

Fabio BORTOLOTTI

Professeur à l'Université de Turin

La problématique du contentieux dans une Europe  
élargie, au regard du droit applicable et de  
la juridiction compétente

L'élargissement de l'Union européenne aux pays de l'Europe centrale, qui représente une étape très importante dans l'unification de notre continent, peut donner lieu, au moins dans une première période de transition, à des problèmes pour les entreprises engagées dans le commerce inter-étatique.

Le premier aspect à considérer est celui du droit applicable qui représente, nonobstant les efforts entrepris pour harmoniser les législations nationales, un obstacle important à la réalisation effective d'un marché unifié.

L'autre question, encore plus importante, concerne la compétence juridictionnelle et la reconnaissance des sentences: comme l'on verra par la suite, on est passé assez brusquement, presque sans transition, d'un système protectionniste à un système très avancé de « libre circulation des sentences ». Si cela représente certainement un progrès, la rapidité de ce changement peut néanmoins nourrir quelques préoccupations.

Le but de cette intervention est d'analyser brièvement les problèmes indiqués ci-dessus sous le point de vue de leurs effets sur les relations contractuelles entre entreprises des deux « côtés » de l'Europe élargie.

I - LES PROBLEMES LIES AU DROIT APPLICABLE

A - LES EFFORTS D'HARMONISATION DU DROIT DES CONTRATS

Il est certain qu'une plus grande uniformité des législations des Etats membres, notamment en ce qui concerne les règles applicables aux contrats, serait souhaitable afin de faciliter et de simplifier les échanges commerciaux à l'intérieur de l'Union européenne.

En réalité cet objectif est encore bien éloigné, même pour les pays fondateurs de la Communauté européenne. Il y a, certes, des projets visant à créer un droit des obligations commun aux pays membres, mais il s'agit, pour le moment, d'élaborations assez théoriques, considérées avec beaucoup de prudence par les milieux d'affaires qui craignent l'élaboration de règles trop académiques, éloignées des problèmes réels des entreprises (on peut mentionner, à titre d'exemple, l'idée - proposée dans quelques milieux académiques - d'établir des règles uniformes pour les contrats entre entreprises et ceux avec les consommateurs).

Il semble douteux que les projets de création d'un droit européen des contrats aboutissent à des résultats concrets dans un futur proche. Il serait préférable d'envisager un projet moins ambitieux, consistant à mettre à point des règles uniformes «parallèles» à celles des droits nationaux, que les parties pourraient choisir à la place des normes nationales pour régir leurs contrats avec des parties d'autres Etats membres. Cette solution aurait l'avantage de ne pas modifier le droit des contrats dans les systèmes nationaux et de permettre un passage progressif vers des solutions uniformes.

Le manque d'uniformité qui caractérise le droit des contrats dans l'Union européenne est tempéré par des efforts d'harmonisation dans des matières particulières, en grande partie liées au droit des consommateurs (comme, par exemple, la responsabilité du producteur, la protection du consommateur contre les clauses abusives, les garanties dans la vente au consommateur), mais aussi dans d'autres domaines comme le contrat d'agence commerciale, le droit du travail, etc.

Le droit de la concurrence a eu également des effets notables sur les contrats: dans la mesure où certaines clauses (exclusivité, prohibitions d'exporter, obligations de non concurrence) doivent se conformer aux mêmes règles dans tous les Etats membres, créant ainsi une uniformité sur tout le marché commun.

En regardant le marché européen dans son ensemble, on peut donc conclure que nous sommes encore dans une situation de transition où le droit des contrats est loin d'être unifié, sauf pour quelques aspects plutôt marginaux.

## B - L'HARMONISATION DU DROIT DES CONTRATS DANS LES « NOUVEAUX » ETATS MEMBRES

Si nous regardons les nouveaux pays membres de l'Union européenne, la situation ne présente pas, à première vue, de différences notables par rapport aux « vieux » Etats membres.

En effet les nouveaux Etats membres comme les «vieux» ont des règles en matière contractuelle qui diffèrent d'un pays à l'autre, et ont dû adapter aux règles européennes leur système juridique, qui contient par conséquent - dans les matières objet d'harmonisation à niveau communautaire - des normes en principe équivalentes à celles des « vieux » pays membres.

Toutefois, si l'on analyse la situation avec plus d'attention, on peut noter des différences qui ne sont pas sans importance.

+ En ce qui concerne le droit des contrats en général, il faut rappeler que cette matière - dans la plupart des « vieux » Etats membres - trouve sa source dans un passé lointain : il s'agit de normes qui ont évolué de manière continue sans interruptions notables pendant des siècles. Si cela a dans quelques cas eu pour effet de créer des complications qui pourraient nous paraître inutiles aujourd'hui, reste le fait que l'existence d'une élaboration doctrinale et jurisprudentielle de si longue durée a permis de mettre à point des systèmes de règles couvrant la grande majorité des problèmes et permettant ainsi de garantir un niveau raisonnablement élevé de prévisibilité.

Dans la plupart des pays de l'Europe centrale, le droit a été coupé de ces sources en grande partie après la seconde guerre mondiale. Après la fin des régimes communistes, on a parfois repris les vieux codes, et parfois on a créé de nouveaux codes, mais il s'agit toujours de normes relativement nouvelles pour ceux qui doivent les appliquer. Il y a par conséquent peu de précédents jurisprudentiels d'où il ressort que la signification précise des différentes dispositions est plus difficile à établir.

+ En ce qui concerne les règles d'origine européenne, il faut noter que les juristes des « vieux » Etats membres ont eu la possibilité de débattre et d'approfondir progressivement un grand nombre de nouvelles questions nées sous l'influence du droit communautaire, comme par exemple la responsabilité du producteur (product liability) l'application de règles antitrust assez strictes, l'élargissement de la protection des consommateurs, etc.

Dans les nouveaux pays membres, ces nouveautés ont été introduites très rapidement, afin de permettre leur adhésion à l'Union européenne, sans même leur donner le temps de les assimiler avec la maturation nécessaire : il peut arriver, en conséquence, que certaines normes soient transposées de façon inexacte et, surtout, que leur interprétation présente des incertitudes.

On peut prendre pour exemple l'application de la directive du 1986 sur les agents commerciaux.

#### C - L'HARMONISATION DU DROIT DES CONTRATS D'AGENCE COMMERCIALE

La directive 86/653/CE du 18 décembre 1986, visant à harmoniser le droit des agents commerciaux, a été mise en oeuvre dans tous les vieux Etats membres dans les années 90 du siècle passé.

Tous les « nouveaux » Etats membres ont introduit les principes de la directive dans leurs systèmes juridiques avant leur adhésion à l'Union européenne, mais avec des

solutions parfois assez surprenantes, spécialement pour ce qui concerne la question de l'indemnité de clientèle.

La directive prévoit à cet égard deux solutions alternatives entre lesquelles les états peuvent choisir :

- (a) une « indemnité de clientèle » basée sur le régime issu de la loi allemande, qui est due seulement si l'agent a développé une clientèle pouvant bénéficier au mandant et qui ne peut pas dépasser le montant d'un an de commissions calculé sur la moyenne des cinq derniers ans de durée du contrat;
- (b) une « réparation du préjudice » causé à l'agent par la cessation de ses relations avec le mandant, basée sur le régime de la loi française (et notamment sur la jurisprudence française en matière de mandat d'intérêt commun), sans limite maximale.

L'indemnité et la réparation du préjudice en question ont la même fonction (c'est-à-dire d'indemniser l'agent pour la clientèle développée) et leur prévision est par conséquent strictement alternative.

Toutefois, le terme « réparation du préjudice » peut conduire au malentendu consistant à laisser croire que l'on vise la réparation du préjudice causé par une résiliation injustifiée (fautive) du mandant, comme par exemple une résiliation effectuée sans observer le préavis convenu ou légal, ce qui pourrait se cumuler avec l'indemnité.

Ceci explique pourquoi certains législateurs nationaux, qui n'ont probablement pas compris la nature indemnitaire de la « réparation du préjudice », ont cumulé les deux solutions (que la directive prévoit comme alternatives).

Ainsi, l'Estonie a inséré dans sa loi (articles 670 et suivants du code des obligations) à la fois l'indemnité inspirée au droit allemand et la réparation du préjudice inspirée au droit français. Il semblerait, par conséquent, que le droit estonien permette l'application cumulative des deux indemnités en donnant aux agents soumis à cette loi une protection plus élevée que celle reconnue dans d'autres pays (à moins d'arriver à une interprétation de la norme conforme à la directive: mais il faut considérer que la directive laisse les Etats membres libres d'adopter des solutions plus favorables à l'agent). Reste le fait que, aujourd'hui, la portée exacte de cette loi est incertaine.

De la même manière la Slovaquie semble avoir interprété la notion de réparation du préjudice de façon non conforme à la directive. L'article 668a du code de commerce qui introduit l'alternative inspirée du droit français, semble exclure le droit à la réparation du préjudice si l'agent a reçu les commissions dues et s'il a été remboursé pour les frais encourus. La disposition n'est pas claire, et on a l'impression que le législateur slovaque a voulu limiter l'indemnisation au cas où il y a faute du mandant, ce qui ne correspond pas à la fonction de la réparation prévue par la directive.

Enfin, au delà des cas de transposition incorrecte de la directive, le problème le plus grand est celui de la difficulté d'évaluer le contenu réel des normes nationales qui appliquent la directive européenne en absence de précédents jurisprudentiels. Surtout pour les aspects les plus importants, comme celui du calcul de l'indemnité/réparation due à la fin du contrat, toute prévision étant impossible, aujourd'hui, dans la plupart des « nouveaux » Etats membres.

Or, ce manque de prévisibilité, qui est, dans une certaine mesure, inévitable dans une première phase d'adaptation, constitue un problème important pour les entreprises qui ont besoin d'un niveau minimal de sécurité juridique.

Dans un contexte relativement incertain, comme celui illustré ci-dessus, on peut s'attendre à ce que les entreprises des « vieux » pays membres cherchent à imposer contractuellement l'application de leur droit ou, lorsque l'autre partie n'est pas disposée à accepter cette solution, à choisir le droit d'un pays tiers ou - si les litiges éventuels sont soumis à l'arbitrage - des règles de droit non étatiques (principes généraux, *lex mercatoria*, etc.).

Un recours accru à l'autonomie contractuelle quant au choix de la loi applicable, s'il est certainement souhaitable, risque toutefois de créer d'autres problèmes complexes concernant l'efficacité de ce choix par rapport aux normes « exclues ». Il est par conséquent probable que les questions concernant l'application des normes « internationalement impératives » (lois de police, normes d'application immédiate, etc.) d'une loi autre que celle choisie par les parties joueront un rôle toujours plus important dans les conflits entre entreprises appartenant à différents Etats membres de l'Union européenne élargie.

## II - JURIDICTION ET RECONNAISSANCE DES JUGEMENTS

Un autre problème de grande importance pour la réglementation des relations contractuelles est celui de la juridiction.

Le fait de savoir qui tranchera un éventuel conflit et dans quelle mesure une éventuelle sentence sera reconnue dans le pays de l'autre partie, est un élément essentiel pour toute stratégie contractuelle, même lorsque les parties n'ont aucune intention d'avoir recours aux tribunaux.

### A - LA CREATION D'UN SYSTEME UNIFORME DE COMPETENCE ET DE RECONNAISSANCE DES SENTENCES

Dans le cadre de l'Union européenne élargie existe un système très avancé en matière de juridiction et reconnaissance des sentences, établi par le règlement 44/01 du Conseil.

Le règlement 44/01, qui remplace dans tous les Etats membres (sauf le Danemark) la convention de Bruxelles du 1968, a établi un système de « libre circulation des sentences » très efficace qui permet de surmonter en grande partie les obstacles dus à l'existence de juridictions nationales différentes.

Ce règlement (comme déjà la convention de Bruxelles) prévoit des règles uniformes sur la compétence internationale qui ont remplacé (dans les relations avec les autres pays de l'Union européenne) les règles nationales en vigueur dans le passé.

+ Un premier point important à souligner est que dans le cadre du système européen il est plus difficile pour le demandeur de porter une action devant ses propres juges, le principe général étant celui de la compétence du juge du défendeur. Une telle stratégie pourra être poursuivie seulement dans des cas particuliers, comme celui où l'obligation objet du litige doit être exécutée dans le pays du demandeur (article 5/1). Cette solution est à approuver, dans la mesure où elle limite le risque pour l'entreprise de devoir se défendre devant un tribunal à l'étranger.

Il est intéressant de noter que cette disposition a été substantiellement modifiée dans le règlement 44/01 par rapport à la convention de Bruxelles de 1968.

Dans la convention de Bruxelles une partie pouvait porter le litige devant les juges du pays où l'obligation objet du litige devait être exécutée, ce qui donnait lieu à des complications en cas de pluralité d'obligations à exécuter dans des lieux différents. Le règlement 44/01 a maintenu en principe la même règle, mais il a prévu que pour les contrats de vente il faut se référer exclusivement au lieu de livraison et pour les contrats de prestation de service au lieu où le service est rendu, sans considérer les obligations faisant l'objet du litige.

Si cette nouvelle règle emporte une simplification notable par rapport au système précédent, elle a en même temps pour effet de donner à tout prestataire de services la possibilité d'agir contre l'autre partie devant ses tribunaux et de fonder ainsi une dérogation beaucoup plus large au principe de la compétence des tribunaux du défendeur.

Considérant que la notion de prestation de services peut couvrir une grande variété de contrats, il y a de nombreuses situations dans lesquelles une partie (celle qui fournit le service) pourra toujours (sauf en cas de choix exprès d'un for exclusif différent) engager une action judiciaire devant ses tribunaux, sur la base du règlement 44/01.

+ L'autre aspect important est que le règlement 44/01 (comme auparavant la convention de Bruxelles) a rendu la reconnaissance des sentences d'un pays membre à l'autre extrêmement facile. Sauf dans des cas très particuliers, il est pratiquement impossible pour la partie condamnée de s'opposer à l'exécution dans son pays de la sentence étrangère.

Si l'introduction des règles du règlement 44/01 dans les «nouveaux» Etats membres représente un avantage certain dans la mesure où elle facilite la circulation des jugements dans l'espace européen, on ne doit pas sous-estimer les risques liés à l'introduction immédiate (dans les nouveaux Etats membres le règlement 44/01 est entré en vigueur avec l'adhésion) d'un système si avancé.

Dans ces conditions il est difficile de prévoir ce que des tribunaux n'ayant pas une longue tradition dans l'application du droit commercial, confrontés avec des normes introduites tout récemment dans leur système juridique, pourraient décider, au moins dans une période de transition.

Des entreprises désirant placer leurs contrats dans un cadre juridique sûr et prévisible seront par conséquent portés à rechercher des juridictions, étatiques ou arbitrales, capables de garantir ce résultat.

#### B - LES MESURES A CONSIDERER : CHOIX DU FOR ET ARBITRAGE INTERNATIONAL

+ La solution la plus simple pour régler le problème est celle de prévoir dans le contrat une clause de choix de la juridiction. Une telle clause est admise dans le cadre du règlement 44/01 - sauf dans des situations particulières, comme par exemple les contrats de travail - à condition qu'elle soit rédigée par écrit.

Si cette solution est envisageable par la partie qui dispose d'une certaine force contractuelle, elle sera difficile à négocier dans des autres cas.

+ Lorsque les parties désirent une solution neutre, elles doivent considérer le recours à l'arbitrage international qui présente toute une série d'avantages qui seront examinés dans la prochaine intervention du Professeur Ferrier.