

## La référence au droit international ne peut valoir choix d'une loi pour régir les relations contractuelles

**Mots clés** | Contrat – Représentation commerciale – Choix de la loi – Référence au droit international – Choix inopérant

Cour de cassation (Civ. 1<sup>re</sup>), 17 mai 2017, n° 15-28.767

*Viola l'article 3 du Code civil l'arrêt qui, pour constater la prescription de l'action et déclarer les demandes irrecevables, retient que les parties ont entendu soumettre leur contrat au droit international, alors que la référence au droit international ne pouvait valoir choix d'une loi pour régir les relations contractuelles (1).*

**M. X. c/ Isoplus Fernwarmetechnik**

LA COUR : – Sur le moyen unique, pris en sa seconde branche : – Vu l'article 3 du Code civil ; Attendu, selon l'arrêt attaqué, que, par contrat du 5 juillet 1991, la société de droit autrichien Isoplus Fernwarmetechnik (la société Isoplus) a conclu avec M. X un accord de représentation commerciale exclusive sur le territoire italien, par lequel elle l'a chargé de vendre « en son nom tous ses produits sur le territoire italien » ; que des difficultés étant nées de l'exécution du contrat, M. X a assigné la société Isoplus devant les juridictions italiennes en réparation de son préjudice ; que celles-ci se sont déclarées incompétentes, par référence à la clause stipulée à l'article 8 de l'additif au contrat, attribuant compétence au tribunal de Strasbourg ; que M. X a alors saisi le tribunal de grande instance de cette ville ;

Attendu que, pour constater la prescription de l'action et déclarer les demandes de M. X irrecevables, l'arrêt retient que les parties ont entendu soumettre leur contrat au droit international ; Qu'en statuant ainsi, alors que la référence au droit international ne pouvait valoir choix d'une loi pour régir les relations contractuelles, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

*Par ces motifs*, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur la première branche du moyen : – Casse et annule, sauf en ce qu'il déclare recevable l'appel de M. X, l'arrêt rendu le 12 novembre 2014, entre les parties, par la Cour d'appel de Colmar ; remet, en conséquence, sauf sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la Cour d'appel de Paris ;

Du 17 mai 2017 – Cour de cassation (Civ. 1<sup>re</sup>) – Pourvoi n° 15-28.767 – M<sup>me</sup> Batut, prés. – M. Occhipinti, SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer, av.

(1) Malgré l'intérêt soutenu qu'elle suscite en doctrine, la question de l'étendue de la liberté de choix du droit applicable à un contrat international donne lieu, devant le juge étatique, à un contentieux relativement peu abondant. Pareil décalage entre théorie et pratique s'explique sans doute par une certaine standar-

disation des clauses d'*electio juris*, qui désignent dans la grande majorité des hypothèses la loi d'un État.

L'intérêt de l'arrêt rapporté, dont on peut regretter l'absence de publication, tient précisément au fait que les parties avaient, si du moins l'on en croit les juges

du fond, fait montre d'originalité et déroge à l'usage consistant à désigner une loi étatique en tant que *lex contractus*.

Le litige trouve son origine dans un contrat « de représentation commerciale exclusive » conclu le 5 juillet 1991, aux termes duquel la société de droit autrichien Isoplus a chargé un certain M. Piccoli de vendre « en son nom tous ses produits sur le territoire italien ».

Considérant que la société Isoplus l'empêchait d'exécuter correctement ce contrat, M. Piccoli l'a assignée devant les juridictions italiennes en réparation de son préjudice. L'affaire a été portée jusqu'à la Cour de cassation italienne laquelle a, par un arrêt du 24 novembre 2003 rendu en chambres réunies, déclaré les juridictions italiennes incompétentes. Elle s'est fondée, à cet effet, sur une clause stipulée à l'article 8 de l'additif au contrat, suivant laquelle « en cas de litige éventuel, le tribunal compétent sera celui de Strasbourg conformément au code de droit international ».

Cinq ans plus tard, M. Piccoli a saisi le Tribunal de grande instance de Strasbourg, non sans avoir au préalable tenté de trouver une issue amiable au litige qui l'opposait à Isoplus.

Au terme d'un raisonnement passablement tortueux, les premiers juges ont considéré que l'action de M. Piccoli était prescrite. Pour en arriver là, ils se sont d'abord efforcés de qualifier le contrat litigieux, et ont opté pour la concession de vente, de préférence à l'agence commerciale. Restait alors à identifier la loi applicable au contrat, ce qui passait, selon les magistrats strasbourgeois, par l'éviction de la clause de choix mentionnée à l'annexe italienne du contrat. Ladite clause faisait en effet référence au « code de droit international », or un tel code « n'a pas vocation à s'appliquer faute d'existence ». Aussi convenait-il de privilégier la version allemande de l'accord, qui faisait foi selon l'ordonnance du juge de la mise en l'état, et prévoyait

l'application du « droit international » et non du « code de droit international ». D'après le tribunal, les parties avaient, par ce choix, « entendu soustraire l'application du contrat et les litiges pouvant en découler au droit national d'une des parties, que ce soit le droit autrichien ou le droit italien, au profit du droit international ». S'agissant plus précisément d'un contrat de concession de vente, il y avait lieu de se référer aux « règles internationales » régissant « la vente de marchandises » et plus spécialement à « la Convention de New York et [au] protocole de Vienne visés par la société Isoplus, peu important que ces conventions n'aient pas été ratifiées par les pays concernés en l'espèce (Autriche et Italie), les parties ayant été libres de choisir ce droit pour régir leur contrat ». Or en vertu des articles 8 et 17 de la Convention de New York, telle qu'amendée par le protocole de Vienne, M. Piccoli disposait d'un an à compter de la fin de la procédure italienne, en 2003, pour saisir les juridictions françaises. N'ayant introduit sa demande devant le tribunal de Strasbourg qu'en octobre 2008, son action se trouvait donc prescrite.

Pas une étape du cheminement ainsi suivi par les juges strasbourgeois ne paraissait devoir échapper à la critique. Ceci ne l'a pourtant pas empêché de recueillir l'approbation quasi sans réserve de la Cour d'appel de Colmar : selon celle-ci, c'est « par des motifs exacts et pertinents » que le jugement déféré, après avoir justement qualifié de concession de vente le contrat litigieux, « en a déduit que le droit applicable était le droit international et notamment les articles 8 et 17 de la Convention de New York sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises modifiée par le protocole de Vienne du 11 avril 1980, et que l'action de M. Piccoli était prescrite ».

Approuvée par les juges du second degré, la solution adoptée en première instance n'a toutefois, et c'est heureux, pas exercé la même séduction sur la première chambre civile : statuant au

visa de l'article 3 du Code civil, celle-ci casse la décision entreprise au motif que « la référence au droit international ne pouvait valoir choix d'une loi pour régir les relations contractuelles ».

La censure ainsi prononcée était inéluctable : non seulement le contrat litigieux était-il sans « loi » (II), mais il était d'abord, et avant toute chose, sans « droit » (I).

## I – Un contrat sans droit

En confirmant le jugement de première instance, l'arrêt d'appel s'est approprié des motifs éminemment discutables.

Les premières difficultés concernent la méthode suivie par les juges strasbourgeois aux fins de qualifier le contrat litigieux. Nul n'ignore en effet que la qualification s'opère *lege fori*, ainsi que la Cour de cassation l'a solennellement affirmé dans l'arrêt *Caraslanis* (Civ. 1<sup>re</sup>, 22 juin 1955, Rev. crit. DIP 1955. 723, note Batiffol ; D. 1956. 73, note Chavrier ; Journal des juristes hellènes 1956. 217, note Francescakis ; GADIP n° 27). On comprend mal, dans ces conditions, pourquoi le tribunal de Strasbourg a jugé bon, pour qualifier le contrat, de se référer non seulement à la définition de l'agent commercial retenue par l'article L. 134-1 du Code de commerce français, lui-même issu de la transposition de la directive du 18 décembre 1986 sur les agents commerciaux, mais encore à la conception italienne de l'agence commerciale, énoncée à l'article 1742 du Code civil italien. Cet aspect du jugement est d'ailleurs discrètement gommé par la cour d'appel, qui approuve les premiers juges de s'être référés à l'article L. 134-1 alinéa 1<sup>er</sup> du Code de commerce pour définir l'agent commercial, après avoir cependant fait remarquer que la définition de l'agent commercial est, depuis l'adoption de la directive du 18 décembre 1986, « identique dans tous les pays européens qui l'ont transposé[e] dans leur droit interne, et notamment en France ». Il n'y a toutefois pas là l'embryon d'une justification, même implicite, à l'application du droit

italien pour qualifier le contrat : que la transposition italienne de la directive de 1986 ait ou non abouti à des résultats identiques à ceux issus de la transposition française, seule celle-ci importe pour le for français, dès lors du moins qu'elle n'est pas contraire à la directive dont elle procède.

Outre la qualification retenue, c'est le lien tracé par la cour d'appel – lien qui d'ailleurs ne transparait pas aussi clairement dans le jugement de première instance –, entre ladite qualification et l'identification de la *lex contractus* qui interroge. Selon la cour d'appel en effet, le jugement déferé aurait à juste raison « déduit » de l'éviction de la qualification d'agence commerciale, en faveur de celle de concession de vente, que le droit applicable était « le droit international ». Pourtant, dès lors que la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaire et à la représentation n'était, en toute hypothèse, pas applicable *ratione temporis* (ne s'appliquant en effet, devant le for français, qu'aux contrats conclus après le 1<sup>er</sup> mai 1992), il importait peu, sous l'angle de la détermination de la *lex contractus*, que l'on se soit trouvé en présence d'un contrat d'agence commerciale ou de concession de vente. Dans les deux cas en effet, la détermination de la loi applicable, et partant la faculté offerte aux parties de faire régir leur contrat par le « droit international », auraient dû être examinés à l'aune de la Convention de Rome du 19 juin 1980, applicable aux contrats conclus après le 1<sup>er</sup> avril 1991.

De cette dernière, on ne trouve toutefois trace à aucune étape de la procédure : ni dans le jugement de première instance, ni dans l'arrêt d'appel, ni même, et c'est plus étonnant, dans l'arrêt de la Cour de cassation.

À l'analyse des règles posées en la matière par la Convention de Rome, les premiers juges ont ainsi préféré l'interprétation de la clause d'*electio juris* elle-même, sans d'ailleurs préciser les règles de droit international privé qui, d'après eux, la régissaient.

L'examen de la clause de choix de lois les a conduits, comme on l'a rappelé de manière liminaire, à considérer que les parties avaient entendu soumettre leur contrat au « droit international », et plus spécialement à la Convention de New York sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises du 14 juin 1974, telle que modifiée par le Protocole de Vienne du 11 avril 1980.

L'interprétation ainsi donnée à la volonté des parties apparaissait pourtant bien divinatoire.

On peut d'abord, à la lecture de l'arrêt d'appel, éprouver quelque doute sur l'existence même d'une clause d'*electio juris* dans le contrat litigieux. L'article 8 de l'additif au contrat, seul mentionné par la cour d'appel, stipulait en effet qu'« en cas de litige éventuel, le tribunal compétent sera celui de Strasbourg conformément au code de droit international ». À supposer que les premiers juges se soient fondés sur une clause analogue à celle-ci, stipulée dans la version allemande, la *lex contractus* aurait été déduite non d'une clause d'*electio juris*, pas d'une clause d'élection de for. La référence au « code de droit international », dans la version italienne, ou au « droit international », dans la version allemande, aurait en effet eu pour seul objet de désigner la loi applicable à la clause attribuant compétence au for strasbourgeois. Abstraction faite du point de savoir si les parties peuvent

ainsi choisir la loi applicable à la validité d'une clause d'élection de for relevant, comme en l'espèce, du règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000 dit « Bruxelles I » (toutes les conditions étant en effet réunies pour que ce règlement s'applique : action en justice intentée en matière civile et commerciale après le 1<sup>er</sup> mars 2002, la clause d'élection de for désignant un for d'un État membre et l'une des parties au moins étant domiciliée sur le territoire d'un État membre), il paraît impossible de déduire d'une telle clause le droit applicable au contrat. La clause d'élection de for est, on le sait, séparable du contrat qui la renferme, au point d'ailleurs que la Convention de Rome et le règlement Rome I l'ont expressément exclue de leur champ d'application (v. Conv. Rome, art. 1.2d et règl. Rome I, art. 1.2<sup>e</sup>). Certains auteurs soutiennent certes que le droit choisi pour régir le contrat pourrait s'appliquer à la validité de la clause d'élection de for. L'inverse ne saurait toutefois être soutenu : en visant la seule clause d'élection de for, les parties n'ont pu, fût-ce implicitement, soumettre l'entière du contrat au droit choisi. Quant à un choix tacite du droit applicable, déduit de la clause d'élection de for, il pourrait éventuellement se fonder sur l'identité du juge saisi mais non sur le droit choisi pour régir la clause : *qui elegit iudicem elegit jus*. Aussi aurait-il été à la rigueur concevable de déduire du choix exprès du juge strasbourgeois celui, tacite, du droit français. Pareille déduction aurait néanmoins elle-même été contestable : comme le rappelle le considérant 12 du règlement Rome I, le choix du juge compétent peut tout au plus constituer un indice, parmi d'autres, de détermination du droit applicable au contrat.

Il n'est en somme pas à exclure que l'entier raisonnement des juges du fond ait été échafaudé à partir d'une clause de choix de loi en réalité inexistante.

Quand bien même le contrat aurait bel et bien comporté une clause d'*electio juris* distincte de la clause d'élection de

for seule évoquée dans l'arrêt d'appel, l'analyse adoptée par les premiers juges, et reprise par la cour de Colmar, n'en demeurerait pas moins curieuse.

On ne peut, à ce propos, que souscrire au constat des premiers juges suivant lequel la référence, dans la version italienne du contrat, à l'application du « code de droit international », ne saurait produire effet : faute d'exister, ce code ne pouvait effectivement pas s'appliquer au contrat. Il est toutefois regrettable que ce constat, marqué du sceau du réalisme, n'ait pas été étendu au « droit international » visé par les parties.

S'il n'est pas niable en effet qu'il existe un droit international, public d'une part, et privé de l'autre, il est bien certain que les parties n'avaient à l'esprit ni l'un ni l'autre lorsqu'elles se sont référées, dans leur accord de représentation commerciale exclusive, au « droit international ».

Sans doute pensaient-elles alors davantage au droit du commerce international et aux principes qui l'irriguent. Toutefois, si le droit du commerce international existe en tant que matière, elle-même pourvue de ramifications multiples, il ne constitue certainement pas, en lui-même, une *lex contractus*.

Admettre le contraire requerrait de reconnaître l'existence d'une *lex mercatoria* des contrats internationaux, secrétée par une communauté internationale de marchands formant l'ordre juridique de la *societas mercatorum*. Il a pourtant été montré que ce prétendu ordre juridique de la *societas mercatorum* n'existait pas (v. en particulier, P. Lagarde, Approche critique de la *lex mercatoria*, in *Études offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1982, p. 125 s., spéc. p. 135 s ; P. Mayer, Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé. Cours général de droit international privé, *RCADI*, t. 327, 2007, p. 64 s. n° 46 s.), et que la *lex mercatoria* à laquelle elle aurait donné

naissance ne disait « pratiquement rien sur rien » (P. Mayer, L'arbitre et la loi, in *Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 225 s., spéc. p. 236). Quoi qu'en ait pu dire la Cour de cassation (Civ. 1<sup>re</sup>, 22 oct. 1991, *Valenciana*, Rev. crit. DIP 1992. 113, note Oppetit ; Rev. arb. 1992. 457, note Lagarde), elle n'est que le vêtement sous lequel les arbitres dissimulent des décisions empruntant davantage à l'équité qu'au droit (v. à ce sujet, J.-D. Bredin, À la recherche de l'« *aequitas mercatoria* », in *Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 109 s.).

Il s'ensuit que, même comprise comme une référence à la *lex mercatoria*, la mention du « droit international » aurait dû se voir réserver le même traitement que celle du « code de droit international » : son objet étant inexistant, elle n'aurait pas dû déployer le moindre effet.

Tel n'a pas été l'avis des juges du fond, qui ont choisi de donner effet à cette clause, et en ont inféré l'application de la Convention de New York du 14 juin 1974 sur la prescription. L'inclusion de cette Convention au sein du « droit international » choisi par les parties s'avère néanmoins, elle aussi, difficile à justifier. Même si l'on adopte, pour les besoins de la cause, un point de vue favorable à l'existence du « droit international » mentionné par les parties, il y a tout lieu de croire que celui-ci recouperait pour l'essentiel un droit spontané des marchands. C'est en effet ainsi que la *lex mercatoria* avait été initialement conçue par Berthold Goldman (v. son article fondateur : *Frontières du droit et lex mercatoria*, Arch. Phil. dr. 1964. 177 ; aj. sur le caractère de droit spontané de la *lex mercatoria*, P. Lagarde, Approche critique de la *lex mercatoria*, préc., spéc. n° 7 s.). Or la Convention de New York de 1974 n'a strictement rien d'un droit spontané, créé par et pour les opérateurs du commerce international.

Il existe certes, à côté de la conception initiale de la *lex mercatoria*, une accep-

tion plus récente et élargie de celle-ci, qui d'après Berthold Goldman lui-même, rassemblerait « Principes généraux du droit international public ou privé, ou spécifiquement économique ; conventions internationales ; lois étatiques nationales ou uniformes ; règlements d'arbitrage ; codifications professionnelles ; contrats types ; règles coutumières ou usages non codifiés ; jurisprudence étatique ou arbitrale » (Nouvelles réflexions sur la *Lex Mercatoria*, in *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 241). Il n'est cependant pas certain que la Convention de New York de 1974 puisse trouver sa place dans cet inventaire à la Prévert. Rien ne justifie en effet le rattachement de celle-ci, pas plus d'ailleurs que celui d'une quelconque convention internationale, à la prétendue *societas mercatorum* ou à son droit (en ce sens P. Mayer, cours préc., spéc. n° 49 ; et déjà, P. Lagarde, article préc., spéc. n° 7). On ne peut même pas se fonder sur le succès qu'elle aurait rencontré auprès des opérateurs du commerce international, des États, et des arbitres, pour y déceler une source effective et primordiale du droit du commerce international. Malgré la faveur dont elle paraît jouir ces derniers temps chez certains juges du fond (v. censurant un arrêt de la Cour d'appel de Paris ayant, déjà, appliqué à tort la Convention de New York, Com. 21 juin 2016, n° 14-25.359, D. 2016. 1431 ; *ibid.* 2017. 613, obs. Cl. Witz ; *ibid.* 1011, obs. H. Gaudemet-Tallon ; AJ Contrat 2016. 431, note D. Sindres ; RTD com. 2016. 583, obs. P. Delebecque), la Convention de New York ne saurait en effet, de ce point de vue, être confondue avec la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises du 11 avril 1980 : même si elles avaient, dans l'esprit de leurs rédacteurs, vocation à jouer de concert, l'indéniable succès rencontré par la Convention de Vienne ne s'est, pour l'heure, pas véritablement propagé à la Convention de New York (Tandis que la CVIM a été ratifiée

par 86 États, et a notamment remporté un vif succès auprès des États européens – exception faite du Royaume-Uni, du Portugal et de Malte –, 30 États sont parties à la Convention de New York, dont 23 ont adhéré au protocole de Vienne. Parmi ces États figurent de surcroît peu de pays européens). Dans ces conditions, ranger cette dernière au sein de la *lex mercatoria* ne ferait qu'accroître l'indétermination qui caractérise celle-ci : si une convention internationale peu ratifiée et peu appliquée devait en faire partie, pourquoi en irait-il autrement d'autres conventions, y compris de celles portant sur la même matière ? À suivre cette pente, le droit international des marchands se composerait alors de toutes les conventions internationales, ratifiées ou non, effectives ou non, aptes à régir les opérations du commerce international – qu'il faudrait d'ailleurs définir. Resterait alors à résoudre les contradictions éventuelles entre toutes ces conventions, en nombre indéterminé.

On s'explique d'autant moins en l'espèce, si ce n'est peut-être par le prisme de l'équité, la décision des juges du fond de rattacher la Convention de New York au « droit international » prétendument choisi par les parties, que le contrat litigieux ne relevait en toute hypothèse ni du domaine spatial de la Convention (v. art. 3.1a et 3.1b. Ces conditions d'application ne lient certes pas la France, faute pour celle-ci d'avoir ratifié la Convention de New York. À l'instar de la CVIM, la Convention de New York peut toutefois être considérée comme faisant partie du droit commun de la vente internationale de marchandises dans les États l'ayant ratifiée, en sorte qu'elle devrait être appliquée par le juge français si la loi désignée pour régir le contrat est celle d'un État partie à la convention), ni de son champ matériel. Ce dernier est, on le sait, calqué sur celui de la Convention de Vienne, et épouse donc les contours de la vente internationale de marchandises. Pas plus que la Convention de

Vienne, la Convention de New York n'a donc vocation à régir les concessions de vente, qui sont des contrats cadre distincts des ventes conclues pour leur application.

Admettre l'application de la Convention de New York de 1974 au cas d'espèce avait en définitive tout d'une course d'obstacles. Sa mise en œuvre procédait en effet d'un choix de loi dont l'existence paraissait douteuse. Ce choix, à le supposer avéré, désignait le droit international, et aurait dès lors dû être considéré comme dépourvu d'objet, faute pour ce droit d'exister. Même si l'existence de ce droit était reconnue, il serait difficile d'y ranger la Convention de New York, qui de toute façon n'incluait pas le contrat litigieux dans son champ d'application.

Pour surmonter ce dernier obstacle, il aurait sans doute fallu considérer que les parties avaient en réalité décidé, malgré l'imprécision de la clause d'*electio juris*, d'opérer un dépeçage de leur contrat, doublé d'une prorogation de la Convention de New York de 1974 au-delà de ses conditions spatiales et matérielles d'application. C'eût été cependant tirer fort loin la volonté de parties, alors qu'il n'est pas sûr qu'elles aient entendu faire régir leur contrat par le « droit international ». Il reste que, même ainsi soumis, pour ce qui concerne la prescription, aux règles de la Convention de New York de 1974, le contrat litigieux aurait été sans loi étatique. Un tel résultat n'aurait donc pu être admis : devant le juge étatique, seule la loi édictée par un État peut prétendre au statut de *lex contractus*.

## II – Un contrat sans loi

En affirmant que « la référence au droit international ne pouvait valoir choix d'une loi pour régir les relations contractuelles », la Cour de cassation paraît rappeler une solution bien acquise : devant un juge étatique, les parties ne peuvent élire, en tant que *lex contractus*, un droit non étatique.

Aussi, quand bien même elle est intervenue sur la seconde branche d'un moyen invoquant la nécessaire clarté du choix de la loi applicable, la censure prononcée s'explique sans doute davantage par l'absence de rattachement du droit choisi à un ordre juridique étatique que par les incertitudes consubstantielles à la mention du « droit international » en tant que *lex contractus*.

À cette aune, la solution aurait été la même si les parties avaient opté, de manière beaucoup plus claire qu'elles ne l'ont fait, pour un système de règles non étatiques tel que les Principes d'Unidroit, les Principes du droit européen des contrats, le Code Gandolfi, ou

tout autre code savant qui, au rebours du « droit international » ou de la *lex mercatoria*, est doté d'un contenu déterminable, et ne saurait voir son existence contestée.

Si la position adoptée par la première chambre civile était dès lors prévisible, une source d'étonnement réside cependant dans le visa sous lequel elle a été prononcée. L'article 3 du Code civil, seul mentionné, constitue certes le siège symbolique du droit international privé commun. Mais, précisément, le contrat litigieux ne relevait pas du droit commun. Eu égard à la date à laquelle il a été conclu, il aurait dû se voir appliquer la Convention de Rome du 19 juin 1980 (applicable aux contrats conclus après le 1<sup>er</sup> avril 1991, ce qui était le cas en l'espèce). Il convenait en revanche d'exclure l'application des conventions de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels et du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaire et à la représentation. La

première n'avait en effet guère vocation à s'appliquer à un accord de « représentation commerciale exclusive », dont la qualification avait certes été discutée devant les juges du fond, mais qui ne constituait probablement pas une simple vente. Quant à la seconde, elle n'aurait pu s'appliquer, et ce même si le contrat litigieux avait été qualifié non de concession de vente, mais de représentation ou d'agence commerciale : comme on l'a souligné plus haut, cette convention n'était, en tout état de cause, pas applicable *ratione temporis*.

L'application de la Convention de Rome ne faisant aucun doute en l'espèce, il n'aurait pas été incongru de la voir apparaître dans le visa, au côté de l'article 3 du Code civil. Aurait notamment pu être mentionné son article 3, qui consacre le principe d'autonomie.

En visant le seul article 3 du Code civil, la première chambre civile a peut-être entendu donner à son arrêt une large portée, incluant dans son orbite outre la Convention de Rome, le droit commun. Plusieurs considérations fragilisent toutefois une telle explication. Si la Haute juridiction avait entendu conférer à la solution un large rayonnement, elle aurait probablement choisi de publier sa décision. Ceci est d'autant plus vrai que le droit international privé commun n'est, s'agissant de la faculté pour les parties de choisir des règles non étatiques en tant que *lex contractus*, pas aussi clair qu'il n'y paraît. La présente affaire n'est, de ce point de vue, pas sans évoquer l'arrêt *Karkaba* (Com. 4 févr. 1992, Rev. crit. DIP 1992. 495, note P. Lagarde), qui avait vu la chambre commerciale admettre, sur la foi d'une clause *Paramount*, la prorogation de la Convention de Bruxelles du 25 août 1924 en matière de connaissance dans une hypothèse où elle n'était pas applicable de plein droit. Selon cet arrêt, la Convention de Bruxelles régissait le contrat litigieux à la manière d'une véritable *lex contractus*, et devait donc tenir en échec une clause par laquelle les parties avaient

entendu déroger au plafond de responsabilité impératif qu'elle instituait. Or puisque, comme le rappelle le considérant 13 du règlement Rome I (disposant en effet que « le présent règlement n'interdit pas aux parties d'intégrer par référence dans leur contrat un droit non étatique ou une convention internationale »), la prorogation d'une convention internationale non applicable de plein droit ne diffère pas fondamentalement du choix d'un système de règles non étatiques en tant que *lex contractus*, l'on pouvait s'interroger sur le sort que la Cour de cassation aurait, en droit international privé commun, réservé au choix d'un droit non étatique : n'aurait-elle pas été encline à lui faire produire effet, et à évincer, comme dans l'arrêt *Karkaba*, les clauses qui lui auraient été contraires ? Compte tenu de sa confidentialité, et en dépit du visa sous lequel il a été rendu, il est difficile de voir dans l'arrêt rapporté une réponse – négative – à cette interrogation fondamentale.

Sans doute faut-il dès lors se garder de conférer à l'arrêt rapporté une portée dont il est vraisemblablement dépourvu, et considérer l'absence de toute référence à la Convention de Rome comme un simple oubli. Celui-ci ne prêtait d'ailleurs pas à conséquence : la solution adoptée en l'espèce, suivant laquelle « la référence au droit international ne pouvait valoir choix d'une loi pour régir les relations contractuelles », aurait en effet parfaitement trouvé sa place dans le cadre tracé par la Convention de Rome. La restriction de la liberté de choix des parties aux lois étatiques ne peut certes pas s'inférer avec certitude de sa lettre : ce n'est en effet qu'en l'absence de choix que la Convention vise la loi d'un « pays » et non, comme la Convention de La Haye du 15 juin 1955 par exemple, en cas de choix (v. Conv. La Haye du 15 juin 1955, art. 2.1 : « la vente est régie par la loi interne du pays désigné par les parties contractantes »). Elle se déduit toutefois de son esprit, selon une doctrine autorisée (v. en particulier P. Lagarde, Le nouveau droit international privé des



contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980, Rev. crit. DIP 1991. 287 s., spéc. n° 19, p. 300 ; dans le même sens, F. Rigaux Examen de quelques questions laissées ouvertes par la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles, CDE 1988. 306 s. spéc. n° 14 s. p. 316-319 ; H. Gaudemet-Tallon, J.-Cl. Eur., fasc. 3201, v° Convention de Rome du 19 juin 1980 et règl. Rome I du 17 juin 2008, spéc. n° 5).

La limite ainsi apposée à la liberté de choix des parties a, au reste, été confirmée par le règlement Rome I (comp. D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2014, spéc. n° 896, pour qui le règlement Rome I aurait « finalement renoncé à se prononcer »), dont la version finale n'a pas repris la proposition faite par la Commission européenne d'élargir à des règles non étatiques la faculté de choix des parties (publiée en 2005, cette proposition comportait un article 3.2 aux termes duquel, « les parties peuvent également choisir comme loi applicable des principes et règles de droit matériel des contrats, reconnus au niveau international ou communautaire » [Document COM(2005) 650 final, 2005/0261 [COD]]). Aux termes du considérant 13, les parties peuvent tout au plus « intégrer par référence dans leur contrat un droit non étatique ou une convention internationale ». Cela signifie qu'il leur est loisible d'incorporer un tel droit dans leur contrat, et de ravalier ainsi les règles qu'il pose au rang de stipulations contractuelles. Il leur est en revanche interdit de le choisir en tant que loi du contrat. La discussion a certes, récemment encore, été ravivée par les Principes de La Haye du 19 mars 2015 sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux, sorte de convention modèle dont la disposition phare, prévue à l'article 3, préconise d'étendre le principe d'autonomie à des règles non étatiques (art. 3 – *Règles de droit* : « mes parties peuvent choisir, comme loi applicable au contrat, des

règles de droit généralement acceptées au niveau régional, supranational ou international comme un ensemble de règles neutre et équilibré, à moins que la loi du for n'en dispose autrement »). La condition, incluse dans cette disposition, suivant laquelle la *lex fori* devrait autoriser un tel choix, dénote cependant sa pusillanimité et la prive largement d'intérêt : dans les États qui viendraient à l'adopter, et dont le droit du for proscrit le choix d'un droit non étatique, ce choix demeurerait exclu, à moins que ces États n'en décident autrement à l'occasion de l'adoption des Principes eux-mêmes. Par conséquent, si l'Union européenne ratifiait ces Principes, sans revenir sur l'interdiction pour les parties, qui résulte en l'état du règlement Rome I, de soumettre leur contrat à un droit non étatique, l'article 3 des Principes de La Haye ne modifierait nullement l'état du droit sur cette question.

Si l'illicéité de la clause ne souffrait donc en l'espèce aucune discussion, une question demeure : confrontés à une telle clause de choix de loi, quelle position les juges du fond pourraient-ils adopter ?

Une première voie consisterait à considérer qu'il appartiendrait à la loi applicable à défaut de choix « de définir la place qu'elle consent à accorder aux règles non étatiques choisies par les parties » (P. Lagarde, *Le nouveau droit international privé des contrats...*, préc., spéc. p. 301). Cette proposition peut à son tour s'entendre de deux façons. Les règles non étatiques choisies par les parties pourraient, en premier lieu, être considérées comme incorporées dans le contrat et ramenées au rang de stipulations contractuelles. En tant que telles, elles ne s'appliqueraient qu'à la condition qu'elles ne contredisent pas les règles impératives de la loi objectivement applicable, et ne pourraient fonder l'annulation d'une clause du contrat qui leur serait contraire. Mais l'on pourrait aussi, en second lieu, admettre que les

règles non étatiques régissent le contrat, tout en étant elles-mêmes soumises à la loi objectivement applicable. Le droit non étatique choisi pourrait alors tenir en échec les clauses contraires du contrat, mais les règles de ce droit céderaient chaque fois qu'elles sont incompatibles avec les règles impératives de la loi applicable à défaut de choix.

Aucune de ces deux variantes n'est toutefois convaincante. La première, consistant à incorporer dans le contrat le droit choisi par les parties pour le régir, méconnaît la volonté des parties, qui entendaient se doter d'une *lex contractus* et non compléter les stipulations expresses du contrat par référence au droit choisi. La seconde, qui admet que le droit non étatique puisse régir le contrat, respecte davantage la volonté des parties, encore que celles-ci aient souhaité, par leur choix, éviter l'immixtion d'un droit étatique. Il est toutefois douteux que la Convention de Rome et le règlement Rome I permettent d'octroyer un tel rôle au droit non étatique : admettre qu'il puisse régir le contrat reviendrait en effet à l'ériger au rang de *lex contractus*, quand bien même cette *lex contractus* verrait son application subordonnée à son absence de contrariété avec le droit étatique objectivement applicable. À ces difficultés s'ajouteraient celles que poserait inmanquablement l'articulation des deux corps de règles (en ce sens, P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, 11<sup>e</sup> éd., LGDJ, spéc. n° 741). Faudrait-il considérer que le contrat est cumulativement régi par les deux systèmes de règles, ce qui entraverait drastiquement la liberté des parties ? En outre, à partir de quand dirait-on qu'une règle puisée dans le droit non étatique applicable est incompatible, ou porte atteinte, à une règle de la loi objectivement applicable ? Serait-ce notamment le cas chaque fois que la règle non étatique s'avère, sur un point donné, plus sévère que la loi applicable à défaut de choix ? Ou faudrait-il distinguer selon les cas

en ayant égard à l'esprit des deux droits en présence ?

Il existe, de surcroît, une raison propre à notre espèce de ne pas laisser le choix des parties produire un quelconque effet, y compris dans les limites tracées par la loi objectivement applicable : comme on l'a souligné plus haut, le « droit international » désigné par les parties s'avère dépourvu de toute consistance, à telle enseigne que son application ne refléterait que le sentiment d'équité, voire l'arbitraire, du juge saisi.

Il paraît préférable, dans ces conditions, de privilégier une seconde voie : tirant les conséquences du fait que les parties ont voulu l'impossible, la clause de choix d'un droit non étatique serait tout simplement réputée non écrite (P. Mayer et V. Heuzé, *op. et loc. cit.*). Le droit choisi n'aurait alors plus aucun titre à intervenir, et le contrat serait régi par la loi objectivement applicable, à l'exclusion de toute autre.

Au cas d'espèce, cette proposition soulèverait néanmoins une difficulté particulière, tenant à la nature du contrat litigieux. S'il s'agit bien, comme l'ont pensé les juges du fond, d'un contrat de concession de vente, il conviendrait de lui appliquer l'article 4 de la Convention de Rome, dont on sait qu'il pose une présomption en faveur de la loi de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique. La Cour de cassation avait naguère, dans plusieurs arrêts remarquables portant sur des contrats de distribution, interprété cette disposition comme désignant la loi de la résidence habituelle du fournisseur, tout en peinant à identifier l'obligation caractéristique : après avoir opté pour l'obligation de fourniture (V. not. Civ. 1<sup>re</sup>, 15 mai 2001, n° 99-17.132, Rev. crit. DIP 2001. 88, note P. Lagarde ; JDI 2001. 1123, note A. Huet ; D. 2002. 1397, note B. Audit ; JCP 2001. II. 10634, note J. Raynard ; RLDA févr. 2002, n° 2898, p. 5, note H. Kenfack ; LPA 30 mai 2002, note H. Chanteloup), elle avait finale-

ment privilégié l'exclusivité consentie au distributeur (Civ. 1<sup>re</sup>, 23 janv. 2007, n° 05-12.166, D. 2007. AJ. 511, obs. E. Chevrier ; *ibid.* 1575, note H. Kenfack ; *ibid.* Pan. 2571, note S. Bollée ; *ibid.* 2008. Pan. 1514, obs. F. Jault-Seseke ; JCP 2007. II. 10074, note T. Azzi ; RTD com. 2007. 588, obs. B. Boulloc ; *ibid.* 630, obs. P. Delebecque ; RDC 2007. 887, obs. P. Deumier ; JDI 2008. 521, note J-M Jacquet). Contestable, cette jurisprudence devrait être considérée comme caduque depuis l'adoption du règlement Rome I. Ce dernier a en effet clarifié les choses en la matière et précisé qu'à défaut de choix, le contrat cadre de distribution devait relever de la loi de la résidence habituelle du distributeur et non du fournisseur. Le rattachement, qui trouve un prolongement en matière de compétence internationale, où le juge compétent à défaut de choix se trouve être celui du lieu de distribution des produits (v. CJUE 19 déc. 2013, aff. C-9/12, spéc. points 35 et 36, JCP 2014. 180, obs. P. Berlioz ; Europe 2014. Comm. 109, obs. L. Idot ; Procédures 2014. Comm. 45, obs. C. Nourissat ; RDC 2014. 246, obs. M. Laazouzi ; JDI 3/2014. Comm. 12, note J. Heymann ; D. 2014. 1068, obs. F. Jault-Seseke, *ibid.* 1971, obs. L. d'Avout ; Rev. crit. DIP 2014. 658 note D. Bureau ; RTD com. 2014. 443, obs. A. Marmisse d'Abbadie d'Arrast ; *ibid.* 457, obs. P. Delebecque ; aj. sous l'égide de l'article 46 du Code de procédure civile, Com. 19 juill. 1988, n° 87-11.353, Bull. civ. IV, n° 257), devrait, croyons-nous, prévaloir aussi sous l'égide de la Convention de Rome. La solution contraire ruinerait toute harmonie et aurait une conséquence absurde : suivant sa date de conclusion, un contrat cadre de concession relèverait tantôt, à défaut de choix, de la loi du concédant, tantôt de celle du concessionnaire.

En l'espèce, la loi applicable à défaut de choix serait donc vraisemblablement la loi italienne, qui semble en effet, même si l'arrêt rapporté ne fournit guère d'indication sur ce point, être celle de la résidence habituelle du concessionnaire.

Aussi faudrait-il consulter les règles italiennes pour déterminer si l'action de M. Piccoli était ou non prescrite.

Cette solution ne ménagerait aucune place à la Convention de New York de 1974 appliquée par les juges du fond : non seulement cette convention n'a-t-elle pas été ratifiée par l'Italie, mais elle n'est en outre, comme on l'a précédemment relevé, pas applicable *ratione materiae* à un contrat de concession de vente.

Ce n'est pas dire toutefois que les parties n'auraient en aucun cas pu se soumettre aux règles édictées par la Convention de New York. Il leur aurait en effet été loisible d'en proroger l'application tout en assortissant le choix de cette convention d'une convention d'arbitrage. Contrairement au juge étatique, l'arbitre est en effet parfaitement libre de faire application des règles de droit non étatiques choisies par les parties. Cette liberté est d'autant plus marquée qu'au stade des recours contre la sentence, la loi appliquée au fond n'est guère contrôlée, si ce n'est par le prisme de l'ordre public international et du respect par l'arbitre de sa mission (v. par ex. C. pr. civ., art. 1520). Et si l'on en croit la Cour de cassation, l'arbitre qui fait application de règles non étatiques statue bien en droit, et non en tant qu'amiable compositeur (Civ. 1<sup>re</sup>, 22 oct. 1991, *Valenciana*, préc.). L'affirmation, contenue dans l'arrêt rapporté, selon laquelle « la référence au droit international ne pouvait valoir choix d'une loi pour régir les relations contractuelles », paraît dès lors cantonnée aux seuls litiges portés devant un juge étatique.

Les parties qui tiendraient à voir s'appliquer à une concession de vente les règles de la Convention de New York en matière de prescription ne seraient pas pour autant contraintes d'en passer par l'arbitrage. Il leur serait certes interdit, devant un juge étatique, de faire régir leur contrat par cette convention : ce choix s'apparenterait en effet, comme

toute prorogation d'une convention non applicable de plein droit, à celui d'un droit non étatique. La voie de l'incorporation de la Convention de New York demeurerait en revanche ouverte. Intégrées par les parties dans leur contrat, les règles de la convention vaudraient comme simples stipulations contractuelles, et seraient applicables dans la mesure laissée par la loi étatique faisant office de *lex contractus*. Resterait alors à se demander dans quelle mesure cette

loi autorise les parties à aménager les délais de prescription qu'elle pose. Rien n'interdirait à cet égard aux parties de choisir une *lex contractus* leur offrant une large marge de manœuvre, à la condition toutefois qu'il s'agisse d'une loi étatique. En l'absence de choix, la *lex contractus* serait, s'agissant d'une concession de ventes, celle de la résidence habituelle du concessionnaire.

David Sindres