

LE CHOIX DE LA LOI APPLICABLE AUX CONTRATS INTERNATIONAUX DE DISTRIBUTION

Paulo BURNIER DA SILVEIRA¹

Résumé : Le principe de l'autonomie de la volonté joue un rôle fondamental dans le Droit international privé, ce qui permet aux parties de choisir la loi qui sera applicable à leurs contrats dans le commerce international. Néanmoins, cette liberté n'est pas absolue. Ainsi, plusieurs questions peuvent être posées, telles que la possibilité de choisir une loi non-étatique, la possibilité de soumettre un contrat à plusieurs lois ou même la possibilité de conclure un contrat sans loi. Dans le domaine spécifique des contrats de distribution, les problématiques incluent également la loi applicable au contrat-cadre et aux contrats d'application de la distribution. L'intervention des lois de police, malgré son importance, ne sera pas traitée dans cet article puisque elle sera l'objet d'une autre partie de la recherche de doctorat de l'auteur.

Mots-clés : Droit international privé ; loi applicable ; autonomie de la volonté ; contrats de distribution ; commerce international.

Resumo : O princípio da autonomia da vontade desempenha um papel fundamental no Direito internacional privado, permitindo às partes de escolher a lei aplicável aos seus contratos no comércio internacional. Entretanto, esta liberdade não é absoluta. Por isso, diversas questões podem ser levantadas, tais como a possibilidade de escolher uma lei não-estatal, a possibilidade de submeter um mesmo contrato a diferentes leis ou mesmo a possibilidade de celebrar um contrato sem lei. No âmbito específico dos contratos de distribuição, as problemáticas incluem também a lei aplicável ao contrato-quadro e aos contratos de execução da distribuição. A intervenção das normas de ordem pública, apesar da sua importância, não será tratada neste artigo, pois será objeto de outra parte da pesquisa de doutorado do autor.

Palavras-chave : Direito internacional privado ; lei aplicável ; autonomia da vontade ; contratos de distribuição ; comércio internacional.

INTRODUCTION

La liberté que les contractants ont pour choisir la loi qui sera appliquée à leurs contrats dans le commerce international a son fondement dans le principe de l'autonomie de la volonté. Ce principe date de la fin du XIX^{ème} siècle et il est encore largement utilisé dans le Droit international privé.²

¹ Paulo BURNIER DA SILVEIRA est doctorant en Droit International à l'Université Panthéon-Assas (Paris II). Master 2 Recherche en Droit Privé Général à l'Université Panthéon-Assas (Paris II). *LL.M. Eur.* en Droit Européen à l'Université Catholique du Portugal – Programme Erasmus Mundus. Licence et Maîtrise en Droit à l'Université Catholique de Rio de Janeiro (PUC-Rio). Avocat à Rio de Janeiro, Brésil. E-mail : pburnier@gmail.com.

² Historiquement, le premier à suggérer la volonté des parties comme règle de rattachement était DUMOULIN à la fin du XVI^{ème} siècle. Cependant, puisqu'il ne traitait pas cette possibilité comme un

En Europe, ce principe est devenu Droit communautaire européen, avec la récente entrée en vigueur du Règlement « Rome I » sur la loi applicable aux obligations contractuelles.³ Dans son Art. 3, qui porte sur la liberté de choix, la norme communautaire énonce le principe :

Art. 3. Liberté de choix. 1. Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Le choix est exprès ou résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat.

En Amérique latine, il n'existe pas encore une législation unifiée à ce sujet. Les pays latino-américains ont une tradition territorialiste en Droit international privé, c'est-à-dire qu'ils laissent une place plus fermée à la volonté des parties, en privilégiant le droit national tant qu'une mesure d'intervention étatique.⁴ L'exemple le plus illustratif est le Droit chilien qui soumet à la loi chilienne tout contrat dont l'exécution est au Chili. Selon l'Art. 113 du Code de commerce chilien :

Art. 113. *Todos los actos concernientes a la ejecución de los contratos celebrados en país extranjero y cumplidos en Chile son regidos por la ley chilena, en conformidad a lo que se prescribe en el inciso final del artículo 16 del Código Civil.*

Malgré la majorité des régimes nationaux latino-américains qui est contraire au principe de l'autonomie de la volonté en Droit international privé, la Convention du Mexique, signée le 17 mars 1994, l'a bien retenu comme principe général aux contrats internationaux :

Art. 7. *Determination of applicable law. The contract shall be governed by the law chosen by the parties. The parties' agreement on this selection must be express or, in the event that there is no express agreement, must be evident from the parties' behavior and from the clauses of the contract, considered as a whole. Said selection may relate to the entire contract or to a part of same. Selection of a certain forum by the parties does not necessarily entail selection of the applicable law.*

Cependant, la Convention était signée par seulement cinq pays latino-américains : la Bolivie, le Brésil, le Mexique, l'Uruguay et le Venezuela. En outre, elle n'est en vigueur qu'au Mexique et au Venezuela puisque ratifiée par leurs législateurs. Il est évident l'influence de l'ancienne Convention de Rome – substituée par le Règlement Rome I – dans la rédaction de la Convention du Mexique. Néanmoins, la Convention du Mexique

principe, de plus ne lui faisant référence qu'en matière matrimoniale, les internationalistes modernes préférèrent donner la réputation de la création du principe de la « autonomie de la volonté » - tant que principe de droit international - à WEISS qui a été le premier à utiliser cette formule, en 1886, dans son « Traité élémentaire de droit international privé ». Cfr. Véronique RANOUIL. *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*. Paris : Presses Universitaires de France, 1980. p. 11 et s. Voir également : Irineu STRENGER. *Da autonomia da vontade : direito interno e internacional*. 2^{ème} éd. São Paulo : LTr, 2000.

³ Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil, du 17 juin 2008, sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), applicable à partir du 17 décembre 2009.

⁴ Sur ce sujet, voir : María Mercedes ALBORNOZ. *La loi applicable aux contrats internationaux dans les pays du Mercosur*. Thèse – Université Panthéon-Assas (Paris II), 2006. p. 63 et s.

confirme une tendance de changement dans la réalité latino-américaine, notamment en faveur de l'autonomie de la volonté en DIP.⁵

Une autre question préalable sur le sujet, avant d'entrer spécifiquement dans le régime et les modalités du choix de la loi applicable, concerne l'aspect international du contrat. Il s'agit d'une condition pour la liberté de choisir la loi applicable aux contrats. Une clause de loi applicable dans un contrat qui ne présente des liens qu'avec un seul pays ne sera pas valable. Mais comment distinguer un contrat international d'un contrat national ?

Pour répondre à cette question, il faut tenir en compte l'affectation au commerce international, c'est-à-dire les situations qui mettent en jeu les intérêts du commerce international. La conception de « contrat international » comporte deux définitions majeures : un contrat économiquement international ; et un contrat juridiquement international.

La définition de contrat international comme un « contrat juridiquement international » a l'avantage d'une plus grande sécurité juridique puisque ces situations sont plus facilement aperçues. Ainsi, il suffirait d'avoir un élément d'extranéité dans le contrat : domicile d'un des contractants, lieu de conclusion, lieu d'exécution – pour donner quelques exemples. Néanmoins, certains éléments d'extranéité ne donnent pas forcément un caractère international au contrat. Un exemple serait un contrat entre Français, d'exécution en France, signé par hasard en Italie. Il faut donc que ce soit un élément significatif d'extranéité pour empêcher la fraude dans le commerce international.

Dans le domaine spécifique des contrats de distribution, le caractère international sera évident lorsque les contractants exercent leurs activités dans différents pays, ou lorsque la distribution du bien ou du service ou le paiement du prix sont liés à plus d'un pays. Cependant, dans plusieurs situations les réponses ne seront pas aussi claires. Sur ces situations, URQUIZA nous donne l'exemple d'un contrat de distribution conclu par un fournisseur à travers sa succursale située dans le même pays que celui du distributeur.⁶ Dans des situations comme celles-ci une analyse pour trouver la bonne réponse, notamment sur le caractère international du contrat de distribution sera demandée.

Le Règlement Rome I ne fait pas expressément référence à la définition de contrat international. La disposition la plus proche de ce sujet se trouve dans l'Art. 3.3. :

Art. 3.3. Lorsque tous les éléments de la situation sont localisés au moment de ce choix dans un pays autre que le pays dont la loi est choisie, le choix des parties ne doit pas porter atteinte à l'application des dispositions auxquelles la loi de ce pays ne permet pas de déroger par accord.

D'ailleurs, cette disposition est critiquable, d'une part, puisqu'elle n'éclaire pas la notion de « contrat international » et, d'autre part, puisqu'elle mélange cette notion avec le concept de lois de police.

⁵ Cfr. Naiara POSENATO. « O princípio da autonomia da vontade na Convenção do México de 1994 ». In: *Contratos internacionais: tendências e perspectivas*. Org.: Naiara Posenato. Ijuí : Unijuí, 2006. p. 19-85.

⁶ Cristina Pellisé de URQUIZA. *Los contratos de distribución comercial – problemas de derecho internacional privado en la Comunidad Europea*. Barcelona : Bosch, 1999. p. 175.

Nous passons à l'analyse concrète du choix de la loi applicable aux contrats internationaux de distribution. D'abord, les modalités de choix (I), ensuite le moment du choix (II), et finalement l'objet du choix (III). Toutes ces situations peuvent poser d'importantes problématiques juridiques dans le cadre des contrats internationaux de distribution, surtout au niveau d'un réseau de distribution et lors de l'existence d'un contrat-cadre et des contrats d'application.

I) LES MODALITES DE CHOIX

Les modalités de choix sont définies au deuxième tiré de l'Art. 3.1. du Règlement Rome I qui dispose : « Art. 3.1. (...). Le choix résulte expressément ou clairement des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. ». Le choix de la loi applicable pourra être donc soit exprès (A) soit tacite (B).

A) LE CHOIX EXPRES

Le choix exprès s'agit d'un choix net, normalement fait par la voie d'une clause contractuelle de loi applicable. Dans ces hypothèses, la volonté des parties est explicite et doit prévaloir de la manière la plus classique.

Le choix du droit applicable se fait habituellement par désignation de la loi applicable, appelée également d'*electio juris*. En outre, il peut se faire par exclusion, c'est-à-dire par une clause dénommée *exclusio juris*.

Le choix exprès, cependant, ne pose pas de problèmes juridiques importants puisque le choix est explicite. Il vaut également pour les hypothèses d'un contrat-cadre et d'un contrat d'application qui prévoient expressément le droit applicable.⁷

B) LE CHOIX TACITE

Les circonstances peuvent également révéler une volonté, tacite mais certaine, de désigner une certaine loi pour régir le contrat. Cette disposition démontre en outre le souhait d'accorder la place la plus large possible à la volonté des parties. Dans ces cas, les problématiques sont nombreuses.

Est-ce que la référence dans le contrat à des articles d'une législation étatique peut-elle signifier un choix tacite de loi applicable ? Est-ce que le lien avec un contrat antérieur entre les mêmes parties, du même type, et qui comporterait quant à lui un choix exprès de loi applicable, suffirait à ce propos ? En matière de contrats de distribution, est-ce qu'une clause de loi applicable présente dans le contrat-cadre serait extensive aux contrats d'application ? Et *quid iuris* du contraire, c'est-à-dire une extension de la clause de loi applicable d'un contrat d'application au contrat-cadre au cas où il n'a rien prévu à cet égard ?

Le Règlement Rome I indique que le choix « résulte expressément ou clairement des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause ». Les mots utilisés laissent la porte ouverte pour l'interprétation des opérateurs du Droit, ce qui gère une insécurité

⁷ La problématique concernant la pluralité des droits applicables (dépeçage) sera analysée ci-dessous dans la partie relative à l'objet du choix, notamment au choix d'une pluralité des/de ?? droits.

juridique au sein des contrats internationaux qui n'ont pas un choix explicite de droit applicable.

Dans le cadre des réseaux de distribution, surtout dans les cas où il existe un contrat-cadre et un ou plusieurs contrats d'application, nous pouvons nous demander sur l'extension d'un choix exprès de loi applicable d'un contrat à l'autre. Ladite extension pourrait-elle être considérée un choix tacite ? Nous imaginons un contrat-cadre avec une clause de loi applicable, par exemple de droit français. Le contrat d'application dans un autre pays, le Brésil par exemple, ne contenant pas une clause exprès de loi applicable, sera-t-il régi par le droit français ?

La réponse n'est pas évidente bien que dans l'exemple donné il semblerait raisonnable de considérer un choix tacite de la loi française puisque le contrat-cadre l'avait choisi expressément.

Faisant référence au rapport des commentateurs officiels de la Convention de Rome, CHERRADI est favorable à cette possibilité :

Il semble que l'extension de la loi choisie par les parties dans le contrat cadre aux contrats d'application soit possible. Mais c'est au titre de la volonté des parties. La clause d'*electio juris* serait un indice fort du choix des parties quant à la loi applicable au contrat satellite mais ne lierait pas le juge : on ne peut étendre de facto les effets de la clause sans porter atteinte à l'effet relatif des contrats.⁸

Néanmoins, que dirait-t-il de l'inverse, c'est-à-dire de l'extension d'un choix exprès prévu dans un contrat d'application à un contrat-cadre silencieux sur cette question ? Ou même l'extension latérale, c'est-à-dire d'un contrat d'application à l'autre ? Même si du point de vue pratique il serait plus difficile d'imaginer ces situations, la question reste importante et pertinente.

Dans ces cas, il nous semble que l'extension est plus difficile, n'étant pas conforme à l'exigence légale du Règlement Rome I, notamment que le choix doit résulter expressément ou « clairement des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause ». Dans le même sens, CHERRADI :

Si on ne peut déterminer la prestation caractéristique de l'accord-cadre (comme cela arrive souvent en pratique), le choix de la loi applicable au contrat d'exécution jouera au mieux le rôle d'un indice dans la recherche de la localisation du contrat de base par le juge.⁹

Enfin, pour l'extension, soit verticale (contrat-cadre à contrat d'application ; ou vice-versa) soit latérale (contrat d'application à contrat d'application) d'un choix exprès d'un contrat à un choix tacite d'un autre contrat silencieux, il n'en reste donc autre solution que l'analyse cas par cas, tenant compte de toutes les circonstances juridiques et économiques liées à l'affaire de la distribution en l'espèce.¹⁰

⁸ Cfr. Mohammed Lamhamedi CHERRADI. *Le contrat cadre en droit international*. Mémoire – Université de Bourgogne, 2006. Section II.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Sur cette question *vide* : Cristina Pellisé de URQUIZA. *Los contratos de distribución comercial – problemas de derecho internacional privado en la Comunidad Europea*. *op. cit.* p. 188, note de page n° 39.

II) LE MOMENT DU CHOIX

Il n'existe pas un moment déterminé pour que le choix de la loi applicable, tacite ou expressément, soit fait par les parties. Conformément au Règlement Rome I :

Art. 3.2. Les parties peuvent convenir, à tout moment, de faire régir le contrat par une loi autre que celle qui le régissait auparavant soit en vertu d'un choix antérieur selon le présent article, soit en vertu d'autres dispositions du présent règlement. Toute modification quant à la détermination de la loi applicable, intervenue postérieurement à la conclusion du contrat, n'affecte pas la validité formelle du contrat au sens de l'article 10 et ne porte pas atteinte aux droits des tiers.

Ainsi, le moment du choix peut se faire soit à la conclusion du contrat (A) soit à un moment postérieur (B).

A) LE CHOIX AU MOMENT DE LA CONCLUSION DU CONTRAT

En règle générale, le choix de la loi applicable est fait au moment de la conclusion du contrat. Du point de vue pratique, ce choix est fait par la voie d'une clause de loi applicable présente au contrat international de distribution.

Une implication importante concerne les conditions de validité du contrat et le consentement des parties. Le Règlement Rome I apporte une contribution :

Art. 10. Consentement et validité au fond. 1. L'existence et la validité du contrat ou d'une disposition de celui-ci sont soumises à la loi qui serait applicable en vertu du présent règlement si le contrat ou la disposition étaient valables.

Ainsi, le contrôle des conditions de validité et du consentement, qui sont analysés lors de la formation du contrat, sera réalisé également par rapport à la loi applicable au moment de la conclusion du contrat.

B) LE CHOIX POSTERIEUR A LA CONCLUSION DU CONTRAT

Le choix pourra cependant être fait également à un moment postérieur à la conclusion du contrat. Évidemment, le choix qui survient après la conclusion du contrat emporte un changement de la loi applicable à celui-ci. La liberté donnée aux parties de choisir postérieurement la loi qui sera appliquée à leurs relations n'est qu'une réaffirmation du principe de l'autonomie de la volonté.

La problématique majeure concerne les effets rétroactifs ou non-rétroactifs de la loi choisie pendant la phase d'exécution du contrat, surtout quant aux conditions formelles de validité du contrat et du consentement initial des parties. La tendance de la majorité semble d'être en faveur de la rétroactivité des ces effets.¹¹ C'est-à-dire qu'un contrat qui est né valide peut, à cause d'une soumission postérieure à une nouvelle loi, devenir nul.

III) L'OBJET DU CHOIX

¹¹ Cfr. María Mercedes ALBORNOZ. *La loi applicable aux contrats internationaux dans les pays du Mercosur*. Thèse – Université Panthéon-Assas (Paris II), 2006. p. 179 et s.

Plusieurs options sont possibles lorsque nous étudions l'objet du choix de la loi applicable. Excluant la possibilité d'un contrat « sans loi » régi seulement par ses propres dispositions contractuelles, nous pouvons apercevoir comme objet un droit, qui pourrait se revêtir ou non de la forme d'une « loi » proprement dite.

D'abord, nous envisagerons le choix d'un droit unique, soit étatique soit non-étatique (A) pour ensuite penser à la complexe question de la pluralité des droits applicables, appelée « dépeçage » par la doctrine internationaliste (B).

A) LE CHOIX D'UN DROIT UNIQUE

L'objet du choix est normalement un droit étatique. Ainsi, il est fréquent une clause disant que le contrat est soumis au droit d'un pays déterminé, le droit français par exemple.

Cependant, il est possible également, et d'ailleurs il est de plus en plus fréquent, que les parties élègissent un droit non-étatique pour régir leur contrat. La *lex mercatoria*, les Principes UNIDROIT et les Principes européens du droit des contrats ne sont que les exemples le plus illustratifs de cette nouvelle tendance.

B) LE CHOIX D'UNE PLURALITE DE DROITS

Une situation plus difficile, et intéressante, est celle d'analyser la possibilité de soumettre les contrats internationaux à une pluralité de lois ou droits, ce que la doctrine internationaliste appelle de « dépeçage ». Selon LAGARDE, le dépeçage « désigne l'application de règles de pays différents aux différents éléments d'une même situation juridique ».¹²

Lorsque nous parlons du choix d'une pluralité des droits appliqués à un même contrat international, nous faisons référence au « dépeçage substantiel » puisque la doctrine fait une distinction entre le « dépeçage conflictuel » et le « dépeçage substantiel ».¹³ Le premier concerne la pluralité des droits que le système de Droit international privé lui-même peut faire régir la capacité des parties, la substance, la forme, l'exécution du contrat, créant une situation de « conflit de lois ». Le deuxième concerne l'option donnée aux parties de soumettre les différentes parties de leur contrat à différents droits.

Donc, s'agissant du « dépeçage substantiel » qui est l'objet de notre étude, le Règlement Rome I est favorable à l'idée, l'admettant dans les termes suivants : « Art. 3. Liberté de choix. (...). Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat ». Selon URQUIZA, la pluralité des lois peut exister par la volonté directe des parties en application du principe de l'autonomie, ou par l'initiative du juge en application du principe de proximité.¹⁴

¹² Cfr. Paul LAGARDE. « Le dépeçage dans le droit international privé des contrats ». *Revista di diritto internazionale privato e processuale*. Padova, 1975.

¹³ Cfr. Nádia de ARAÚJO. « A autonomia da vontade nos contratos internacionais – Direito brasileiro e países do Mercosul : considerações sobre a necessidade de alterações no Direito Internacional Privado Obrigacional do Bloco ». *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. vol. 17. Porto Alegre, 1999. p. 225-234.

¹⁴ Cristina Pellisé de URQUIZA. *Los contratos de distribución comercial – problemas de derecho internacional privado en la Comunidad Europea*. op. cit. p. 188, note de page n° 39.

BIBLIOGRAPHIE

ALBORNOZ, María Mercedes. *La loi applicable aux contrats internationaux dans les pays du Mercosur*. Thèse – Université Panthéon-Assas (Paris II), 2006.

ARAÚJO, Nádia de. « A autonomia da vontade nos contratos internacionais – Direito brasileiro e países do Mercosul : considerações sobre a necessidade de alterações no Direito Internacional Privado Obrigacional do Bloco ». *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. vol. 17. Porto Alegre, 1999.

CHERRADI, Mohammed Lamhamedi. *Le contrat cadre en droit international*. Mémoire – Université de Bourgogne, 2006.

LAGARDE, Paul. « Le dépeçage dans le droit international privé des contrats ». *Revista di diritto internazionale privato e processuale*. Padova, 1975.

POSENATO, Naiara. « O princípio da autonomia da vontade na Convenção do México de 1994 ». In: *Contratos internacionais: tendências e perspectivas*. Org.: Naiara Posenato. Ijuí : Unijuí, 2006.

RANOUIL, Véronique. *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*. Paris : Presses Universitaires de France, 1980.

STRENGER, Irineu. *Da autonomia da vontade : direito interno e internacional*. 2^{ème} éd. São Paulo : LTr, 2000.

URQUIZA, Cristina Pellisé de. *Los contratos de distribución comercial – problemas de derecho internacional privado en la Comunidad Europea*. Barcelona : Bosch, 1999.