)
  - En outre, art. 151 al.3 LDIP (lieu d'émission publique des titres) et art. 152 LDIP (domicile / résidence au lieu d'administration de fait de société étrangère)

## 3. Droit applicable



### [1] à [3] étapes d'analyse

#### Art. 154 LDIP :

- Al. 1 : Les sociétés sont régies par le droit de l'Etat en vertu duquel elles sont organisées si elles répondent aux conditions de publicité ou d'enregistrement prescrites par ce droit ou, dans le cas où ces prescriptions n'existent pas, si elles se sont organisées selon le droit de cet Etat.
- Al. 2 : La société qui ne remplit pas ces conditions est régie par le droit de l'Etat dans lequel elle est administrée en fait.

**Art. 155 LDIP** : Sous réserve des art. 156 à 161 (rattachements spéciaux), le droit applicable à la société régit notamment :

- a. La nature juridique de la société ;
- b. La constitution et la dissolution ;
- c. La jouissance et l'exercice des droits civils ;
- d. Le nom ou la raison sociale ;
- e. L'organisation ;
- f. Les rapports internes, en particulier les rapports entre la société et ses membres ;
- g. La responsabilité pour violation des prescriptions du droit des sociétés ;
- h. La responsabilité pour les dettes de la société ;
- i. Le pouvoir de représentation des personnes agissant pour la société, conformément à son organisation.

→ Couleur bleue : Pas de rattachement spécial entrant en jeu.

## Synthèse: droit applicable

1. Société de personnes ou patrimoine organisé? (150 al. 1)  $\xrightarrow{\text{non}}$  116 ss. (150 al. 2)  
 ↓ oui
2. Rattachements spéciaux?
  - Atteinte à nom et raison sociale (157)
  - Restriction des pouvoirs de représentation (158)
  - Emission publique de titres (156; ! LAI)
  - Responsabilité pour activités d'une société étrangère exercées en Suisse (159)
  - Succursale en Suisse de société étrangère (160)
 ↓ à défaut
3. Droit de pays d'incorporation si société valablement constituée selon ce droit (154 al. 1)  
 ↓ à défaut
4. droit de pays d'administration de fait (154 al. 1)

### CAS PRATIQUE 9.1 : La compétence internationale au siège de la succursale

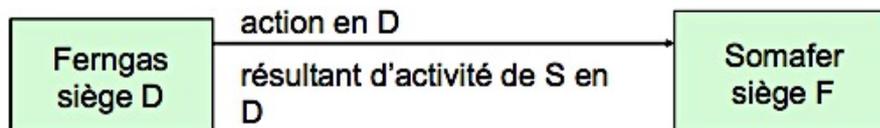
La société des établissements Somafer SA (ci-après Somafer), dont le siège est en France, est une entreprise de démolition qui a, pour le compte du ministère de l'intérieur du Land de Sarre, dynamité, en 1974, un bunker. Comme des conduits de gaz de Saar-Ferngas AG passaient à proximité, cette dernière a effectué, en accord ou non avec Somafer les parties sont en désaccord, en fait, sur ce point –, des travaux de protection dont elle a réclamé le remboursement à Somafer. En République fédérale d'Allemagne, Somafer utilise dans ses rapports avec la clientèle un papiers à lettres avec l'entête :

« Somafer  
 Vertretung für Deutschland  
 6639 Beckingen (Saar)  
 Tel. 068 35/28 24  
 Bankverbindung : Crédit Lyonnais Saarbrücken Nr 10 146 »

Au bas de ce papier à lettres, il est indiqué : « Hauptverwaltung Uckange (Frankreich) ». A Beckingen résiderait, tout au moins sporadiquement, un représentant ou employé de Somafer, avec qui, selon Ferngas, cette dernière aurait convenu des mesures de protection à prendre. N'obtenant pas satisfaction, Ferngas assigne Somafer en paiement devant le Landgericht de Sarrebruck. Somafer décline la compétence de cette juridiction. Ferngas réplique, entre autre, que le litige concernait l'exploitation d'une succursale, agence ou autre établissement, au sens de l'art. 5 ch.5 aRBI (maintenant c'est l'art. 7 ch. 5 RBI rév).

**Question :** Les tribunaux allemands du lieu de la situation de Somafer à Beckingen (Saar), sont-ils compétents pour trancher le litige ?

#### i. Faits (ACJCE Somafer / Ferngas)



Activités de Somafer en D :

- Travaux de construction
- Pas de succursale inscrite au RC
- Papier en-tête « Vertretung für D » avec adresse, n° de tél, compte bancaire en D et mention « Hauptverwaltung F)
- Adresse correspond à résidence temporaire d'employé

#### ii. Compétence des tribunaux allemands

**Art. 7 ch.5 RBI rév :** « Une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être atraite dans un autre État membre: (...) 5) s'il s'agit d'une contestation relative à l'exploitation d'une succursale, d'une agence ou de tout autre établissement, devant la juridiction du lieu de leur situation; »

On agit ici contre une société. **A titre informatif**, pour les sociétés il y a aussi un for spécial dans l'art. 24 ch. 2 RBI : « Sont seules compétentes les juridictions ci-après d'un État membre, sans considération de domicile des parties: (...) 2) en matière de validité, de nullité ou de dissolution des sociétés ou personnes morales, ou de validité des décisions de leurs organes, les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel celles-ci ont leur siège. Pour déterminer le siège, le juge applique les règles de son droit international privé; » On a un for spécial exclusif pour des questions limitées du droit des sociétés pour la même raison plus ou moins qu'en PI, c.à.d. qu'il y a souvent inscription des sociétés dans un RC, donc c'est nécessaire d'avoir un for exclusif dans le pays où la société est enregistrée.

Ici néanmoins, ce n'est pas le cas et c'est bien l'art. 7 ch.5 RBI qui nous intéresse. Ses conditions sont-elles remplies en l'espèce ? Il faut qu'il s'agisse d'une contestation relative à l'exploitation d'une succursale, d'une agence ou de tout autre établissement. Si c'est le cas, on peut aller devant la juridiction du lieu de la situation de ceux-ci. **L'arrêt *Somafer*** est l'arrêt phare en la matière.

Dans cet arrêt, la CJUE a défini la notion de succursale, d'agence ou de tout autre établissement comme un « centre d'opérations qui se manifeste d'une façon durable vers l'extérieur comme le prolongement d'une maison-mère, pourvu d'une direction et matériellement équipé de façon à pouvoir négocier des affaires avec des tiers, de telle façon que ceux-ci, tout en sachant qu'un lien de droit éventuel s'établira avec la maison mère dont le siège est à l'étranger, sont dispensés de s'adresser directement à celle-ci, et peuvent conclure des affaires au centre d'opérations qui en constitue le prolongement ». En outre, l'établissement doit, malgré sa dépendance à sa maison-mère, disposer d'une autonomie suffisante pour conclure directement des affaires avec des tiers. Cette autonomie doit permettre à l'entité « d'être l'interlocuteur principal, voire exclusif, de tiers dans la négociation des contrats ». En d'autres termes on prend tous les critères listés dans l'arrêt par la Cour et on regarde le cas précis, pour savoir si ils sont remplis pour savoir si il y a un for au lieu d'activité de cette succursale.

Dans notre scénario, est-ce que la résidence temporaire d'un employé et le papier à lettres suffit pour ouvrir un for ? Il y avait cette apparence d'une entité distincte de la maison mère qui est en mesure de négocier des questions importantes. Tous les éléments sont quand même présents. On peut argumenter dans cette direction ou dans une autre en se basant sur les différents indices, mais ici on dit que oui par hypothèse.

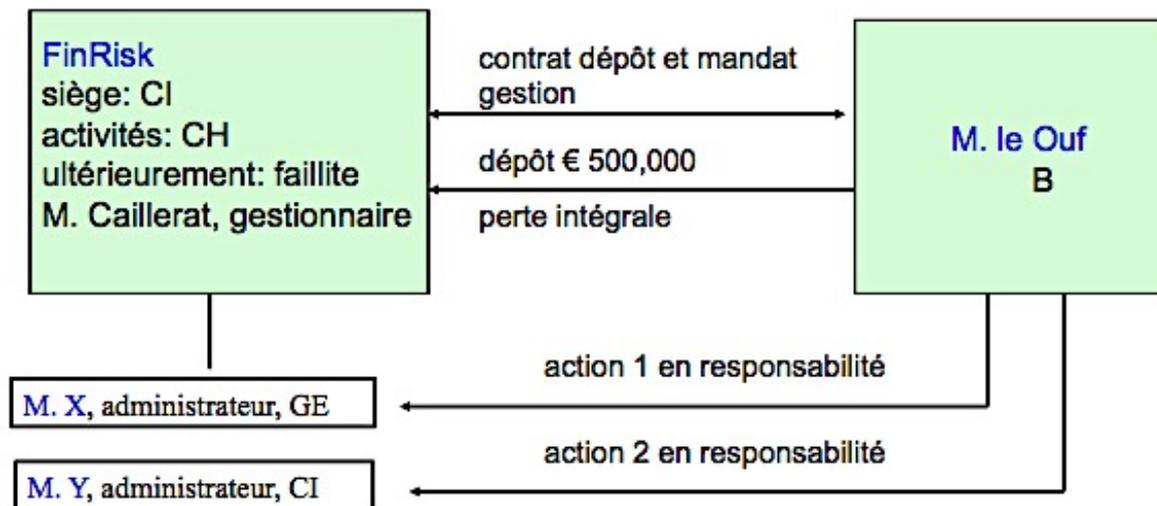
### **CAS PRATIQUE 9.2**

*La société FinRisk Ltd., qui a son siège statutaire aux Iles Caïmans, est active dans la gestion de fortune et exerce ses activités principalement partir de Genève. Elle y a des bureaux à la rue du Rhône, la plaque à l'entrée indiquant FinRisk SA, gestion de patrimoine. Monsieur Le Ouf, domicilié en Belgique, se rend dans les bureaux de FinRisk Genève. Il y conclut avec cette dernière représentée par Mr Caillerat, gestionnaire, un contrat de dépôt avec mandat et dépose 500'000 EUR. FinRisk place ce montant sur le marché hypothécaire américain. Après de bons résultats initiaux, le marché hypothécaire chute de manière vertigineuse et Mr le Ouf perd l'intégralité de son investissement. Affectée par l'évolution du marché hypothécaire et les conséquences d'autres mauvais placements, FinRisk tombe en faillite. Les perspectives de recouvrement dans le cadre de la faillite sont négligeables. Mr Le Ouf estime qu'au regard du droit suisse la responsabilité des organes de FinRisk Ltd est engagée. Il décide donc d'agir :*

- *Contre un membre du conseil d'administration domicilié à Genève (Mr X) dont la fortune personnelle est substantielle.*
- *Contre un autre membre du conseil d'administration domicilié aux Iles Caïmans (Mr Y).*

**Question :** *Où Mr Le Ouf peut-il porter son action ? Quel sera le droit applicable ? Peut-il agir contre X et Y devant le même tribunal ?*

## i. Faits



## ii. Action 1 : M. Le Ouf (Belgique) contre M. X (Genève, Suisse)

## a. Compétence des tribunaux suisses ?

- *Champ d'application de la CL :*

- Champ d'application matériel : **art. 1 al.1 et al.2 CL** : « La présente Convention s'applique en matière civile et commerciale et quelle que soit la nature de la juridiction. Elle ne recouvre notamment pas les matières fiscales, douanières ou administratives. 2. Sont exclus de son application: a) l'état et la capacité des personnes physiques, les régimes matrimoniaux, les testaments et les successions ; b) les faillites, concordats et autres procédures analogues; c) la sécurité sociale; d) l'arbitrage. » En l'espèce on a bien une affaire civile et commerciale, le défendeur est bien domicilié en Suisse (Etat lié) et le demandeur en Belgique (Etat lié) et pas d'exclusion en vertu de l'al.2. Le champ d'application matériel est rempli ici.
- Champ d'application temporel : **art. 63 CL**. Conclu a Lugano le 30 octobre 2007 avec l'entrée en vigueur pour la Suisse le 1<sup>er</sup> janvier 2011. Le cas d'espèce est porté après cette date, donc le champ d'application temporel est aussi rempli ici.
- Champ d'application personnel et dans l'espace : **Art. 2 CL** : il est domicilié dans un Etat contractant donc la CL s'applique. Chef de compétence ? Mr. X est domicilié en Suisse donc ce champ d'application est rempli.
- En guise de conclusion intermédiaire : les tribunaux suisses sont compétents.

- *Règle de compétence interne* : Fors : au siège (art. 151 al.1 LDIP). Aussi domicile / résidence du défendeur pour action contre sociétaire / personne responsable (art. 151 al.2 LDIP). En outre, art. 151 al.3 LDIP (lieu d'émission publique des titres) et art. 152 LDIP (domicile / résidence au lieu d'administration de fait de société étrangère). On a ici un for à l'art. 151 al.2 LDIP : « Les tribunaux suisses du domicile ou, à défaut de domicile, ceux de la résidence habituelle du défendeur sont également compétents pour connaître des actions contre un sociétaire ou une autre personne responsable en vertu

du droit des sociétés ». A quel droit des sociétés pense le législateur ici ? Celui dont il parle à l'art. 154 LDIP (droit applicable) et pas juste le droit suisse. Ici, l'organisation est selon le droit des Iles Caïmans.

**b. Droit applicable (devant le juge suisse) :** Le droit applicable serait en principe celui des Iles Caïmans. Mais il faut aussi examiner les rattachements spéciaux, notamment celui de l'art. 159 LDIP : « Responsabilité pour une société étrangère : Lorsque les activités d'une société créée en vertu du droit étranger sont exercées en Suisse ou à partir de la Suisse, la responsabilité des personnes qui agissent au nom de cette société est régie par le droit suisse » en lien avec l'art. 152 LDIP s'agissant de la compétence : « Sont compétents pour connaître des actions dirigées contre une personne responsable en vertu de l'art. 159 ou contre la société étrangère pour laquelle cette personne agit: a. les tribunaux suisses du domicile ou, à défaut de domicile, ceux de la résidence habituelle du défendeur, ou b. les tribunaux suisses du lieu où la société est administrée en fait ». Pour la doctrine, le demandeur peut invoquer l'art. 151 al.2 LDIP pour le for et le droit applicable est déterminé par l'art. 154 LDIP (donc par le droit selon lequel la société est organisée) OU alternativement, au choix du demandeur, le for de l'art. 152 LDIP, si il fait valoir l'art. 159 LDIP, pour arriver à l'application du droit suisse.

Quel est donc le droit applicable par le juge suisse ? Si for de l'art. 151 al.2 LDIP, alors droit applicable de l'art. 154 LDIP et cela est le droit des Iles Caïmans. Si for de l'art. 152 LDIP, alors droit applicable de l'art. 159 LDIP, donc droit suisse. Dans ce genre de situation il faut faire une petite comparaison entre les deux droits et choisir simplement le droit le plus favorable pour notre client.

### **iii. Action 2 : M. Le Ouf (Belgique) contre M. Y (Iles Caïmans)**

#### **a. Compétence des tribunaux suisses ?**

- *Règle de compétence interne* : art. 1 LDIP : Art. 1 al.1 LDIP : « La présente loi régit, en matière internationale : a. la compétence des autorités judiciaires ou administratives suisses ; b. le droit applicable ; c. les conditions de la reconnaissance et de l'exécution des décisions étrangères; d. la faillite et le concordat; e. l'arbitrage. » Pour ce qui est de l'al. 2, il n'y a pas de traité international qui s'applique ici et on cherche la compétence dans les art. 150 ss LDIP. Cette fois, on y cherche la compétence internationale ET interne. Peut-on baser un for sur l'art. 3 LDIP (for de nécessité) ? Cette disposition prévoit que : « Lorsque la présente loi ne prévoit aucun for en Suisse et qu'une procédure à l'étranger se révèle impossible ou qu'on ne peut raisonnablement exiger qu'elle y soit introduite, les autorités judiciaires ou administratives suisses du lieu avec lequel la cause présente un lien suffisant sont compétentes ». Mais il faut d'abord savoir si on peut agir en Suisse tout court, l'art. 3 LDIP sera analysé à titre subsidiaire uniquement. On a le for de l'art. 152 let. b LDIP pour actionner M. Y : « Sont compétents pour connaître des actions dirigées contre une personne responsable en vertu de l'art. 159 ou contre la société étrangère pour laquelle cette personne agit: (...) b. les tribunaux suisses du lieu où la société est administrée en fait ».

**b. Droit applicable (devant le juge suisse) :** Droit applicable devant le juge genevois ? Art. 159 LDIP : ce sera le droit suisse.

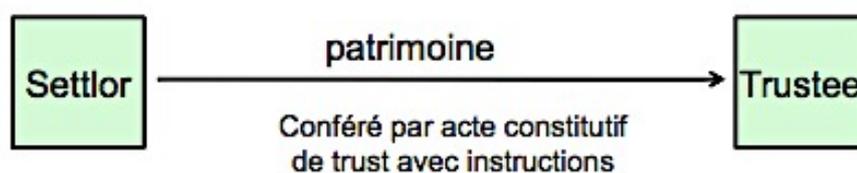
## IX. Les trusts en DIP

### 1. Introduction : qu'est-ce que c'est un trust ?

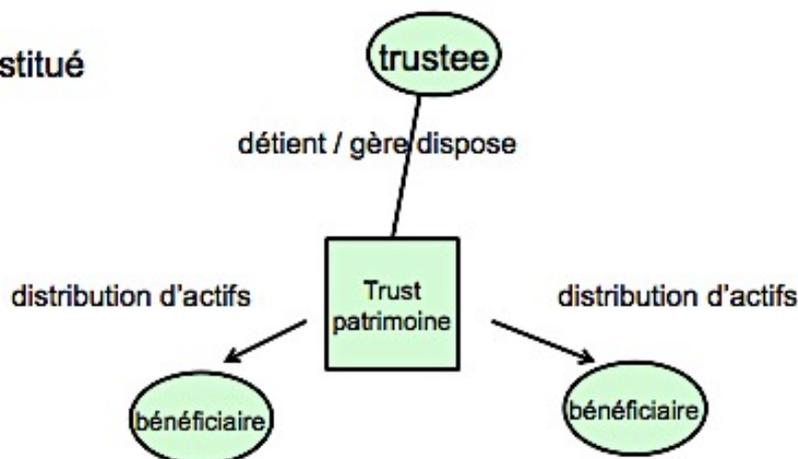
#### A. Notions

Qualification : avant le 1<sup>er</sup> juillet 2007, hésitation entre contrat ou société. Dès le 1<sup>er</sup> juillet 2007, qualification autonome à la LDIP : relation juridique *sui generis*.

#### • Constitution du trust



#### • Trust constitué



Définition : « le terme « trust » vise les relations juridiques créées par une personne, le constituant – par acte entre vifs ou à cause de mort – lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un *trustee* dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé ». (art. 2 Convention LH)

- Distinguer rapports internes au trust et rapports externes du trust avec tiers:
- Rapports internes concernent toutes les questions directement liées au *trust* (*settlor*, *trustee*, *bénéficiaires*).
  - o Exemple :
    - Les relations entre le *trustee* et les bénéficiaires, y compris la responsabilité personnelle du trustee envers les bénéficiaires;
    - L'obligation du *trustee* de rendre compte de sa gestion.
- Rapports externes concernent *a contrario* toutes les questions qui ne sont pas internes au *trust* et qui impliquent un tiers.

- Exemple :
  - mauvaise exécution par un tiers d'un contrat conclu avec le *trustee* et portant sur des biens du trust
  - spoliation par un tiers des biens du trust.

## B. Compétence

### a) CL / RB

#### Art. 5 ch. 6: for en matière de trust :

« 6. en sa qualité de fondateur, de trustee ou de bénéficiaire [1] d'un trust constitué soit en application de la loi soit par écrit ou par un convention verbale, confirmée par écrit [2], devant les tribunaux de l'Etat contractant sur le territoire duquel le trust a son domicile [3]; »

[1] : action concernant les relations internes du trust

[2] : définition et éléments caractéristiques

- « [...] relations juridiques créées par une personne, le constituant / *settlor* lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un trustee dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé » (art. 2 Convention LH)
- biens du trust constituent masse distincte dont *trustee* est propriétaire
- avec obligation de les gérer / d'en disposer selon *trust deed*/acte constitutif
- *express trust* (ne relevant pas de matières exclues de CL / RB !)

[3] : domicile déterminé selon dip du juge saisi art. 60 (3) RB/CL (cf. art. 21(3) LDIP).

#### Art. 23 ch.4 RB/CL : élection de for en matière de trust :

- Admission d'élection de for (unilatérale) incluse dans acte constitutif de trust
- Pour les rapports internes entre *trustee*, *settlor* et bénéficiaires

### b) LDIP

- Pour définition, renvoi à Convention LH (art. 149a) ;
- Election de for dans acte constitutif admise ; tribunal élu suisse peut décliner sa compétence en l'absence de certains liens avec la Suisse (art. 149b al. 1 et 2) ;
- A défaut, domicile du défendeur ou « siège du trust » ou lieu d'établissement (pour actions relatives à exploitation d'établissement) (art. 149b al.3)

## C. Droit applicable

- Art. 149c al.1 renvoie à Convention LH, à savoir :
  - Election de droit par le settlor (art. 6)
  - Subsidiairement, principe de proximité tenant compte de : lieu d'administration des actif du trust

lieu de situation des biens  
résidence / établissement du trustee  
objectifs du trust (art. 7)

Attention : art. 15: règles impératives de loi désignée par dip du for priment en matière de protection des mineurs et incapables, effets du mariage et successions.

### CAS PRATIQUE

*Madame A, domiciliée à Windsor au Royaume-Uni, a hérité d'une grande fortune, dont elle souhaite transmettre une partie de son vivant à ses deux fils, L (28 ans, domicilié à Luxembourg) et Z (domicilié à Zurich, 26 ans). Pour ce faire, elle décide de créer un trust et d'instituer Monsieur T, ami de la famille domicilié à Londres, comme trustee.*

*L'acte constitutif du trust ou trust deed, signé par Madame A à Londres, contient notamment les dispositions suivantes:*

**Article 1 :** *Mme A, en tant que settlor, constitue un trust irrévocable.*

**Article 2 :** *M. T est désigné comme trustee. Il a l'obligation de gérer les biens du trust, dont la propriété lui a été transférée. Il administre les biens du trust avec diligence et séparément de son propre patrimoine.*

**Article 3:** *Le settlor transfère au trustee les valeurs patrimoniales suivantes:*

- *un portefeuille de titres déposé dans une banque à Londres;*
- *un portefeuille de titres déposé auprès de la filiale luxembourgeoise de la banque londonienne;*
- *un portefeuille de titres déposé auprès de la filiale monégasque de la même banque londonienne.*

*Les avoirs seront gérés par les divisions asset management de chacune des entités qui détiennent le compte, à savoir la banque londonienne et ses filiales au Luxembourg et à Monaco.*

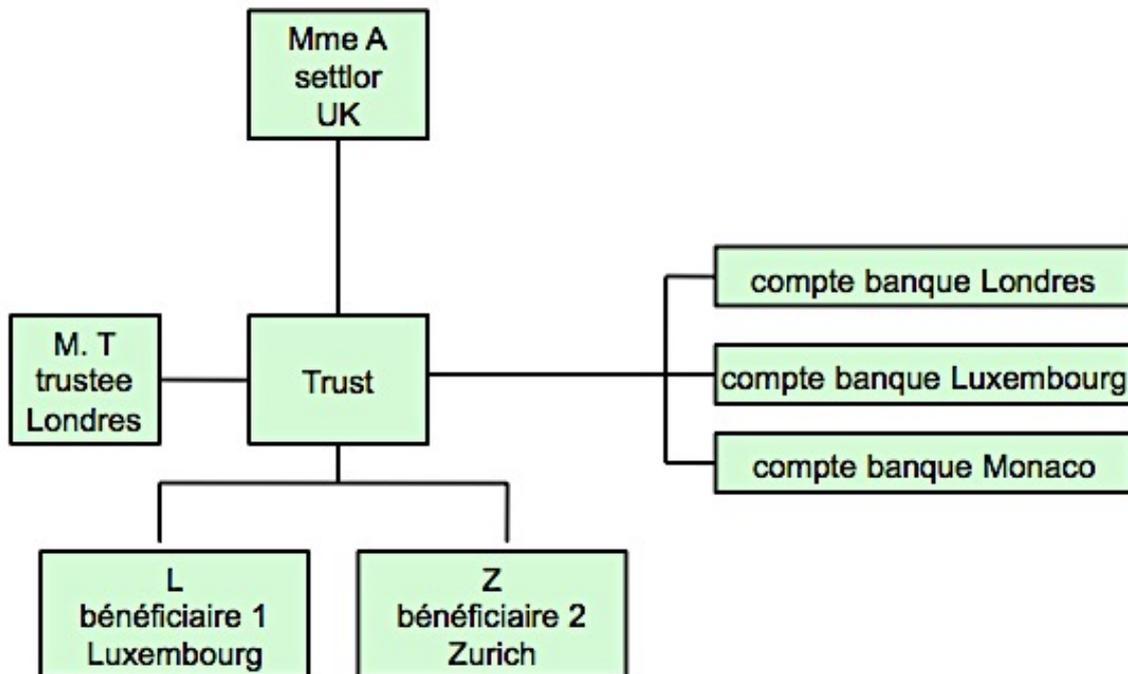
**Article 4:** *Les bénéficiaires du trust sont L et Z. Lorsqu'ils entreront dans leur trente et unième année et à condition de mener une vie irréprochable, ils toucheront chacun un montant de £ un million. Lorsqu'ils entreront dans leur quarantième et unième année et à condition de toujours mener une vie irréprochable, le trustee leur transmettra la totalité des avoirs du trust à parts égales.*

**Article 5:** *Les tribunaux genevois sont compétents pour connaître de tout litige résultant du ou en rapport avec le présent trust.*

*En 2009, L a fêté ses trente ans. A cette occasion Monsieur T. l'a convoqué à Londres pour lui faire part des dispositions du trust. Après cette entrevue, il lui a transféré un million de livres sterling sur un compte bancaire ouvert au nom de L.*

*En avril 2011, Z a fêté ses trente ans. Il attend avec impatience de bénéficier du trust, car il est dépensier et n'a pas de job. Monsieur T refuse cependant de le faire bénéficier du trust au motif qu'il ne répond pas à la condition de "vie irréprochable".*

1. **Z entend obtenir l'argent du trust auquel il estime avoir droit. Où peut-il agir? Quel sera le droit applicable?**



Première remarque : quid si Mr T décède ? Qui le remplace, vu qu'ici rien n'est prévu ? « Le trust agit dans l'ombre des Cours », les juges interviendront si jamais pour nommer quelqu'un à sa place. Deuxième remarque : cf. code civil du Québec : ni le trustee, ni le bénéficiaire ne devient propriétaire des biens. Troisième remarque : il aurait fallu déterminer « vie irréprochable ».

#### Action L c. T :

Est-ce qu'il s'agit d'un rapport interne ou externe au trust ici ? Interne. Ce n'est pas que le trust a participé dans le monde économique et il y a un litige, mais il y a un litige entre le trustee et le bénéficiaire, donc interne.

S'agissant de la **compétence**, les tribunaux genevois sont-ils compétents ? La LDIP réserve l'application des traités internationaux (art. 1 al.2 LDIP). Il y a la Convention de Lugano. Champ d'application temporel : ok. Champ d'application matériel : nature civile ou commerciale ? Oui, et pas d'exclusion selon l'art. 1 al.2 CL. Champ d'application personnelle et dans l'espace, pas de compétence exclusive au sens de l'art. 22 CL. Y a-t-il une prorogation de compétence qui renvoie aux tribunaux d'un Etat membre au sens de l'art. 23 CL ? Ch. 4 : « Les tribunaux d'un Etat lié par la présente convention auquel l'acte constitutif d'un trust attribue compétence sont exclusivement compétents pour connaître d'une action contre un fondateur, un trustee ou un bénéficiaire d'un trust, si il s'agit des relations entre ces personnes ou de leurs droits ou obligations dans le cadre du trust ». On a bien un trust en l'espèce, avec une clause d'attribution de compétence aux tribunaux genevois (art. 5 du trust) et il y a bien un bénéficiaire (L) qui souhaite agir contre le trustee (T) concernant ses droits dans un trust. Donc toutes les conditions de l'art. 23 ch.4 CL sont remplies. En conclusion, les tribunaux genevois sont exclusivement compétents en l'espèce.

S'agissant du **droit applicable**, c'est une action qui a son fondement dans un trust. Depuis l'entrée en vigueur de la Convention de la Haye sur les Trusts (ci-après : CLAH-85), on a dans la LDIP une partie spéciale adaptée (chapitre 9a) et la définition légale du trust à l'art. 149a LDIP : « On entend par trusts les trusts constitués par acte juridique au sens de la Convention de La Haye du 1<sup>er</sup> juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, indépendamment du fait que la preuve de ces trusts est apportée ou non par écrit au sens de l'art. 3 de ladite convention ». Le droit applicable aux trusts est régi, selon l'art. 149c al.1 LDIP, « par la Convention de La Haye du 1<sup>er</sup> juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance ». Donc le tribunal genevois compétent va déterminer le droit applicable à ce litige entre le bénéficiaire et le trustee selon la CLAH-85.

L'art. 1 CLAH-85 dispose que cette convention « détermine la loi applicable au trust et régit sa reconnaissance ». La définition légale du trust se trouve à l'art. 2 : « Aux fins de la présente Convention, le terme « trust » vise les relations juridiques créées par une personne, le constituant – par acte entre vifs ou à cause de mort – lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un trustee dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé ». Cette disposition énumère en outre les caractéristiques d'un trust. En l'espèce et au vu des éléments de la donnée, on est donc bien en présence d'un trust au sens de l'art. 2 CLAH-85 et selon l'art. 149c LDIP. Selon l'art. 6 CLAH-85, « le trust est régi par la loi choisie par le constituant. Le choix doit être exprès ou résulter des dispositions de l'acte (...) ». Est-ce qu'ils ont choisi un droit en l'espèce ? A priori il n'y a pas d'élection de droit, donc il faut un rattachement objectif au sens de l'art. 7 CLAH-85 : « lorsqu'il n'a pas été choisi de loi, le trust est régi par la loi avec laquelle il présente les liens les plus étroits. Pour déterminer la loi avec laquelle le trust présente les liens les plus étroits, il est tenu compte notamment : a.) du lieu d'administration du trust désigné par le constituant ; b) de la situation des biens du trust ; c) de la résidence ou du lieu d'établissement du trustee ; d) des objectifs du trust et des lieux où ils doivent être accomplis ». Il faut analyser ces quatre éléments dans le cas d'espèce. On observe que le trust est géré depuis Londres. Les biens se trouvent à Londres (société-mère), à Luxembourg (filiale) et à Monaco (filiale). Le trustee se trouve également à Londres. Enfin, les objectifs du trust et des lieux où ils doivent être accomplis sont plus difficiles à déterminer. Si on pèse néanmoins ces éléments, la balance penche plutôt pour Londres. On arrive donc à dire que le cas présente des liens les plus étroits avec l'Angleterre. Le droit anglais prévoyant des règles spécifiques sur le trust, le résultat nous plait. Donc les tribunaux genevois vont appliquer le droit anglais.

Variante : quel intérêt de désigner comme droit applicable le droit suisse ? Aucun intérêt, puisque le droit suisse ne connaît pas l'institution du trust ! Mais quid si ils l'auraient fait malgré tout ? L'art. 6 al.2 CLAH-85 prévoit cette éventualité : « Lorsque la loi choisie en application de l'alinéa précédent ne connaît pas l'institution du trust ou la catégorie du trust en cause, ce choix est sans effet et la loi déterminée par l'art. 7 est applicable ». Donc en réalité on serait arrivé au même résultat et on serait retombés sur le droit anglais via un rattachement objectif.

Variante 2 : quid si le rattachement objectif de l'art. 7 s'agissant des « liens les plus étroits » aurait aussi mené en Suisse (donc si par hypothèse le trustee se trouvait en Suisse, les biens étaient en Suisse, etc) ? C'est aussi un cas adressé par la CLAH-85, à son art. 5 : « La Convention ne s'applique pas dans la mesure où la loi déterminée par le chap. II ne connaît

pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause ». Par conséquent, puisque la Convention ne s'applique pas, il faut chercher le droit applicable dans le droit national de l'Etat concerné, c.à.d. ici la LDIP dans les dispositions sur le trust. L'art. 149c al.1 LDIP qui dit que la CLAH-85 s'applique toujours pour déterminer le droit applicable, or la CLAH-85 ne s'applique pas ici. Le législateur suisse a prévu ce cas à l'al.2 : « Le droit désigné par ladite convention est également déterminant dans les cas où, conformément à son art. 5, elle n'est pas applicable, et où, conformément à son art. 13, l'Etat n'est pas tenu de reconnaître un trust ». Donc si la CLAH-85 ne veut pas être appliquée, on va quand même l'appliquer pour déterminer le droit applicable au lieu de faire un rattachement autonome avec la LDIP suisse. Par conséquent, on reprend la CLAH-85 et le rattachement objectif de l'art. 7, et on arrive au droit suisse en tant que droit applicable.

*Au début 2011, le trustee reçoit le relevé du compte ouvert auprès de la filiale luxembourgeoise de la banque londonienne. Il constate que les avoirs déposés sur le compte ont chuté d'environ un tiers. Il estime que cette perte est due à une mauvaise gestion de la banque.*

## **2. Où peut-il agir contre la banque?**

### Action T c. banque Luxembourg

S'agissant de la **compétence**, il faudrait regarder dans les règles de la fiducie.